

**LA PROTECCION PENAL DE LA SEGURIDAD E HIGIENE EN EL
TRABAJO: SISTEMA, LEGITIMIDAD, ALTERNATIVAS.**

(I)

**Juan Antonio Lascurain Sánchez.
Universidad Autónoma de Madrid, 1.991.**

R.D. 72556

Tesis doctoral, realizada bajo la
dirección del Prof. Dr. D. GONZALO
RODRIGUEZ NOBULLO, que presenta el
Licenciado en Derecho JUAN ANTONIO
LASCURAIN SANCHEZ para la obtención del
grado de Doctor en Derecho por la
Universidad Autónoma de Madrid.

SUMARIO

| | |
|--|------------|
| I. EL CONCEPTO DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO | 1 |
| I.1. Definición | 2 |
| I.2. Diferenciación | 13 |
| I.3. Consecuencias | 30 |
| II. LA PROTECCION PENAL DE LA SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO EN EL DERECHO ESPAÑOL | 48 |
| II.1. Protección penal y bien juridico-penal | 50 |
| II.2. La seguridad e higiene en el trabajo en el Código Penal | 90 |
| II.3. El art. 348 bis a) y la seguridad e higiene en el trabajo | 169 |
| III. EPICACIA | 199 |
| IV. LEGITIMIDAD | 228 |
| IV.2. Legitimidad democrática de la inter- vención penal | 234 |
| IV.3. Legitimidad de la configuración de la seguridad e higiene en el trabajo como bien juridico-penal | 304 |
| V. CRITICA Y ALTERNATIVAS | 363 |
| V.2. Factores de aplicación | 372 |
| V.3. Sujeto activo | 398 |
| V.4. Comportamiento típico | 600 |
| V.5. La incriminación del comportamiento impru- dente | 612 |
| V.6. El resultado típico | 622 |
| V.7. Penalidad | 666 |

INDICE.

| | |
|--|-------------|
| Sumario | III |
| Indice | IV |
| Abreviaturas | XII |
| | |
| INTRODUCCION | XVII |
| | |
| I. EL CONCEPTO DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO | 1 |
| I.1. Definición | 2 |
| I.2. Diferenciación | 13 |
| I.2.1. Seguridad e higiene en el trabajo, bienestar y salud | 13 |
| I.2.2. Seguridad e higiene en el trabajo y seguridad pública | 16 |
| I.2.3. Seguridad e higiene en el trabajo y fuerza de trabajo | 18 |
| I.3. Consecuencias | 30 |
| I.3.1. Relatividad | 30 |
| I.3.2. Mejorabilidad | 35 |
| I.3.3. Conflictividad | 40 |
| I.4. Conclusiones | 44 |
| | |
| II. LA PROTECCION PENAL DE LA SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO EN EL DERECHO ESPAÑOL | 48 |
| II.1. Protección penal y bien jurídico-penal | 50 |
| II.1.1. Introducción- | 50 |
| II.1.2. Concepto | 55 |

| | |
|--|------------|
| II.1.3. Adecuación | 56 |
| II.1.4. Consecuencias | 71 |
| II.1.5. Conclusiones | 87 |
| II.2. La seguridad e higiene en el trabajo en el Código Penal | 90 |
| II.2.1. El art. 427 y la seguridad e higiene en el trabajo | 90 |
| II.2.2. El art. 499 bis y la seguridad e hi- giene en el trabajo | 101 |
| A) El 499 bis 1ª.1ª y la seguridad e higiene en el trabajo | 102 |
| B) El 499 bis 1ª.2ª y la seguridad e higiene en el trabajo | 109 |
| II.2.3. El art. 489 ter y la seguridad e hi- giene en el trabajo | 116 |
| II.2.4. El art. 348 bis b) y la seguridad e higiene en el trabajo | 120 |
| II.2.5. La leyes penales y la seguridad e higiene en el trabajo | 123 |
| II.2.6. Delitos de homicidio y lesiones, y se- guridad e higiene en el trabajo | 125 |
| A) Introducción | 125 |
| B) Tentativa y frustración y bien jurídico-penal | 126 |
| C) Ambito de la tentativa y frustra- ción de los delitos de homicidio y lesiones, y seguridad e higiene en el trabajo | 130 |

| | |
|--|---------|
| D) Tratamiento jurídico de la tentativa y frustración de los delitos de homicidio y lesiones y tratamiento jurídico del delito contra la seguridad e higiene en el trabajo | 157 |
| II.2.7. Conclusiones | 162 |
| II.3. El art. 348 bis a) y la seguridad e higiene en el trabajo | 169 |
| II.3.1. El bien jurídico-penal del 348 bis a) | 169 |
| II.3.2. Génesis del precepto | 182 |
| II.3.3. Antecedentes | 192 |
| III. EFICACIA | 199 |
| III.1. Introducción | 200 |
| III.2. Delincuencia conocida en materia de seguridad e higiene en el trabajo | 205 |
| III.3. Delincuencia desconocida en materia de seguridad e higiene en el trabajo | 207 |
| III.4. La influencia del artículo 348 bis a) | 219 |
| III.5. Conclusiones | 224 |
| IV. LEGITIMIDAD | 228 |
| IV.1. Introducción | 229 |
| IV.2. Legitimidad democrática de la intervención penal | 234 |
| IV.2.1. Introducción | 234 |
| IV.2.2. El criterio de legitimidad democrática | 238 |
| IV.2.3. Niveles de justificación democrática del Derecho Penal | 248 |

| | |
|---|---------|
| A) Las condiciones de libertad del sistema | 248 |
| B) La necesidad de la intervención | 269 |
| C) Adecuación de la intervención a los principios esenciales del criterio legitimidad democrática | 274 |
| IV.2.4. Legitimidad democrática y Constitución | 281 |
| IV.2.5. Conclusión | 301 |
| IV.3. Legitimidad de la configuración de la seguridad e higiene en el trabajo como bien jurídico-penal | 304 |
| IV.3.1. Seguridad e higiene en el trabajo y Constitución | 304 |
| IV.3.2. Necesidad de la intervención penal específica en materia de seguridad e higiene en el trabajo | 308 |
| A) La protección no penal de la seguridad e higiene en el trabajo | 309 |
| B) La protección no penal de la seguridad e higiene en el trabajo | 325 |
| C) Eficacia de la protección penal | 349 |
| IV.3.3. Adecuación de la forma de intervención a los principios fundamentales del criterio de legitimidad democrática | 355 |
| IV.3.4. Conclusión | 357 |
| V. CRITICA Y ALTERNATIVAS | 363 |
| V.1. Introducción | 364 |

| | |
|--|------------|
| V.2. Factores de aplicación | 372 |
| V.2.1. Introducción | 372 |
| V.2.2. Control externo | 378 |
| V.2.3. Control interno | 381 |
| V.2.4. Control sindical | 388 |
| V.2.5. Deber de obediencia y facultad de denuncia | 391 |
| V.2.6. Conclusiones | 498 |
| | |
| V.3. Sujeto activo | 398 |
| V.3.1. Introducción | 398 |
| V.3.2. El delito contra la seguridad e higiene en el trabajo como delito especial | 403 |
| V.3.3. Sujetos a los que se les debe atribuir el deber de seguridad | 405 |
| A) Criterios generales de atribución | 405 |
| a) Método | 405 |
| b) El criterio de eficacia | 420 |
| c) El criterio de justicia | 429 |
| V.3.3. Atribución del deber de seguridad | 451 |
| A) Introducción | 451 |
| B) El empresario | 453 |
| C) Sus encargados | 469 |
| D) Los técnicos | 480 |
| E) El inspector de trabajo | 483 |
| F) Los representantes de los trabajadores | 486 |
| G) Los fabricantes, importadores y suministradores | 487 |

| | |
|---|------------|
| V.3.4. Conclusiones | 489 |
| V.3.5. Formulaci3n t3pica | 492 |
| V.4. Comportamiento t3pico | 500 |
| V.4.1. Los verbos t3picos y los objetos mate- riales del 348 bis a) | 501 |
| A) Comisi3n y omisi3n, y delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo | 501 |
| a) Comisi3n, omisi3n y seguridad e higiene en el trabajo | 502 |
| b) La descripci3n t3pica del arti- culo 348 bis a) | 520 |
| c) Comisi3n, omisi3n y descripci3n t3pica del 348 bis a) | 527 |
| B) Descripci3n t3pica y prevenci3n ge- neral en materia de seguridad e higiene en el trabajo | 532 |
| C) Conclusiones y propuesta de redacci3n t3pica | 540 |
| V.4.2. La infracci3n de la normativa regla- mentaria | 543 |
| A) Introducci3n | 543 |
| B) Legitimidad y adecuaci3n de la re- misi3n expresa a otro cuerpo norma- tivo | 545 |
| a) Legitimidad | 545 |
| b) Adecuaci3n | 557 |
| C) El destino de la remisi3n | 563 |
| a) Las fuentes del deber de seguridad | 563 |

| | |
|--|-----|
| aa) Introducción | 563 |
| bb) Las fuentes formales del deber de seguridad | 564 |
| cc) Las cláusulas generales de responsabilidad | 590 |
| b) El destino de la remisión | 592 |
| c) La gravedad de la infracción | 605 |
| D) Conclusión | 608 |
| | |
| V.5. La incriminación del comportamiento imprudente | 612 |
| V.5.1. Sistema | 612 |
| V.5.2. Alternativa | 619 |
| V.5.3. Conclusión | 621 |
| | |
| V.6. El resultado típico | 622 |
| V.6.1. El delito contra la seguridad e higiene en el trabajo como delito de peligro concreto | 622 |
| V.6.2. La descripción del resultado | 637 |
| A) El peligro concreto | 637 |
| B) La vida, la integridad física y la salud | 642 |
| C) De las personas | 650 |
| V.6.3. La imputación objetiva del resultado | 652 |
| V.6.4. Conclusiones | 660 |
| | |
| V.7. Penalidad | 666 |
| V.7.1. Introducción | 666 |

| | |
|---|------------|
| V.7.2. La pena privativa de libertad | 689 |
| V.7.3. La pena de multa | 693 |
| V.7.4. Otras sanciones | 698 |
| V.7.5. Atenuación y agravación | 699 |
| V.7.6. Medidas de seguridad | 695 |
| V.7.7. Conclusiones | 696 |
| | |
| CONCLUSION FINAL | 699 |
| BIBLIOGRAFIA | 706 |

ABREVIATURAS.

| | |
|-----------|--|
| a. de h. | antecedente de hecho. |
| AA. VV. | autores varios. |
| ADC | Anuario de Derecho Civil. |
| ADH | Anuario de Derechos Humanos. |
| ADFCP | Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. |
| AL | Actualidad Laboral. |
| AÖR | Archiv des Öffentlichen Rechts. |
| AR | Arbeitsrecht. |
| Ar. | Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia. |
| ArbG | Arbeitsgericht (Tribunal de Trabajo). |
| art. | artículo. |
| BAG | Bundesarbeitsgericht (Tribunal Federal de Trabajo). |
| BGH | Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán). |
| BOCE | Boletín Oficial de las Cortes Españolas. |
| BOCG | Boletín Oficial de las Cortes Generales. |
| Borrador | Borrador de Proyecto de Ley sobre Prevención de Riesgo para Proteger la Salud en el Trabajo. |
| BT-Drucks | Bundestags-Drucksache (Impreso del Parlamento Federal Alemán). |
| BVerfGE | Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (sentencia del Tribunal Constitucional alemán). |
| cap. | capítulo. |
| CCDT | Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo. |
| CE | Constitución Española. |
| CEE | Comunidad Económica Europea. |

| | |
|---------------|--|
| cfr. | confróntese. |
| CI | cuestión de inconstitucionalidad. |
| CL | Colección Legislativa del Estado. Jurisprudencia Criminal. (A partir de 1.986: Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Consejo General del Poder Judicial. Sala 2ª.) |
| coord. | coordinador. |
| CP | Código Penal. |
| CPC | Cuadernos de Política Criminal. |
| CPM | Código Penal Militar. |
| CSE | Carta Social Europea. |
| D. | Decreto. |
| DB | Der Betrieb. |
| DJ | Documentación Jurídica. |
| DJT | Deutscher Juristentag (Jornadas Alemanas de Juristas). |
| DOCE | Diario Oficial de las Comunidades Europeas. |
| DP | Doctrina Penal. |
| DUDH | Declaración Universal de Derechos Humanos. |
| ed. | edición / editor. |
| ET | Estatuto de los Trabajadores. |
| FD | fundamento de Derecho. |
| FJ | fundamento jurídico. |
| GA | Goldammer's Archiv für Strafrecht. |
| GG | Grundgesetz (Ley Fundamental de la República Federal de Alemania). |
| INE | Instituto Nacional de Estadística. |
| infra | más adelante. |
| INSH | Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. |
| INSS | Instituto Nacional de la Seguridad Social. |
| JA | Juristische Arbeitsblätter. |

| | |
|----------|---|
| Jura | Juristische Ausbildung. |
| JuS | Juristische Schulung. |
| JZ | Juristenzeitung. |
| LAG | Landesarbeitsgericht (Tribunal de Trabajo del Land). |
| LEGrin | Ley de Enjuiciamiento Criminal. |
| LGS | Ley General de Sanidad. |
| LGSS | Ley General de Seguridad Social. |
| LISOS | Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. |
| LIT | Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo. |
| LL | La Ley. |
| LMM | Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante. |
| LNA | Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea. |
| MTSS | Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. |
| n. | nota. |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift. |
| nm. | número marginal. |
| NPP | Nuevo Pensamiento Penal. |
| nº | número. |
| OGSHT | Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo. |
| OIT | Organización Internacional de Trabajo. |
| BJZ | Österreichische Juristenzeitung. |
| OM | Orden Ministerial. |
| OMS | Organización Mundial de la Salud. |
| op. cit. | opere citato (obra citada).n |
| OWIG | Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (Ley de Infracciones Administrativas). |
| PA | Proyecto Alternativo alemán. |

| | |
|-----------------------|--|
| PANCP | Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983. |
| PCP | Proyecto de Código Penal de 1.980. |
| pfo. | párrafo. |
| PIDESCO | Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. |
| PJ | Poder Judicial. |
| PYME | pequeña y mediana empresa. |
| QG | Quale Giustizia? |
| RAP | Revista de Administración Pública. |
| rat. | ratificado. |
| RD | Real Decreto. |
| RDCir. | Revista de Derecho de la Circulación. |
| RDPC | Revue de droit pénal et de criminologie. |
| REDA | Revista Española de Derecho Administrativo. |
| REDC | Revista Española de Derecho Constitucional. |
| REDT | Revista Española del Derecho del Trabajo. |
| rev. | revisado. |
| RFDUC | Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense |
| RFDUM | Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. |
| RG | Reichsgericht (Tribunal Supremo imperial). |
| RGLJ | Revista General de Legislación y Jurisprudencia. |
| RIDP | Reveu International de Droit penal. |
| RIDPP | Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. |
| RISS | Revista Iberoamericana de Seguridad Social. |
| RIT | Reglamento de la Inspección de Trabajo. |
| Riv. it. dir. pen. | Rivista italiana di diritto penale. |

| | |
|-----------|---|
| RJCat. | Revista Jurídica de Cataluña. |
| RJCLM | Revista Jurídica de Castilla - La Mancha. |
| RPS | Revista de Política Social. |
| RT | Revista de Trabajo. |
| s. | siguiente. |
| s. f. | sin fecha. |
| SAP | Sentencia de la Audiencia Provincial. (El número que se cita a continuación corresponde a la colección "Sentencias de las Audiencias Provinciales", recopiladas, seleccionadas y coordinadas por J. L. Albacar López, Madrid - Ministerio de Justicia -.) |
| SchwZStrR | Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht. |
| sec. | sección. |
| ss. | siguientes. |
| SSTS | Sentencias del Tribunal Supremo. |
| ST | Sociología del Trabajo. |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional. |
| STCT | Sentencia del Tribunal Central de Trabajo. |
| StGB | Strafgesetzbuch (Código Penal alemán). |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo. |
| supra | anteriormente. |
| t. | tomo. |
| TC | Tribunal Constitucional. |
| TEDH | Tribunal Europeo de Derechos Humanos. |
| TS | Tribunal Supremo. |
| UVG | Bundesgesetz über die Unfallversicherung (Ley Federal de Seguro de Accidentes). |
| vol. | volumen. |
| ZfBR | Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht. |
| ZStW | Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. |

INTRODUCCION

1. No parece aventurado afirmar que la seguridad e higiene en el trabajo está de moda. El Consejo de las Comunidades Europeas ha decidido añadir al ya brillante curriculum del año 1.992 el título de "año europeo para la seguridad, la higiene y la salud en el lugar de trabajo"; el Fiscal General del Estado instruis recientemente a los fiscales en torno a la necesidad de persecución penal de los comportamientos más graves lesivos de la seguridad e higiene en el trabajo; el Gobierno lleva ya varios años anunciando la presentación de un proyecto de ley básica reguladora de la materia. Desgraciadamente, la preocupación por el tema que muestran la opinión pública, las páginas de la prensa, las instituciones y los textos jurídicos no es sino el reflejo de la desprotección del bien que denomina aquella expresión. El espejo más descarnado de esta desprotección lo ofrecen las abultadas cifras de siniestralidad laboral y el sinfín de tragedias personales y familiares que se encuentran tras ellas.

El nuevo modelo de Estado en que se constituyó España a partir de la Ley Fundamental de 1.978 incorporó inequívocamente la seguridad e higiene en el trabajo a su catálogo de bienes. La reforma urgente del Código Penal con que el legislador respondía a las más ineludibles exigencias de la Constitución se hace eco tanto de esta valoración como de la desprotección del bien valorado, y decide otorgar

amparo amplio e inmediato a la seguridad e higiene en el trabajo; decide la configuración de éste como bien jurídico-penal.

2. El optimismo que para la indemnidad futura de un bien despierta su protección penal debe ser, sin embargo, cuestionado. Sabido es que, en ocasiones, la intervención estatal por medio de su instrumento más contundente no sólo no realiza su función manifiesta, sino que, bien al contrario, por medio de su eficacia aparente, sirve para obturar otros mecanismos jurídicos y sociales de defensa del bien. El objetivo de este trabajo no ha de residir únicamente, en consecuencia, en la descripción y sistematización del sistema de protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo, sino también en ratificar o desmentir las razones para la esperanza que levanta esta vía de defensa: en evaluar su eficacia real. La respuesta a esta cuestión de la suficiencia de la eficacia despertará, en caso de ser negativa, un segundo interrogante en torno a la legitimidad de cualquier modo de protección penal inmediata del bien que protagoniza esta investigación. Dicho con otras palabras: dada la estrecha relación existente entre eficacia y legitimidad de la intervención penal en el Estado social y democrático de Derecho, la ineficacia del sistema vigente trasladará la sospecha de ineficacia y, por lo tanto, de ilegitimidad, a cualquier otra solución imaginable. Nuestra indagación sólo podrá continuar, entonces, si se llega a la conclusión de que, a pesar del fracaso de la vigente, es posible una intervención penal

legítima en materia de seguridad e higiene. En ese caso, el siguiente reto del estudio consistirá en dibujar las líneas maestras de la citada intervención.

Si tuviéramos que resumir los objetivos de este trabajo en la respuesta a un breve cuestionario, su contenido sería el siguiente: ¿cómo protege nuestro ordenamiento jurídico penal la seguridad e higiene en el trabajo?; ¿es eficaz el sistema descrito?; en caso negativo, ¿cabe concebir un sistema legítimo alternativo?; en caso afirmativo, ¿cuáles serían los rasgos esenciales de dicho sistema? Como puede intuirse, el trabajo que ahora se inicia será, en su primera parte, una investigación de Dogmática jurídico-penal; penetrará posteriormente en terrenos propios de la Sociología del Derecho; pretende culminar con una propuesta de Política Criminal. Como afirma ELIAS DIAZ, "la Ciencia jurídica precisa absolutamente y debe prolongarse en la Sociología del Derecho y en la Filosofía del Derecho; no para confundir la validez del Derecho con la eficacia o la legitimidad del mismo, no para pretender que la norma sea postergada ante consideraciones sociológicas y filosóficas, pero sí para reconocer que la norma sólo se entiende plenamente cuando se investiga y analiza como totalización, en su trasfondo real sociológico de valores e intereses y en su fundamentación crítica filosófica".

3. El objeto de esta investigación jurídico-penal gira en torno al concepto de seguridad e higiene en el trabajo. Convendrá, pues, dedicar la primera parte del trabajo a la comprensión del mismo. Esta tarea partirá, en primer lugar,

de su definición; abordará, en segundo lugar, su diferenciación de otros conceptos afines y, simultáneamente, la justificación de su elección para instrumentar la resolución normativa de cierto tipo de conflictos; finalizará con la descripción de los rasgos esenciales que caracterizan las controversias que tienen por objeto la seguridad e higiene en el trabajo.

4. Para el estudio de la conexión entre la seguridad e higiene en el trabajo y el ordenamiento jurídico-penal utilizaremos un instrumento dogmático: el bien jurídico-penal. Su contenido facilitará el análisis del modo y la medida de la protección penal del bien de referencia. Estudiaremos las diversas normas que se ocupan de la protección mediata o inmediata, parcial o global, de la seguridad e higiene en el trabajo. El establecimiento de sus relaciones nos conducirá a la interesante cuestión de la necesidad o superfluidad del nuevo 348 bis a) a la vista del ámbito normativo de los preceptos del 499 bis, de los que tipifican el homicidio y las lesiones, y de las figuras de tentativa y frustración de estos últimos delitos.

5. La tercera parte del trabajo se ocupará de la eficacia del sistema descrito. Se tratará de determinar la adecuación de las conductas de los sujetos normativos a las previstas en las normas del sistema y en evaluar la influencia de éstas en dicha adecuación. La inexistencia de datos oficiales relativos a la delincuencia producida en este área dificultará notablemente la consecución del objetivo propuesto, que habrá de perseguirse a partir de las

cifras globales de siniestralidad laboral, del cómputo de las infracciones administrativas en esta materia y de los estudios estadísticos relativos a la observancia de las condiciones de seguridad en los centros de trabajo.

6. La estrecha relación que existe en un Estado social y democrático de Derecho entre eficacia y legitimidad nos obligará, en caso de que el juicio de eficacia del sistema sea negativo, a postular la ilegitimidad de la concreta norma que tenga como fin primordial la protección de la seguridad e higiene en el trabajo, y, en segundo lugar, a cuestionarnos si de dicha ilegitimidad se colige la de todo sistema alternativo que dispense una protección amplia e inmediata a la seguridad e higiene en el trabajo. Para adentrarnos con seguridad en esta parte cuarta del trabajo pretendemos sistematizar los diferentes niveles de justificación de la intervención penal a la luz de un criterio de legitimidad democrática.

7. Supuesta la viabilidad de un sistema alternativo, dedicaremos nuestros mayores esfuerzos a su construcción. Partiremos para ello de la auscultación del 348 bis a), norma fundamental del vigente modelo de protección, y de la detección de sus errores e insuficiencias. Diferenciaremos, en primer lugar, los elementos sustantivos de la norma de los factores que inciden en su aplicación real. Merecerá atención particularizada cada rasgo de su conformación típica: sujeto activo, conducta, resultado, sanción. El precepto de la norma será sometido a un triple baremo: su capacidad para subsumir los comportamientos más graves

lesivos de la seguridad e higiene en el trabajo, su claridad en la transmisión de los mismos y la precisión del ámbito de lo penalmente sancionable. En relación con la sanción, se cuestionará tanto su proporcionalidad como su eficacia preventiva. Esta quinta y última parte deberá culminar con una propuesta de redacción para una nueva norma cuyo bien jurídico-penal sea la seguridad e higiene en el trabajo.

8. No quisiera concluir esta introducción sin realizar un radical cambio de perspectiva y situarme, también en el discurso, en el momento de terminación de esta tesis doctoral. Su objetivo es reconocer la insuficiencia de mis esfuerzos para la realización de este trabajo y mostrar mi agradecimiento a cuantos han suplido mis carencias y han logrado con su apoyo científico o material que el proyecto inicial de investigación haya llegado finalmente a puerto.

La realización de esta tesis doctoral ha sido posible gracias al sustento económico que recibí del Ministerio de Educación (beca de formación del personal investigador) y del Servicio Alemán de Intercambio Académico (beca DAAD); asimismo disfruté de sendas ayudas a la investigación que generosamente me concedieron la Caja de Ahorros de Madrid y el Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona.

La información que sirvió de base para el estudio de la eficacia del sistema de protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo (parte III) fue suministrada por MARIA TERESA GIRALDEZ NUÑEZ (Subdirectora General de Estadística del NTSS), ALFREDO MATEOS BEATO (Director

General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social),
TONAS LOPEZ ARIAS (Gabinete de Salud Laboral de UGT) y ANGEL
CARCOBA ALONSO (Gabinete de Salud laboral de CCOO).

Mi todavía incipiente carrera en la docencia e investigación del Derecho Penal no hubiera sido posible sin la acogida y el apoyo del Prof. Dr. D. GONZALO RODRIGUEZ HOURULLO, cuya obra profunda y clara es constante motivo de emulación en mi quehacer científico. A mis compañeros del Area de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid debo probablemente las buenas ideas que pueda recoger este trabajo y, lo que es más importante, un ambiente científico y humano de una calidad exquisita. Quiero mencionar mi especial agradecimiento a los profesores BAJO FERNANDEZ, JORGE BARREIRO, DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, SUAREZ GONZALEZ, PEREZ MANZANO, PEÑARANDA RAMOS, MOLINA FERNANDEZ y MENDOZA BUERGO. Debo a mis compañeros del Area de Derecho del Trabajo de la Universidad Autónoma de Madrid el que esta tesis no tenga, en el ámbito del Derecho del Trabajo, más imprecisiones e insuficiencias; quede constancia de mi reconocimiento especial al paciente asesoramiento de los profesores TUDELA CAMBRONERO y MERCADER UGUINA. Seria una grave ingratitud, finalmente, last but not least, no recordar en estas líneas la hospitalidad humana y científica con que me honró durante catorce meses el Prof. Dr. D. KLAUS TIEDEMANN en el Instituto de Criminología y Derecho Penal Económico de la Universidad de Friburgo.

I. EL CONCEPTO DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO.

I.1. Definición.

1. La expresión "seguridad e higiene en el trabajo" designa la ausencia de riesgo para la vida, la integridad física y la salud de los trabajadores proveniente de las condiciones materiales, personales y organizativas de realización de su prestación¹. Esta definición se muestra acorde con el uso habitual del lenguaje y es, por lo tanto, funcional para la construcción de un sistema normativo regulador de la materia. No reducen, en cambio, estas cualidades otras definiciones que a continuación se mencionan y que desarrollan otros conceptos. La "parte del Derecho Laboral que tiene por objeto evitar los riesgos de lesión y pérdida de la salud a que se expone los obreros durante la realización de su trabajo"² es el Derecho de la seguridad e higiene en el trabajo; el conjunto de normas técnicas y medidas sanitarias que tienen por objeto la eliminación o reducción de riesgos en la actividad laboral³

¹ "Seguridad laboral (...) es (...) ausencia de riesgos para la vida y salud del trabajador derivada de las condiciones en que presta sus servicios por cuenta ajena en cada momento concreto" (SAP - Orense -, 6.11.86, n.º 272, FD 2.º). ARROYO ZAPATERO define la "seguridad en el trabajo" como "la ausencia de riesgo para la vida y la salud del trabajador dimanantes de las condiciones materiales de prestación del trabajo" ("Manual de Derecho Penal del Trabajo", Barcelona - Madrid, Praxis, 1.968, p. 154).

² Definición de J. PÉNDAS DÍAZ ("Seguridad e higiene en el trabajo", Oviedo - Imprenta La Cruz -, 1.971, p. 11).

³ Definiciones similares encontramos en el art. 26 de la Ley General de Seguridad Social y en los trabajos de FERNÁNDEZ MARCOS, "La política estatal de seguridad e higiene en el trabajo: significado del Decreto de 10 de agosto de 1976" (Revista de Trabajo, 53, 1.976, p. 105), de DE LAS HERAS BORRERO, "Responsabilidad administrativa, penal y civil por incumplimiento de la normativa de seguridad e higiene" (Revista de Política Social, 126, 1.980, p. 97), y de GONZÁLEZ ORTEGA, "La seguridad e higiene en el trabajo en la Constitución" (RPS, 121, 1.979, p. 159).

conforma la prevención de riesgos⁴, o el conjunto de normas y medidas de seguridad e higiene en el trabajo o de técnicas de seguridad⁵; los sistemas de conocimientos científicos y técnicos en relación con este fin⁶ reciben hoy diversas denominaciones según su particular orientación⁷.

La expresión "seguridad en el trabajo" se utiliza frecuentemente como sinónima de seguridad e higiene en el trabajo⁸. En ocasiones sirve, sin embargo, para denominar un contenido más restringido: la ausencia de riesgo para la vida y la integridad física de los trabajadores⁹. Se excluye de este concepto, por lo

-
- ⁴ En este sentido, BELTRAN APARICIO ("El desarrollo de la Ley General de Sanidad en lo relativo a medicina, seguridad e higiene en el trabajo", en AA. VV., "IV Jornadas. Prevención de riesgos profesionales.", Madrid - CEOE -, 1.986, p. 115); para FERNANDEZ MARCOS "prevención y seguridad e higiene son términos sinónimos" ("Condiciones de trabajo y condiciones de seguridad e higiene en el trabajo. Dos acepciones de un mismo término.", en AL, 1.988, 20, p. 1.123).
- ⁵ Denominación que utiliza, por ejemplo, VALLS AZORIN ("Las técnicas de seguridad", en AA. VV., "Seguridad en el trabajo", Madrid - INSHT -, 1.984, p. 89).
- ⁶ Núcleo de la definición de seguridad e higiene en el trabajo para LOPEZ PEREZ Y GALVAN DE GRANDA ("El ilícito en materia de seguridad e higiene en el trabajo como presupuesto de la responsabilidad penal", en AA. VV., "Protección penal de los derechos de los trabajadores", Santiago de Compostela - Universidad -, 1.986, p. 279).
- ⁷ "Ergonomía", si se refiere a los conocimientos de biología humana aplicados al trabajo; "ingeniería de seguridad", si se refiere a ciertos conocimientos técnicos (cfr. BASELGA MONTE, "El accidente de trabajo y la seguridad en el trabajo", en AA. VV., "Seguridad en el trabajo", Madrid - Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo -, 1.984, p. 72; en relación con el origen, método y finalidad de la ergonomía, que "cubre (...) el funcionamiento fisiológico y psicológico del hombre en actividad", cfr. el artículo de A. LAVILLE "Condiciones de trabajo y ergonomía", en Sociología del Trabajo, 7/8, 1.982, pp. 105 y ss. - 108 -).
- ⁸ Vid., por ejemplo, el derogado artículo 57.4 del Estatuto de los Trabajadores o el título de la obra de ARROYO ZAPATERO "La protección penal de la seguridad en el trabajo" (Madrid - Servicio Social de Higiene y Seguridad en el Trabajo-, 1.981).
- ⁹ Vid., por ejemplo, BASELGA MONTE, "El accidente de trabajo...", cit., pp. 17, 78; FERNANDEZ MARCOS, "Seguridad e higiene", en AA. VV., "El

tanto, la salud, que constituiría el objeto de referencia de la higiene en el trabajo¹⁰. La expresión "seguridad en el trabajo" se explica también como sinónimo de seguridad jurídica en el trabajo, de estabilidad en el empleo¹¹ o de seguridad del patrimonio de la empresa o de los beneficios que persigue la misma¹². Esta ambigüedad constituye el argumento fundamental para preferir la expresión "seguridad e higiene en el trabajo"¹³. Dado que la higiene se refiere inequívocamente en su objeto a la conservación de la salud, su inclusión en la expresión despeja toda dilogía, quedando así claro tanto que tiene que ver con la salud como la acepción de seguridad en el trabajo a que se quiere hacer referencia. Cabe alegar como argumento de apoyo la larga tradición de que goza la expresión "seguridad e higiene en el trabajo" en nuestro ordenamiento jurídico¹⁴, como lo demuestra su inclusión en la

Estatuto de los Trabajadores", t. V, Madrid - Ederna -, 1.985, pp. 61 y ss.; LLUIS Y NAVAS, "La responsabilidad laboral, penal y civil por falta de adopción de medidas de prevención de accidentes de trabajo", Barcelona - Bosch-, 1.989, pp. 8, 24; BODELLAR LISA, "Seguridad e higiene en el trabajo", Barcelona - Marcombo -, 1.988, p. 90; VILLA GIL y PALOMEQUE LOPEZ, "Introducción a la Economía del Trabajo", vol. I, Madrid - Debate -, 1.978, p. 608. En el texto del proyecto del Estatuto de los Trabajadores figuraba la expresión "formación práctica y adecuada en materia de seguridad" (art. 19.4), que fue completada por la enmienda 319, aprobada por unanimidad en la Comisión, con la adición de "e higiene", en coherencia con el contenido del artículo (vid. en SAGARDOY BENGOCHEA, AYUSO CANALS Y BRIONES FABREGA, "Debate parlamentario sobre el Estatuto de los Trabajadores", t. I, Madrid, Instituto de Estudios Sociales, 1.981, p. 344).

- 10 Vid., por ejemplo, el artículo 12.2.b del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.
- 11 A ambos significados parece referirse, por ejemplo, el art. 499 bis del Código Penal.
- 12 Implícitamente en BODELLAR LISA, op. cit., p. 13; críticamente, BASELGA MONTE, op. cit., p. 27.
- 13 A favor también de la utilización de esta expresión frente a otras similares o pretendidamente similares, FERNANDEZ MARCOS ("Condiciones de trabajo...", cit., p. 1.124); en contra, y a favor de la expresión "seguridad de los trabajadores", H. SEILLAN ("L'obligation de sécurité du chef d'entreprise", París - Dalloz -, 1.981, pp. 28 y s.).
- 14 MONTOYA MELGAR sitúa su origen legislativo en la ley de 24.7.1873 y constata que esta expresión conjuntiva se ha hecho clásica desde entonces en nuestra legislación laboral ("Ideología y lenguaje en las primeras leyes laborales de España", Madrid - Civitas -, 1.975, p. 27).

Constitución (art. 40.2) y en importantes textos jurídicos internacionales¹⁵.

3. La definición adoptada adquirirá precisión en la medida en que logremos perfilar sus términos equívocos: riesgo (a), salud (b) y trabajador (c).

a) Tanto el peligro como el riesgo hacen referencia a la posibilidad de que se produzca de un resultado y al carácter negativo del mismo¹⁶. La acepción habitual de estos vocablos sugiere que su diferencia se cifra en la mayor probabilidad que implica el peligro; que el peligro no es más que un riesgo grave¹⁷. Por ello, porque la seguridad es

¹⁵ Vid. el art. 7.b PIDESC y el art. 3 de la Carta Social Europea.

¹⁶ Cfr., por ejemplo, RODRIGUEZ MOURULLO, "La omisión de socorro en el Código Penal", Madrid (Tecnos), 1.966, cit., pp. 164 y s.; BASELGA MONTE, "El accidente de trabajo...", cit., p. 46; ESCRIBA GREGORI, "La puesta en peligro de bienes jurídicos en el Derecho Penal", Barcelona (Bosch), 1.976, p. 18; F. NICKLISCH "Wechselwirkungen zwischen Technologie und Recht", en NJW, 47, 1.982, p. 2.635. El momento del daño probable no es directamente relevante para calificar de arriesgada una situación. Su consideración en la cuantificación del riesgo podrá tener lugar a través de la cuantificación de la probabilidad - que podrá disminuir con la lejanía temporal del evento potencial, pues aumenta la posibilidad y la probabilidad de interferencia de factores de evitación - o para la identificación del daño - si la agresión es constante aumenta con el tiempo la gravedad del mismo -.

¹⁷ La primera acepción del vocablo "peligro" en el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua es "riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal". Riesgo es la "contingencia o proximidad de un daño". Los conceptos de peligro y riesgo se utilizan habitualmente para hacer referencia a la posibilidad (contingencia) de un daño y no a su proximidad. No se dice que un acto es peligroso cuando conduce con toda certeza al daño. Desde la perspectiva anterior al momento del daño o del definitivo no daño, propia del concepto de riesgo o peligro, la proximidad es en mayor o menor grado incierta y se presenta como posibilidad de proximidad más o menos probable. Esto es especialmente aplicable a los complejos comportamientos y a las complejas situaciones de las que se ocupa el Derecho, en las que difícilmente se puede realizar un pronóstico de probabilidad rayana en la certeza. Cuando se da esta última hipótesis el concepto de peligro cede ante otros recursos verbales que expresan ya el resultado futuro.

también ausencia de riesgo y por razones de economía expresiva, nos hemos decantado por este término en nuestra definición.

b) *Salud* es, en el entendimiento habitual, la ausencia de enfermedad: un estado del ser orgánico caracterizado por la aptitud para ejercer normalmente todas sus funciones¹⁸. La definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS) contiene un significado más amplio del término: salud no es solamente la carencia de enfermedad, sino también el más completo bienestar social, físico y mental¹⁹. Esta definición, sin embargo, ha de ser rechazada por la inconcreción que transmite al concepto de seguridad e higiene en el trabajo.

La primera causa de este defecto radica en la comprensión del bienestar en la definición. Dado que este bien abarca tanto la salud - entendida como ausencia de enfermedad - como la seguridad de ésta, o bien añade al concepto de seguridad e higiene en el trabajo un elemento difusinador, o bien le priva de especificidad, al coincidir en el mundo del trabajo seguridad e higiene con salud²⁰. El

¹⁸ En este sentido: BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, "El delito de lesiones", Salamanca (Universidad), 1.982, p. 12; GONZALEZ ORTEGA, "La seguridad e higiene en el trabajo...", *cit.*, p. 202.

¹⁹ GONZALEZ ORTEGA considera que salud es también mejora progresiva de las circunstancias que posibilitan ese estado de normalidad y que permiten un más amplio desarrollo de las funciones y capacidades del ser humano, un perfeccionamiento continuo de las mismas (*op. cit.*, p. 202).

²⁰ Cualquier trabajo físico reiterativo, por ejemplo, no supondría de por sí tan sólo una cierta puesta en peligro de la salud, sino también una lesión efectiva de hecho de la salud, pues se estaría contrariando el "completo bienestar físico y mental". BERDUGO GOMEZ

segundo de los inconvenientes para la aceptación de la definición de la OMS proviene de la inclusión de lo social en la misma. No sólo mueve a confusión entre lo que es lesión de la salud y puesta en peligro de la misma, sino entre el derecho a la salud y otros derechos de los trabajadores. Si salud es el más completo bienestar social, las lesiones del derecho a la percepción del salario pactado o legalmente establecido²¹, al derecho a un salario suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia²², a la promoción a través del trabajo²³, a la formación y readaptación profesionales²⁴, a la no discriminación en el trabajo por motivos injustificados²⁵ y a los derechos relativos a las relaciones de Seguridad Social²⁶, por poner algunos ejemplos, serían a su vez lesiones de la salud del trabajador²⁷. El tercer y último obstáculo deriva de la excesiva amplitud de contenido que supone la exigencia de totalidad en la definición de la OMS. La salud se convertiría en una utopía a la que siempre cabe

DE LA TORRE (op. cit., pp. 21 y a.) y CARDONA LLORENS ("Estudio médico-panal del delito de lesiones", Madrid - Ederca -, 1.988, p. 35) se manifiestan también críticamente en relación con la inclusión del término bienestar como definitorio de la salud.

21 Art. 4.2.f ET.
 22 Art. 35.1 CE; art. 23.3 DUDH; art. 13.7.a PIDESC; art. 4 CSE.
 23 Art. 35.1 CE; art.4.2.b ET; art. 7.c PIDESC.
 24 Art. 40.2 CE; art. 4.2.b ET; art. 1.4 CSE.
 25 Arts. 14 y 35.1 CE; arts. 4.2.c y 17 ET.
 26 Art. 41 CE; art. 22 DUDH; art. 9 PIDESC.
 27 En sentido similar se manifiesta CARDONA LLORENS: el bienestar social no solamente es difícilmente objetivable, sino que no es tomado en cuenta por la Medicina para definir la salud (op. cit., pp. 34 y a.).

acercarse pero nunca alcanzar²⁰. Con ello perdería toda aptitud para ser objeto de un derecho.

Si definimos la integridad física o corporal como aquel estado del cuerpo en el que a éste no le falta ninguna de sus partes, es patente, como después veremos²¹, no sólo la no coincidencia de significado de ambos términos, salud e integridad física, sino también que el contenido de ninguno de ellos abarca totalmente el contenido del otro, pues ni toda disfunción procede de la pérdida de sustancia corporal, ni esta pérdida implica necesariamente una disminución de funcionalidad. Esta reflexión y la inexistencia de un tercer concepto que abarque adecuadamente el contenido de estos dos justifican su presencia conjunta en nuestra definición.

La integración de los contenidos de los conceptos de salud e integridad física se ha intentado a través de las expresiones "integridad personal"²⁰ (aa), "integridad biológica"²¹ (bb) y "bienestar personal"²² (cc).

aa) La primera expresión es ambigua. Su acepción más habitual es mucho más amplia que la meramente comprensiva de la integridad física y la salud, puesto

²⁰ En este sentido, CARDONA LLORENS, que alega, además, que se apartan dichos criterios de los que utiliza hoy la Medicina para definir la salud (*op. cit.*, p. 34).

²¹ *Vid. infra* V.6.2.B.2.

²⁰ ROSAL, JUAN DEL; COBO DEL ROSAL, MANUEL; y RODRIGUEZ MOURULLO, "Derecho Penal español. Parte especial. Delitos contra las personas.", Madrid, 1.982, pp. 408, 410.

²¹ CARDONA LLORENS, *op. cit.*, pp. 33 y ss.

²² BERISTAIN IPIÑA, "Observaciones acerca de las lesiones en el Derecho penal español y comparado", en RGLJ, 1.971, pp. 215 y ss.

que abarca también la integridad moral, que a su vez incluye la dignidad y el honor de las personas³³.

bb) La segunda equivale al "sistema estructural y funcional de la vida humana, es decir, (...) la estructura de los tejidos y órganos del cuerpo y de las funciones que sustentan la vida, la reproducción y la relación."³⁴ La definición aporta, sin duda, un útil instrumento para el análisis teórico de las normas y de los supuestos de hecho fácticos, puesto que respeta la diferenciación conceptual entre lo "estructural" y lo "funcional". Su recepción normativa se enfrenta, sin embargo, con los inconvenientes de su tecnicismo y de su falta de raigambre en nuestro ordenamiento.

cc) La tercera expresión integra los contenidos de la salud y la integridad física, pero aporta, además, al mismo no sólo el añadido que comprende la noción de incolumidad, cuya lesión se puede llevar a cabo a través de los simples malos tratos³⁵, sino también otros de tipo ambiental, psicológico y ocupacional.

c) La acepción más comprensiva del término "trabajo" nos conduce a un entendimiento del trabajador como toda persona que realiza una actividad productiva, aunque no preste sus servicios voluntariamente, ni por cuenta ajena, ni bajo la organización y dirección de otro, ni a cambio fundamentalmente de una contraprestación salarial³⁶. Este concepto económico de trabajador, mucho más amplio que el jurídico-laboral³⁷, arrastra a su vez el contenido de la

³³ En este sentido, **BAJO FERNANDEZ** ("Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos contra las personas.", Madrid - Ceura -, 1.986, p. 172) y **QUERALT JIMENEZ** ("Derecho Penal español. Parte especial.", vol. I, Barcelona - Bosch - 1.986, p. 73).

³⁴ **CARDONA LLORENS**, op. cit., p. 36.

³⁵ Como afirma el propio **BREISTAIN IPIÑA** (op. cit., p. 216). En este sentido, también, **BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE** (op. cit., pp. 21 y s.) y **CARDONA LLORENS** (op. cit., pp. 29 y s.).

³⁶ Caracteres estos últimos que expresa el art. 1 ET.

³⁷ "Hasta el punto de identificarse con la noción de activo" (**VILLA GIL**, "Apuntes sobre el concepto de trabajador en el Derecho español", CCDT, 4, 1.972, p. 4). Señala **ALMANSA PASTOR** que la de productor se

seguridad e higiene en el trabajo más allá de lo que exige un concepto útil para el análisis y la regulación de las relaciones conflictivas que el Derecho desea abordar.

El concepto jurídico de seguridad e higiene en el trabajo ha de tener, pues, un significado más restringido. Tan sólo la prestación de determinados productores, que son los que describe el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, requerirá regulación acerca de las condiciones de seguridad e higiene en las que se realiza²⁸. Podría pensarse que, a los efectos de nuestra definición, deben incluirse en el concepto de trabajador aquellos que, reuniendo las demás características que expresa el citado artículo, no prestan sus servicios voluntariamente. En estos supuestos también constituirá la seguridad e higiene en el trabajo el objeto de un conflicto entre los que prestan sus servicios y la persona a quien prestan su fuerza de trabajo. La seguridad e higiene en cuanto bien jurídico se referiría entonces a los trabajadores por cuenta ajena y bajo dependencia ajena que no presten sus servicios por razones exclusivamente de amistad, benevolencia o buena vecindad²⁹.

²⁸ trata de acepción metajurídica y extralaboral, inservible para el Derecho del Trabajo" ("El concepto de trabajador", en AA. VV., "Estudios sobre Derecho individual de Trabajo en homenaje al prof. Mario L. Devesall", Buenos Aires, 1.979, p. 257).

²⁸ Es más: no podrá proceder a realizar dicha regulación un Estado que no quiera ser calificado de paternalista.

²⁹ Exclusión esta última que realiza también ALONSO OLEA en relación con el concepto jurídico de accidente de trabajo ("La responsabilidad por accidente de trabajo", en RISS - separata -, 1, 1.978, p. 14). La exigencia de retribución excluiría de este grupo de trabajadores no sólo a los que realizan su actividad por los motivos recientemente expresados, sino también a los que no prestan sus servicios voluntariamente. La SAP (León) 15.11.86 (273; cdo. 7º), sin embargo, hace la siguiente afirmación: "La víctima está trabajando,

La inclusión entre los trabajadores de aquellos que no prestan sus servicios voluntariamente supone una perturbadora desviación del concepto de trabajador utilizado en el Derecho del Trabajo⁴⁰ y una extensión del tipo de conflictos en los que el concepto de seguridad e higiene en el trabajo, desde su origen jurídico, ha puesto su punto de mira. Ello no obsta para que en los trabajos impuestos o forzados, como los prestados en privación de libertad, el servicio militar obligatorio, la prestación social sustitutoria o los realizados a favor del municipio⁴¹, hayan de regir, entre las normas que regulan las relaciones entre el superior y el dependiente, normas de contenido similar a las de seguridad e higiene en el trabajo, pues en ciertos aspectos se produce en dichas relaciones el mismo conflicto de intereses que en los trabajos voluntarios y una similar demanda de intervención jurídica⁴².

narrando madera como ayudante del titular, a efectos administrativos y fiscales y encargado en todo caso de la serrería, cuyo trabajo podía no ser remunerado, pero sí que se estaba realizando con su consentimiento y en su beneficio, y las normas sobre seguridad e higiene en el trabajo y su cumplimiento son exigibles en el desarrollo y realización del trabajo, con independencia de la naturaleza jurídica del contrato en virtud del cual se prestan, el trabajo realizado sin remuneración es un acto de mera liberalidad, o lo que es lo mismo, la donación del valor económico de ese servicio, por lo que demostrada la falta de las medidas de prudencia y la infracción reglamentaria y atendido el resultado de muerte, es correcta la calificación jurídica de los hechos".

⁴⁰ Piénsese, por ejemplo, en la imposibilidad de aplicarlo al 348 bis a) CP sin caer en una interpretación extensiva en contra del reo.

⁴¹ Cfr. VILLA GIL, *op. ul. cit.*, pp. 6, 61 y ss.; VILLA GIL y PALONEQUE LOPEZ, "Introducción...", *cit.*, pp. 496 y 512.

⁴² La Ley Orgánica General Penitenciaria se remite a la legislación vigente en la materia de seguridad e higiene para el desarrollo de los trabajos directamente productivos de los internos (arta. 27.2 LOGP, y 185.2 y 204 del Reglamento Penitenciario). Se discute, sin embargo, en relación con este tipo de trabajos, si se trata de una prestación libre; a favor se manifiestan, por ejemplo, SALA FRANCO,

3. La definición propuesta de seguridad e higiene en el trabajo indica con claridad que no se refiere a cualquier riesgo que afecte al trabajador en el centro de trabajo con independencia de su origen⁴³. Esto revela ya con claridad que el concepto de seguridad e higiene en el trabajo no señala el contenido absoluto de un determinado bien (la seguridad de la vida, la integridad física y la salud de los trabajadores) sino que pone en relación éste con determinado tipo de ataques al mismo⁴⁴.

ALBIOL MONTESINOS, CAMPS RUIZ, GARCIA NINET y LOPEZ GANDIA ("Derecho del Trabajo", Valencia - Tirano lo Blanch -, 1.991 - 6ª ed., pp. 894, 898); en contra, ALONSO OLEA Y CASAS BAAMONDE ("Derecho del Trabajo", Madrid (Universidad Complutense), 1.991 (12ª ed.), pp. 94 y s.). La Ley de Relaciones Laborales considera como accidentes de trabajo los acaecidos con ocasión o por consecuencia de prestaciones personales obligatorias (SALA FRANCO, ALBIOL MONTESINOS, CAMPS RUIZ, GARCIA NINET y LOPEZ GANDIA consideran vigente esta referencia de la LRL, si bien con carácter reglamentario - "Derecho del Trabajo", op. cit., p. 306 -).

⁴³ En este sentido, ARROYO ZAPATERO ("Manual...", cit., p. 154). El trabajador seriamente amenazado de muerte por una organización terrorista carece de seguridad en relación con su vida también en el centro de trabajo mientras realiza su actividad laboral, pero no por ello diremos que carece de seguridad e higiene en el trabajo.

⁴⁴ Vid. *infra* II.3.1.2.

I.2. Diferenciación.

I.2.1. SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO, BIENESTAR Y SALUD.

1. El motivo fundamental de valoración de la seguridad e higiene en el trabajo radica en su relación con la vida, la integridad física y la salud de los trabajadores. La protección jurídica de aquélla encuentra razón esencial y suficiente en la indirecta protección de éstas⁴⁵. No puede ésto hacernos olvidar, sin embargo, las consecuencias que comporta la lesión de la seguridad e higiene en los sujetos pasivos cuando éstos son conscientes del peligro que se cierne sobre ellos. La sensación de inseguridad provoca estados anímicos de temor, angustia y tensión que afectan a su bienestar y que pueden ser origen, en caso de prolongación, de alteraciones psíquicas y, por lo tanto, de lesiones de la salud⁴⁶. No en vano tienen los trabajadores interés "no solamente en trabajar sin lesión de su vida o salud, sino también en trabajar con seguridad, sin lesión de

⁴⁵ En relación con su protección penal y de acuerdo con la terminología que posteriormente se explicita (vid. infra II.1 y II.3.1.4) podemos afirmar que la protección penal de la vida, la integridad física y la salud es la razón esencial y suficiente de la constitución de la seguridad e higiene en el trabajo como bien jurídico-penal.

⁴⁶ En este sentido, ARROYO ZAPATERO ("La protección penal...", cit., p. 49) y BASELGA MONTE ("El accidente de trabajo...", cit., pp. 23 y s. y 46). La descripción que hace este último autor de las lesiones emotivo-psíquicas de los testigos de un accidente y de sus proyecciones somáticas es parcialmente aplicable a la situación a la que nos referimos. En este sentido, en relación con las situaciones de peligro en general, RODRIGUEZ MOURULLO ("Derecho Penal. Parte general.", Madrid - Civitas -, 1.978, p. 337) y ESCRIBA GREGORI ("La puesta en peligro...", cit., p. 20).

la 'integridad' de esa 'seguridad'⁴⁷. La situación de inseguridad, en sí misma considerada, y aunque no preceda a la lesión de otros bienes, constituye ya una situación desvaliosa para el titular de dichos bienes⁴⁸.

Aunque se trate de un fenómeno frecuentemente colateral a la falta de seguridad e higiene, se ha de ratificar aquí que el menoscabo de ésta, como se deduce del contenido de su definición, no requiere ni la lesión del bienestar del trabajador ni necesariamente la puesta en peligro de su salud psíquica derivada del riesgo existente para su vida, su integridad física o su salud. Con otras palabras: para poder hablar de inseguridad no es necesario constatar la sensación de inseguridad en los sujetos pasivos⁴⁹. El peligro es una situación que se juzga objetivamente.

El desvalor añadido que supone la sensación de inseguridad es tenido ya en cuenta por el legislador a la hora de valorar la seguridad y sancionar sus atentados. Esto no debe extrañar, pues sucede con multitud de bienes jurídicos: cuando se desvaloran los atentados contra los mismos se toman ya objetivamente en consideración los efectos negativos colaterales que

⁴⁷ "La protección penal...", *cit.*, p. 49.

⁴⁸ La expresión "medio ambiente laboral", que utiliza PARIRAS MATONI, intenta reflejar la perspectiva de presente implicada en la seguridad e higiene en el trabajo ("El derecho al medio ambiente laboral en la Constitución española de 1.978", en AA. VV., "La Constitución española, diez años después", en Tapia, 44 (suplemento), enero de 1.989, p. 19); sobre este concepto, cfr. FRANCO Y SUANZES, "Medio ambiente laboral, medio ambiente colectivo", en ST 7/8, 1.982, pasim.

⁴⁹ MENA ALVAREZ parece deducir de la configuración de la seguridad e higiene en el trabajo como bien jurídico-penal el requisito de la conciencia de temibilidad ("Virtualidad práctica del artículo 348 bis a)", en AA. VV., "Protección penal de los derechos de los trabajadores", Santiago de Compostela - Universidad -, 1.985, p. 44). El planteamiento es, a nuestro juicio, erróneo.

para su titular suele comportar la pérdida o el menoscabo del objeto del bien jurídico, sin que sea necesario constatar la efectiva existencia de éstos o la posición del sujeto ante los mismos. El hecho de que el sujeto pasivo de una mutilación sea un enfermo inconsciente y terminal no obsta para que consideremos el comportamiento como típico de un delito de lesiones.

El legislador puede, desde luego, optar por la protección jurídica del bienestar ante los ataques al mismo que se producen por la lesión de la seguridad e higiene en el trabajo o proteger ésta tan sólo en los supuestos en los que comporte una lesión del bienestar o una añadida puesta en peligro de la salud psíquica. Conviene recordar sin embargo, por una parte, que ninguna de estas opciones está implícita en la protección de la seguridad e higiene en el trabajo; por otra, las dificultades que plantea la prueba de un resultado de este tipo y la determinación de su objetiva imputación a la conducta típica. Obsérvese también que se tendería a hacer depender la sanción de la sensibilidad de la víctima.

En los tipos de lesiones se valoran negativamente también la previa situación de peligro y la frecuente sensación de inseguridad que les acompaña. Lo que sucede es que este desvalor queda en buena parte eclipsado por el desvalor sustancialmente mayor que supone la pérdida o el menoscabo del objeto del bien jurídico en cuestión. Esto indica, entre otras cosas, que el que la seguridad sea un valor en sí misma y el que las situaciones de concreto peligro sean en sí dañosas por el "agudo desamparo del bien" y por la "dependencia de su integridad de factores heterónomos"⁵⁰ no obsta para que la situación de peligro sea considerada como un probable preestadio de la lesión de otro bien jurídico. Indica también que dicha dañosidad sólo es parcialmente "específica"⁵¹.

⁵⁰ U. KINDHAUSER, "Gefährdung als Straftat", Frankfurt (V. Klostermann), 1.989, p. 353.

⁵¹ Como la califica KINDHAUSER ("Gefährdung...", cit., p. 353). No lo es porque forma parte también de la dañosidad del correspondiente delito de lesión. KINDHAUSER considera que el concepto de peligro no se deja explicitar suficientemente en el trasfondo de una teórica causalidad; no sólo en un axiológicamente desdeniable preestadio de una lesión (pp. 363 y s.). ARROYO ZAPATERO considera que la seguridad e higiene en el trabajo se constituye en "un interés, un objeto diferente y autónomo respecto de la vida y la salud del trabajador" y no en "un mero adelanto de las barreras de protección de la vida y la salud" ("Manual...", cit., pp. 154 y s.).

2. La reflexión anterior trae a colación un último aspecto en torno a la relación entre seguridad e higiene y salud. Debido a la propia graduabilidad de ésta, no siempre aparece nitida la diferenciación entre peligro para la salud y lesión de la salud, y, por lo tanto, entre seguridad e higiene en el trabajo y salud⁵². La razón reside en que, en ocasiones, un leve menoscabo de la salud puede ser contemplado como una lesión de la salud o como un peligro de una lesión más grave de la misma⁵³. Por otra parte, como hemos visto en las líneas anteriores, el propio peligro para la vida, la integridad física o la salud (la falta de seguridad e higiene en el trabajo) puede constituirse ya en sí mismo en causa de un detrimento de la salud psíquica del trabajador.

1.2.2. SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO Y SEGURIDAD PÚBLICA.

1. *La seguridad e higiene en el trabajo constituye un concepto mucho menos comprensivo y mucho más limitado que el de seguridad pública.* La seguridad e higiene en el trabajo hace referencia a determinado tipo de ataques a la seguridad; delimita, por lo tanto, un círculo de potenciales agentes de los mismos en torno fundamentalmente al empresario y a sus encargados, personas de quienes dependen

⁵² Términos que, como se deducirá de la exposición previa, no son intercambiables. BELTRAN APARICIO propone, sin embargo, la adopción de la expresión "salud laboral" para la comprensión de la prevención de riesgos (op. cit., p. 115).

⁵³ En este sentido, SANFELIX MORATA ("La seguridad e higiene del producto", Madrid - INSHT -, 1.983, p. 17).

las condiciones materiales, personales y organizativas de la producción; determina también un círculo de titulares del bien en torno a los trabajadores. Atendiendo además a que la seguridad e higiene depende de la empresa, a que ésta persigue la obtención de beneficios y a que la seguridad, a partir de un determinado nivel, es costosa, obtendremos que el ánimo de lucro es el motor habitual de las lesiones de la seguridad e higiene en el trabajo. Partiendo de la consideración de la actividad de producción como actividad de riesgo permitido, reside un último rasgo distintivo en la preponderante necesidad de comportamientos activos para la protección del bien⁵⁴.

No se dan, en cambio, las circunstancias mencionadas en relación con la seguridad pública. Una especificación subjetiva tal no es posible⁵⁵, las fuentes del riesgo no se encuentran circunscritas a un ámbito espacial y temporal tan determinado, los comportamientos exigidos para su salvaguardia son frecuentemente de abstinencia⁵⁶ y el ánimo de lucro no aparece tan íntimamente vinculado a la motivación del agente⁵⁷.

⁵⁴ Vid. *infra* V.A.L.A.

⁵⁵ En este sentido, BIANCHI D'URSO ("Profili giuridici della sicurezza nei luoghi di lavoro", Nápoles - Eugenio Jovane -, 1980, p. 61).

⁵⁶ En este sentido, BIANCHI D'URSO (*op. cit.*, p. 61).

⁵⁷ En la doctrina italiana ha criticado BIANCHI D'URSO (*op. cit.*) dos tesis acerca de la seguridad en el lugar de trabajo por considerarlas reductivas y comprometidas con el sistema de producción capitalista (pp. 6, 16): la que la considera objeto de un derecho que no es sino una derivación del derecho general a la integridad física (p. 58), y la que afirma que el derecho a la seguridad en el trabajo es un derecho equiparable al derecho a la seguridad de todos los ciudadanos (pp. 19, 52 y s.). La reducción, fruto de aquel

2. No obsta para la distinción conceptual aquí esbozada el hecho de que, en ocasiones, el centro de trabajo sea una fuente de riesgos para personas ajenas al mismo; el que, por lo tanto, una misma medida pueda serlo de seguridad e higiene en el trabajo y de seguridad pública; el que, en fin, una misma norma jurídica pueda proteger simultáneamente ambos bienes⁵⁸.

1.2.3. SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO Y FUERZA DE TRABAJO.

1. En los años veinte se desató en Alemania una viva discusión científica sobre la justificación de la consideración de la "fuerza de trabajo" ("Arbeitskraft") como bien jurídico penalmente protegido⁵⁹. El debate vino

compromiso, consiste precisamente en no contemplar al derecho en el marco de la peculiar ubicación socioeconómica de la clase de sujetos titulares del mismo (pp. 18, 61).

⁵⁸ SANFELIX MORATA distingue entre "seguridad e higiene del trabajo" (riesgos para los trabajadores), "seguridad e higiene del producto" (riesgos para los usuarios y consumidores) y "seguridad e higiene públicas" (riesgos para los ciudadanos y público en general). La seguridad e higiene del producto es a la vez seguridad e higiene del trabajo cuando va referida a medios técnicos de producción cuyos usuarios son los trabajadores (op. cit., pp. 9 y ss., 12). Vid. también la distinción que realiza el informe "Safety and Health at Work" (Londres - Her Majesty's Stationery Office -, 1.975, capítulo 10, pp. 89 y ss.; p. 154, pfo. 479 y 481) entre *safety and health at work* y *public safety*, si bien criticando la artificial distinción a que conducen muchas normas y que realiza la Administración entre la preocupación por la seguridad de los trabajadores y la preocupación por la seguridad pública (p. 89, pfo. 284).

⁵⁹ La primera monografía acerca de la protección penal de la fuerza de trabajo corresponde a R. NEVOIGT ("Der strafrechtliche Schutz der Arbeitskraft", Breslau - Schletter -, 1.927), que afirma en la introducción: "La investigación penetra en tierra virgen. Faltan todavía obras jurídicas generales o parciales en este campo" (p. 3). A esta obra siguieron los artículos de G. RADBRUCH ("Der strafrechtliche Schutz der Arbeitskraft", en *Die Justiz*, II, 1.926/27, p. 677 y ss.), R. POTTHOFF ("Schutz der Arbeitskraft im Strafrecht", en *AB*, 1.928, pp. 6 y ss.), y los trabajos de las trigésimoquintas jornadas de juristas alemanes ("Verhandlungen des

alentado tanto por la referencia a la protección de la misma de la Constitución de Weimar de 1.919⁶⁰ como por la crisis que subsiguió a la Primera Guerra Mundial y que provocó el aumento de la vulnerabilidad y de la significación del citado bien para una gran cantidad de ciudadanos⁶¹. Los esfuerzos de prestigiosos penalistas por el reconocimiento de la autonomía de la fuerza de trabajo como bien jurídico y por su protección penal⁶² no obtuvieron éxito en el notable proyecto de Código penal de 1.927. La discusión se retomó en los trabajos de reforma de la Gran Comisión de Derecho Penal

fünfunddreißigsten Deutschen Juristentages", Berlin y Leipzig - Walter de Gruyter -, 1.928); AUERSWALD ("Schutz der Arbeitskraft", t. II, pp. 878 y ss.), GRON ("Der strafrechtliche Schutz der Arbeitskraft", t. II, pp. 78 y ss.), H. SINZHEIMER ("Der strafrechtliche Schutz der Arbeitskraft", t. I, pp. 360 y ss.), y V. SUCHANEK ("Der strafrechtliche Schutz der Arbeitskraft", t. I, pp. 155 y ss.). Una completa exposición de la discusión alemana entre las dos guerras mundiales en torno a la fuerza de trabajo se encuentra en la obra de ARROYO ZAPATEIRO "La protección penal de la seguridad en el trabajo" (cit., pp. 18 y ss.).

⁶⁰ En este sentido, RADBRUCH ("Der strafrechtliche Schutz...", cit., p. 574) y NEVOIGT (op. cit., pp. 141 y s.). El artículo 167 decía: "La fuerza de trabajo goza de la especial protección del Reich" (vid. el comentario de RADBRUCH en AA. VV. - coord. Nipperdey -, "Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung", t. 3, Berlin, 1.930, pp. 349 y ss.).

⁶¹ En este sentido, P. RABELS ("Die Forderung nach einem strafrechtlichen Schutz der Arbeitskraft", Hamburgo - Juristische Dissertation -, 1.966, p. 2).

⁶² RADBRUCH propone las siguientes reformas penales: 1) una específica protección de los trabajadores contra las coacciones de que pueden ser objeto en virtud de su situación de dependencia; 2) protección del ejercicio de los derechos sindicales; 3) sanción de la explotación de la fuerza de trabajo a través del pago de salarios inferiores a los pactados; 4) protección de la "sustancia" de la fuerza de trabajo que su lesión constituya una circunstancia agravante de los preceptos que sancionan los atentados contra la integridad física y que se castigue en general la puesta en peligro de la vida cuando se produce con ánimo de lucro ("Der strafrechtliche Schutz...", cit., pp. 576 y ss.). NEVOIGT propone la protección de la fuerza de trabajo contra la lesión y el peligro concreto y abstracto, contra el menoscabo mediato o inmediato de su libre aplicación, y contra su explotación (op. cit., pp. 154 y ss.).

entre los años 1.954 y 1.959, pero tampoco encontraron eco en el proyecto de 1.962 las propuestas de creación de un nuevo capítulo destinado a la protección de la fuerza de trabajo⁶³.

Con un interesante artículo reaviva en 1.972 E. J. LANPE la ya apagada polémica⁶⁴. Propone en él la estructuración de la protección penal del trabajador en cuanto tal en torno al bien jurídico "fuerza de trabajo", que comprendería tanto la simple capacidad de prestación como la prestación misma del trabajo⁶⁵; su lesión afectaría no sólo al patrimonio de su titular, en cuanto que la fuerza de trabajo supone la capacidad de producir cosas, sino también a su propia persona, en cuanto que supone también la "capacidad de producirse"⁶⁶. En defensa de su propuesta de creación de tipos y de sistematización de los mismos alega la incapacidad de los preceptos generales de defensa de

⁶³ A favor de dicha propuesta se pronunciaron en la mencionada comisión: DÜNNEBIER ("Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission. Besonderer Teil", t. 13, Bonn - Bundesdruckerei -, 1.960, pp. 525, 781), FRITZ (p. 527), KOPFKA (p. 529), R. LANGE (pp. 525 y s., 528, 530 y s., 781) y E. MEZGER (529). En contra: BALDUS (p. 529), P. BOCKELMANN (p. 532), E. BRENER (p. 526), W. GALLAS (p. 532), H. R. JESCHECK (pp. 527 y s.), K. NEUMAYER (p. 532), SCHAFHEUTLE (pp. 527, 529 y s.) y EBERHARD SCHMIDT (p. 532). LANGE resumió así sus argumentos: "En el futuro Código penal se ha de aceptar un capítulo especial 'Protección de la fuerza de trabajo'. Lo exige el alto rango social y constitucional de este bien, así como su lesionabilidad y su frecuente quebranto, además de su reconocimiento jurisprudencial *praeter legem istam* y de la constante experiencia de que los tribunales bagatellizan este bien jurídico porque hasta ahora no ha aparecido en una ley principal" (p. 781). Después de remitir diversos preceptos relativos a la protección de la fuerza de trabajo al Derecho penal especial - ya porque se mantuvo que no era necesaria su presencia en una ley básica como es el Código penal, ya porque se consideró que carecían de contornos precisos -, se determinó que la creación de un título especial para los escasos tipos restantes era técnicamente compleja e inadecuada desde el punto de vista del bien jurídico (vid. especialmente la intervención de SCHWALM - pp. 524 y s. - y las consideraciones de la comisión de expertos del Ministerio Federal de Justicia - pp. 768 y ss.-).

⁶⁴ "Der strafrechtliche Schutz der Arbeitskraft", en AA. VV., "Festschrift für Reinhard Maurach zum 70. Geburtstag", Karlsruhe (C. F. Müller), pp. 375 a 389.

⁶⁵ p. 377.

⁶⁶ pp. 376 y s., 378.

la vida, la integridad física y del patrimonio para proteger adecuadamente el bien citado: aquéllos, porque no comprenden todas las lesiones relevantes de la "fuerza de trabajo" - como por ejemplo la sobrecarga física o psíquica -; éstos, porque bajo el concepto de patrimonio no se puede abarcar con la suficiente precisión todas las especificidades del bien en cuestión⁶⁷. "La fuerza de trabajo", afirma, "debe disfrutar de una protección penal propia tanto en su aspecto psíquico-corporal como en el económico. Debe recibir protección su substancia, pero también su utilización. Debe ser salvaguardada de la lesión, del peligro, de su sustracción ('explotación'), de la aplicación involuntaria ('estafa de trabajo' y 'extorsión de trabajo')"⁶⁸.

La discusión que nos interesa en este punto no es la de la dignidad y necesidad de protección jurídica o jurídico-penal de los contenidos que comprende la fuerza de trabajo, sino en qué medida constituye este concepto, o, en concreto, el de seguridad de la fuerza de trabajo, un instrumento más útil y adecuado para el análisis y la regulación jurídica de determinado tipo de conflictos que el de la seguridad e higiene en el trabajo⁶⁹. Antes de responder a esta cuestión (3) habremos de definir el concepto de fuerza de trabajo (2).

2. La fuerza de trabajo es la capacidad orgánica del hombre para trabajar, para obtener medios económicos para su existencia⁷⁰. Dicha capacidad (*Arbeitsfähigkeit*), que se

⁶⁷ PP. 378 y ss.

⁶⁸ P. 380.

⁶⁹ BUENO ARUS considera erróneamente que la fuerza de trabajo es el bien jurídico-penal del art. 348 bis a) ("La protección penal del trabajador en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1.983", en AL, 13, p. 628).

⁷⁰ Coinciden en esta definición: FROTZ ("Der strafrechtliche Schutz der Arbeitskraft", en AA. VV., "Materialien zur Strafrechtareform. Besonderer Teil", Bonn, 1.955, p. 279), JESCHECK (en

puede desarrollar a través del ejercicio o de la formación⁷¹, no se identifica con la capacidad de ejercer el propio empleo (*Berufsfähigkeit*), aunque evidentemente la pérdida de ésta es, al menos, una pérdida parcial de aquella⁷². No se debe tampoco confundir este concepto individual de fuerza de trabajo con el concepto de fuerza de trabajo del pueblo, utilizado en el proyecto nacionalsocialista de Código Penal de 1936 y comprensivo no sólo de la suma de las fuerzas individuales de trabajo, sino también de los medios de producción, de la conformación de las condiciones de trabajo y de la "voluntad popular de trabajo"⁷³.

"Niederschriften...", cit., p. 528), NEVOIGT (op. cit., pp. 4 y ss.), RABELS (op. cit., p. 6) y el proyecto alemán de Código Penal de 1936 (cit. en "Niederschriften...", cit., p. 768) Para LANGE es "la capacidad de prestar un servicio de valor social" (en "Niederschriften...", p. 768). LANGE define la fuerza de trabajo como "la suma de aquellas capacidades desarrolladas del hombre, físicas e intelectuales, que le posibilitan reflejarse en su valor subjetivo y conseguir, a través de la producción de valores objetivos, dineros u otros objetos patrimoniales" ("Der strafrechtliche Schutz...", cit., p. 377).

- ⁷¹ En este sentido: G. A. BULLA y H. BUCHNER ("Mutterschutzgesetz Kommentar", München - Beck -, 1981 - 5ª ed. -, § 21, nm. 17), FROTZ (op. cit., p. 279), LANGE (en "Niederschriften...", cit., p. 768), RABELS (op. cit., p. 6), H. RULAND ("Die Arbeitskraft als vermögenswertes Rechtsgut im Schuldrecht", Pfaffenweiler - Centaurus -, 1984, p. 164).
- ⁷² En este sentido, NEVOIGT (op. cit., p. 8). Para RADBRUCH en cambio la fuerza de trabajo es la capacidad para el ejercicio de un concreto empleo ("Der strafrechtliche Schutz...", cit., p. 577).
- ⁷³ Cfr. G. GEISSELER, "Die deutsche Arbeit im kommenden Strafrecht", en Deutsche Justiz, 1936, 219. En relación con la diferenciación de ambos conceptos, vid. los comentarios de NEVOIGT (op. cit., pp. 6 y ss.) y de la comisión de especialistas del Ministerio Federal de Justicia de la R.F.A. en los trabajos previos al proyecto de 1982 (en "Niederschriften...", cit., p. 769). Un objeto similar de protección lo tenía, como indica ARROYO ZAPATERO, el antiguo art. 423, que hacía referencia cumulativa a la "salud de los obreros" y a la "producción en general" ("La protección penal...", cit., p. 230).

3. El concepto de fuerza de trabajo no tiene utilidad mencionable para el análisis jurídico. Su contenido es demasiado amplio en algunos aspectos (a) y demasiado restringido en otros (b). Las ventajas alegadas para su utilización no son tales: ni es el adecuado aglutinante para la comprensión de determinado tipo de conflictos, ni parece aconsejable la acentuación que implica de las consecuencias patrimoniales de ciertos atentados contra la vida, la integridad física y la salud (c).

a) El contenido de la seguridad de la fuerza de trabajo es mucho más amplio que el de la seguridad e higiene en el trabajo, pues añade a la seguridad general de la vida, la integridad física y la salud de los trabajadores, el aseguramiento de los mecanismos que hacen posible el mantenimiento de ciertas capacidades, tales como el ejercicio y la formación⁷⁴. La dudosa utilidad de un

⁷⁴ La fuerza de trabajo no se lesiona sólo con la lesión de los bienes que le sirven de sustrato (vida, integridad física y salud). La falta de ejercicio en un período considerable (cfr. RADBRUCH, "Der strafrechtliche Schutz...", cit., p. 577), la descualificación profesional, la privación de libertad durante un tiempo relevante o determinado tipo de coacciones pueden constituir un atentado a la fuerza individual de trabajo. LAMPE considera que existen enfermedades que no son lesiones de la fuerza de trabajo y peligros para la fuerza de trabajo que no lo son para la salud ("Der strafrechtliche Schutz...", cit., p. 379). El informe de la comisión de especialistas del Ministerio Federal de Justicia previo a los trabajos de la Gran Comisión de Derecho Penal de la R.F.A. considera, en cambio, que la protección de la fuerza de trabajo puede provenir, correlativamente, de su falta de ejercicio en un período considerable y de la lesión de los presupuestos de su aplicación (vida, integridad física y salud) ("Niederschriften...", cit., p. 524). En el mismo sentido se manifestaron en la citada Gran Comisión BALDUS (p. 529) y DREHER (p. 526), que opinaban, además, que la fuerza de trabajo sólo debía protegerse a través de los preceptos que protegen la vida, la integridad física y la salud. En el mismo sentido, con una perspectiva más amplia - que incluye entre los elementos de la fuerza de trabajo la salud, el patrimonio y la libertad -, RABELS, que considera que la protección de la fuerza de trabajo sólo es

precepto tan poco específico se revela en las consecuencias que tendría su protección penal o administrativa. Equivaldría, por de pronto, a la protección general de la seguridad de la vida, la integridad física y la salud de las personas con capacidad orgánica para el trabajo. La adopción de una medida de este tipo encontraría insalvables problemas de legitimidad en relación con los principios de intervención mínima y de seguridad jurídica⁷⁵. Llama poderosamente la atención, de hecho, que las más modernas propuestas de la doctrina alemana de creación de tipos penales que protejan la fuerza de trabajo contra su puesta en peligro acaben por limitarse a la protección de la seguridad e higiene en el trabajo⁷⁶.

b) La seguridad de la fuerza de trabajo es menos comprensiva que la seguridad e higiene en el trabajo en un

posible a través de la protección de sus elementos, tal como lo hace el Derecho del Trabajo (op. cit., pp. 117 y s.). En sentido más amplio e inverso, pero no opuesto, RULAND considera que la protección de la fuerza de trabajo es siempre protección de la personalidad (op. cit., pp. 163, 166).

⁷⁵ RABELS considera que apenas sería posible la determinación de los ataques penalmente perseguibles a la fuerza de trabajo como supraconcepto (op. cit., pp. 117 y s.). KOFFKA califica de desafortunada la expresión "protección de la fuerza de trabajo" y afirma que de lo que se trata es de "la protección del hombre en su lugar de trabajo" o "protección del hombre trabajador" (en "Niederschriften...", cit., p. 529).

⁷⁶ Vid. las propuestas de LAMPE ("Der strafrechtliche Schutz...", cit., pp. 382 y s.) y LANGE (en "Niederschriften...", cit., p. 631). En las propuestas de NEVOIGT (op. cit., p. 166) y RADBRUCH ("Der strafrechtliche Schutz...", cit., p. 570), formuladas ambas en los años 20, el límite viene dado en cambio únicamente por el ánimo de lucro (Gewinnsucht) del sujeto activo. G. FROTZ ("Der strafrechtliche Schutz der Arbeitskraft", en AA. VV., "Materialien zur Strafrechtsreform. Besonderer Teil", Bonn, 1.956, p. 282) y RABELS (op. cit., p. 117) ponen de relieve que la fuerza de trabajo como tal no ha sido nunca en el Derecho alemán ni en otros ordenamientos jurídicos objeto inmediato de protección penal.

aspecto. Mientras que ésta hace referencia a la vida, la integridad física y la salud sin matizaciones ni restricciones, la fuerza de trabajo valora estos bienes en función de su instrumentalidad productiva. Esta valoración supone una concepción reductiva e instrumentalista del propio trabajador⁷⁷ incompatible con el concepto de hombre que subyace a la concepción democrática de la organización del Estado. Si pasamos de nuevo al plano de la protección, no se entiende bien desde postulados democráticos por qué se ha de proteger la seguridad de la capacidad para trabajar y no la seguridad de la capacidad para realizar otras funciones tales como leer, pasear, comer, sacuchar música, jugar al tenis o relacionarse con los demás. ¿Por qué poner en primer plano este factor de producción y no a la persona misma? Las vigentes concepciones sociales, desde luego, no parecen acoger una consideración de este tipo: ¿se considera acaso como un atentado primordialmente contra la fuerza individual de trabajo la lesión de la vida, de la integridad física, o de la salud del trabajador? La reducción consiste así en la protección de la capacidad humana y su sustrato físico y psíquico para una determinada función, el trabajo, en lugar de una protección absoluta de dicho sustrato con independencia de una o varias de las manifestaciones de su funcionalidad⁷⁸.

⁷⁷ En este sentido: ARROYO ZAPATERO ("La protección penal...", cit., p. 22), BALDUS ("Niederschriften...", cit., p. 529), DRESHER (en "Niederschriften...", cit., p. 526) y JESCHECK (en "Niederschriften...", cit., p. 527).

⁷⁸ En este sentido, SCHAFFHUTLE (en "Niederschriften...", cit., p. 527). No nos parece, sin embargo, de acuerdo con RULAND,

En el recientemente reformado artículo 418 se menciona la anulación o grave limitación de la aptitud laboral como consecuencia calificativa de las lesiones más graves⁷⁹. La mención es, como se deducirá de la exposición anterior, inadecuada. Si se fundamenta en el perjuicio patrimonial que implica la lesión de la aptitud laboral, parece criticable que el legislador considere este perjuicio como causa de agravación en el marco de la protección de un bien jurídico diferente al patrimonio. Tampoco parece de recibo la postura del legislador si el fundamento de la misma es el valor de realización personal inuito en el ejercicio de una actividad productiva, pues supone una discutible discriminación entre los fines a los que se aplican las funciones corporales.

Los bienes jurídicos que se pretenden proteger son la salud y la integridad física; ésto es: un determinado estado de aptitud funcional del organismo y una determinada situación corporal. En coherencia con ello los efectos negativos a tener en cuenta son la disminución corporal y la disminución funcional. Para determinar la concreta disminución funcional se ha de acudir a criterios médicos en relación con la función⁸⁰ y no a una concreta finalidad a la que se puede dirigir. La adopción de una finalidad discrimina a los que no aplican o no saben aplicar la función a la misma⁸¹. La amputación de un dedo, según el

despersonalizadora la consideración del valor patrimonial de la fuerza de trabajo (op. cit., pp. 36 y ss.).

⁷⁹ Antes de la reforma se utilizaban las siguientes expresiones: inutilidad o incapacidad "para el trabajo a que hasta entónces se hubiera habitualmente dedicado" el sujeto pasivo (art. 420.2 y 3), "incapacidad para el trabajo" (art. 420.4 y 422), y "lesiones que impidan al ofendido trabajar" (art. 582) o "dedicarse a sus trabajos habituales" (art. 583.1). En la PANCP la referencia es a la "inutilidad para el trabajo" (art. 143.1).

⁸⁰ Se defendió en la elaboración parlamentaria que la expresión "asistencia facultativa" era más adecuada en el artículo 421 que la de "tratamiento médico o quirúrgico", por comprender indudablemente ejercicios físicos, nuevas técnicas o simples prescripciones de fármacos (ANDRES MOLET, en defensa de la enmienda 54 del Grupo Mixto, BOCG, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Justicia e Interior, 1.3.89, n.º 414, p. 13.984). La AGRUPACION DE DIPUTADOS DC (Grupo Mixto) consideraba imprecisa la expresión "grave enfermedad somática o psíquica" del artículo 418 y pedía su supresión (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A - Proyectos de Ley -, 12.12.88, n.º 100.4, p. 42, enmienda 89).

⁸¹ En este sentido se manifestaron en el proceso de elaboración del artículo las enmiendas número 54 del Congreso (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A - Proyectos de Ley -, 12.12.88, n.º 100.4, p. 42; la enmienda era de la AGRUPACION IU-EC - Grupo Mixto -) y número 66 del Senado (BOCG, Senado, serie II - textos legislativos -, 26.4.89, n.º 303c, p. 40; la enmienda era de INICIATIVA PER CATALUNYA -

criterio legal, es una lesión de las más graves si la víctima es un pianista profesional y deja de serlo si la víctima es un locutor de radio cuya afición principal es tocar el violín. Obsérvese que ambos sujetos tendrían por este hecho la salud y la integridad física igualmente disminuidas, aunque el perjuicio en las expectativas patrimoniales sea obviamente diferente, dato que habrá de ser valorado a efectos de responsabilidad civil. Obsérvese también que nunca sería grave por este concepto la lesión infringida a una persona que no sea apta para el trabajo. La crítica se acentuaría si la referencia fuera a la aptitud para el trabajo habitual, como hacia el Código antes de la reforma⁸², puesto que la finalidad se concretaría aún más.

c) La búsqueda de un aglutinante de los comportamientos contrarios a los derechos laborales de los trabajadores y las graves consecuencias que para el patrimonio del trabajador o de su familia pueden tener los mismos constituyen los principales motivos para la configuración del concepto de fuerza de trabajo y para su consideración como bien jurídico autónomo⁸³.

Frente al propio concepto "derechos laborales de los trabajadores"⁸⁴ carece el de fuerza de trabajo de capacidad

Grupo Mixto -). Se proponía sustituir la expresión analizada por "aptitud para sus ocupaciones habituales", con la siguiente motivación: "Hay grupos humanos sin aptitud laboral que pueden resultar víctimas de agresión lesiva y con el texto del proyecto quedarían desamparadas por este tipo, tales como los inválidos, jubilados, etc."

⁸² Vid. la n. 79.

⁸³ En este sentido: DÜNNEBIER (en "Niederschriften...", cit., p. 780), LAMPE ("Der strafrechtliche Schutz...", cit., pp. 375, 376, 378, 379 y s.) y NEVGIGT (op. cit., p. 2). Cfr. ARROYO ZAPATERO, "La protección penal...", cit., pp. 21 y 2.

⁸⁴ Partiendo del mismo la PANCP dedica la sección 1ª del capítulo II ("De los delitos laborales") del título XII ("De los delitos socioeconómicos") a los delitos contra los derechos de los trabajadores. El concepto de derechos laborales de los trabajadores comprende también el del derecho a un salario justo y equitativo, y sirve, por lo tanto, de punto de referencia válido para la protección de los comportamientos de explotación de contenido económico, campo

de referencia para agrupar el conjunto de comportamientos que se pretende. En primer lugar, porque tiene también por contenido derechos que corresponden a todos los ciudadanos y no específicamente a los trabajadores por cuenta ajena; en segundo, porque determinados derechos de los trabajadores no tienen como objeto primordial su fuerza de trabajo.

El segundo argumento de sustentación de la categoría "fuerza de trabajo" tampoco parece convincente. Las consecuencias negativas que la lesión de la salud o de la integridad física tiene en las expectativas del trabajador, patrimoniales y de realización y promoción personal a través del trabajo, aparecen ya desvaloradas, junto con otras, en la propia valoración de los citados bienes. Otorgar excesivo peso al perjuicio patrimonial, apreciable específicamente por el juez a la hora de determinar la responsabilidad civil derivada de delito, comporta, a nuestro juicio, una visión excesivamente monetarista de otros bienes fundamentales y una peligrosa discriminación de vidas, integridades físicas y saludes en virtud de su concreta funcionalidad.

Recogiendo la tesis de NEVOIGT⁵⁵ defiende RULAND en una reciente monografía⁵⁶ el valor patrimonial de la fuerza de trabajo. Rechazando la necesidad de que el patrimonio esté constituido exclusivamente por objetos y de que sea algo necesariamente separado de su titular, parte el autor alemán de un concepto económico del mismo⁵⁷, comprensivo no sólo de los

al que ARROYO ZAPATERO reduce el valor de la categoría "fuerza de trabajo" ("La protección penal...", *cit.*, p. 22).

⁵⁵ *Op. cit.*, pp. 9 y ss.

⁵⁶ "Die Arbeitskraft als vermögenswertes Rechtsgut im Schuldrecht", *cit.*

⁵⁷ P. 16. En el mismo sentido, NEVOIGT (*op. cit.*, pp. 14 y s.).

derechos de valor patrimonial, sino también de aquellos bienes de la persona a los que el tráfico atribuye dicho valor. El patrimonio no comprendería la simple suma de valores particulares, sino la globalidad de los bienes económicos en su función económico-social para el titular del mismo: abarca plenamente el potencial económico del hombre. Si se acepta este entendimiento del patrimonio, afirma el autor, se estará en condiciones de aceptar también que la fuerza de trabajo, tanto desde el punto de vista individual como desde el macroeconómico⁸⁸, forma parte del mismo, puesto que constituye el más importante bien económico⁸⁹. De hecho, concluye, las normas del Derecho alemán de obligaciones presuponen el valor patrimonial de la fuerza de trabajo⁹⁰.

Más allá de la discusión acerca de la patrimonialidad o no de la fuerza de trabajo parece evidente que ésta y, por lo tanto, la vida, la integridad física y la salud tienen al menos un significado patrimonial. Este significado patrimonial, junto con sus otros múltiples significados y funciones, viene ya objetivamente valorado por el legislador al castigar los atentados contra la vida, la integridad física y la salud. Además es valorado en su concreta medida por el juez cuando determina los daños y perjuicios que comprende la responsabilidad civil derivada del delito. Lo que consideramos inadecuado es la posición de que la especial función patrimonial que pueda tener la vida, la integridad física y la salud de ciertos sujetos aumente el injusto de los atentados contra tan fundamentales bienes o la valoración objetiva de los mismos.

⁸⁸ PP. 25 y ss.

⁸⁹ PP. 58 y s.

⁹⁰ P. 161.

I.3. Consecuencias.

1. La reflexión sobre la definición propuesta nos conduce a la constatación de tres importantes características de la seguridad e higiene en el trabajo: su relatividad, su mejorabilidad y su conflictividad. La comprensión de las mismas es esencial tanto para la del sistema jurídico de determinación y protección del bien que analizamos como para la elaboración de alternativas al mismo.

I.3.1. RELATIVIDAD.

1. En cuanto tarea productiva que requiere la aplicación de energía al mundo exterior para proceder a su transformación, todo trabajo constituye una actividad en mayor o menor medida arriesgada para la vida, la integridad física y la salud de su agente⁹¹. Si queremos huir de la paradoja a que conducen esta afirmación y la definición inicial, hemos de considerar que la situación que designa la seguridad e higiene en el trabajo es siempre relativa. Todo trabajo se desarrolla con un cierto nivel de seguridad que

⁹¹ Como indican, por ejemplo, ALONSO OLEA Y CASAS RAAMONDE ("Derecho del Trabajo", cit., p. 217), ARROYO ZAPATERO ("La protección penal...", cit., p. 35), BASELGA MONTE (op. cit., pp. 54 y ss.) y SALA FRANCO, ALBIOL MONTESINOS, CAMPS RUIZ, GARCIA NINEY y LOPEZ GANDIA ("Derecho del Trabajo", cit., p. 622, pfo. 38). D. SEIDEL afirma que producción y seguridad constituyen una unidad de naturaleza contradictoria ("Riskantes Handeln in Produktion und Forschung im Lichte strafrechtliche Wertung", en Wissenschaftliche Zeitschrift der Humboldt-Universität zu Berlin, 1.957, 4, pp. 611 y a.).

nunca en absoluto en ninguno de sus extremos²². Cuando en el lenguaje jurídico y en el lenguaje habitual se afirma que un trabajo se realiza en condiciones de seguridad e higiene, lo que se quiere afirmar es que el trabajo se realiza con el nivel de seguridad e higiene que exige el ordenamiento o con uno superior; no se describe una situación sin riesgo, sino una situación en la que el riesgo está permitido²³.

²² Como afirma G. MACCARACO, todo trabajo presupone a la vez riesgo y salud (en "Clase y salud", en AA. VV., "La salud de los trabajadores", Mexico - Nueva Imagen -, 1978, p. 181).

²³ El ordenamiento reconoce la existencia de trabajos insalubres, nocivos y peligrosos (art. 6.2 ET; arts. 9.3, 10.2 y 10.5 Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social; capítulo XII de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo; art. 5.8 del Decreto 2360/1973 de ordenación del salario). El Estatuto de los Trabajadores (art. 19.3) se refiere a "la inspección y control de dichas medidas" - las medidas legales y reglamentarias de seguridad e higiene - "que sean de observancia obligada por el empresario", presuponiendo la existencia de otras medidas de seguridad e higiene no legales y reglamentarias y de medidas legales y reglamentarias no obligatorias. La STS (3^ª) 20.1.87 (Ar. 16) indica, en relación con la noción de especial peligrosidad que concurre "aun con la estricta observancia de las medidas de seguridad, puesto que esa condición agravatoria deriva de la índole de la producción que conlleva esos riesgos excepcionales" (FD 3^º). El concepto de riesgo permitido se acuña en la segunda mitad del siglo pasado, cuando la industrialización pone de manifiesto que la técnica no sólo implica provecho sino también riesgos (cfr. NICKLISCH, "Wechselwirkungen...", cit., p. 2.634). BIANCHI D'URSO califica la teoría del riesgo permitido como una refinada articulación de la teoría del riesgo inevitable: "la necesidad social de la actividad industrial y la obvia constatación de la intrínseca peligrosidad de todo trabajo acreditarían la inevitabilidad de los accidentes y justificarían un nivel de riesgo notablemente elevado". Si bien es cierto que algunas teorías de la inevitabilidad (vid. *infra* 1.3.2.1) constituyen a nuestro juicio una falsa interpretación de la realidad realizada desde una ideología defensiva de los intereses empresariales - en cuanto manifiestan, no la conveniencia de un determinado nivel de riesgo para la consecución de determinados intereses y utilidades, sino su absoluta necesidad -, no lo es el que las mismas se identifiquen con la teoría del riesgo permitido, que no pretende ser más que una descripción de la realidad normativa y que puede por lo tanto instrumentar, en cuanto medio de conocimiento de la realidad, la defensa de los derechos de los trabajadores. El propio autor reconoce posteriormente la existencia de un riesgo permitido (p. 35).

2. La relatividad de la seguridad e higiene en el trabajo nos conduce al complejo problema de su medición, cuyos factores relevantes son la probabilidad del evento dañoso y la cantidad y la calidad del daño temido. Ninguno de los tres es fácilmente mensurable. En las sucesiones causales de acontecimientos que alcanzan un cierto grado de complejidad por el número de variantes que implican, como son las que entran en juego para la calificación de una actividad laboral como segura, la estimación numérica de la probabilidad adolece de un amplio margen de error debido a la disimilitud de los supuestos²⁴. Por su parte, la estrecha relación de los bienes en cuestión (vida, integridad física y salud) y las múltiples circunstancias que influyen en la intensidad de su lesión, algunas independientes del tipo de agresión, hacen difícilmente precisables los dos últimos factores.

²⁴ K. POPPER se pregunta: "¿Existe un método que nos permita atribuir valores numéricos a posibilidades que no son iguales? La respuesta obvia es: sí, un método estadístico; sí, siempre que, al igual que en los dados, podamos repetir la situación que da lugar a los probables resultados que se cuestionen (...). Las estadísticas (...) muestran una tendencia a la estabilidad, siempre que las condiciones se mantengan estables." ("Un mundo de propensiones. Un nuevo aspecto de la causalidad.", ponencia del Congreso Mundial de Filosofía de Brighton publicada por "El País. Temas de nuestra época", 44, 15.9.88, pp. 4 y s.). F. ANTOLISEI considera que "en los acontecimientos que interesan al Derecho el grado de posibilidad no es casi nunca susceptible de estimación numérica ("L'azione e l'evento nel reato", Milán - Instituto Editoriale Scientifico -, 1.938, p. 127). En este mismo sentido se manifiesta ESCRIBA GREGORI ("La puesta en peligro...", cit., p. 25). VALLS AZORIN hace referencia sin embargo a la existencia de complejos sistemas de análisis de seguridad altamente precisos ("Las técnicas...", cit., p. 198).

De gran interés es el sistema de evaluación matemática del riesgo que propone W. T. FINE²⁵. Como el grado de peligrosidad es el producto de tres factores - consecuencias probables, frecuencia con que se presenta la situación de riesgo y probabilidad de que la situación de riesgo desemboque en desgracias personales y daños materiales - la atribución de valores numéricos a cada uno de ellos nos proporcionará los guarismos que nos indiquen el concreto nivel de seguridad que presenta una determinada situación. El citado autor elabora las tres clasificaciones que a continuación se reproducen esquemáticamente en relación con cada uno de los factores, atribuyendo un peso diez veces superior (escala de 1 a 100) al primero de ellos en el resultado final (en los otros dos la escala es de 1 a 10). Cuando el grado de peligrosidad es superior a 250 se requiere una corrección inmediata de la actividad; la corrección será urgente si el grado es superior a 85; si es inferior a ese nivel, deberá eliminarse el riesgo, pero no nos encontramos ante una situación de emergencia.

| | | |
|-----------------------------|---|-------|
| 1. Consecuencias | a) Catástrofe | 100.0 |
| | b) Varias muertes | 50.0 |
| | c) Muerte | 25.0 |
| | d) Lesiones muy graves | 15.0 |
| | e) Lesiones con baja | 5.0 |
| | f) Lesiones leves | 1.0 |
| 2. Exposición ²⁶ | a) Continuamente | 10.0 |
| | b) Frecuentemente | 5.0 |
| | c) Ocasionalmente | 3.0 |
| | d) Irregularmente | 2.0 |
| | e) Raramente | 1.0 |
| | f) Remotamente posible | 0.5 |
| 3. Probabilidad | a) Es el resultado más probable | 10.0 |
| | b) Del 50% | 5.0 |
| | c) Sería un resultado raro | 3.0 |
| | d) Se sabe que ha ocurrido | 1.0 |
| | e) No ha ocurrido en muchos años de exposición, pero no | |

²⁵ "Mathematical evaluations for controlling hazards", en AA. VV., "Selected readings in safety", Mason (Academic Press International Safety Academy), 1.973, pp. 68 a 84.

²⁶ "Continuamente" equivale a muchas veces al día; "frecuentemente", a una vez al día; "ocasionalmente", a hasta una vez al mes; "irregularmente", a hasta una vez al año; "raramente", a cuando se sabe que ocurre; y "remotamente", a cuando ni siquiera se sabe que haya ocurrido.

| | |
|----------------------|-----|
| es inconcebible | 0.5 |
| f) Nunca ha ocurrido | 0.1 |

Aplicando su método FINE obtiene resultados como los siguientes: el grado de peligrosidad de la situación de un limpiador de ventanas en un tercer piso, sin cinturón de seguridad, que se cuelga con una mano y se inclina hacia fuera, sería de 1.500; el de la de unos hombres trabajando en una zanja de seis pies de profundidad, no entibada, con barro blando, expuesto a derrumbe de tierras, es de 750; el de la situación de unos pintores en andamio sin barandilla, altura de treinta pies, sin utilizar cinturones de seguridad, es también de 750; el que supone unas botellas de gas comprimido inflamable de pie y sin sujetar sobre plataformas de madera a lo largo del pasillo frecuentado, con los tapones puestos, es de 375; el de la situación de unas personas que paseen al lado de una zanja profunda sin protección, tráfico considerable e iluminación pobre, es de 150; el que implica una barandilla inadecuada a lo largo de una pasarela exterior que se emplea ocasionalmente cada día es de 40; el que se cierne sobre un operario que utiliza un martillo con la cabeza floja todos los días para trabajos de poca monta, es de 18⁹⁷.

La fórmula de Fine tiene el indudable mérito de aventurarse a cuantificar el peso de los factores en el nivel final de seguridad y de clasificar y cuantificar los distintos supuestos en el marco de cada factor. Su utilidad para el Derecho Penal es, sin embargo, ciertamente reducida. Si el propósito de la intervención penal es sancionar las conductas excesiva y probablemente peligrosas, bastará con constatar que la consecuencia posible es, al menos, de lesión relevante⁹⁸. Por otra parte, no le interesará al legislador penal tanto la frecuencia de las situaciones de riesgo como la comprobación de que en alguna concreta situación no cabe alegar objetivamente la confianza en la exclusión del resultado. Para la evaluación de la misma ha elaborado la dogmática penal criterios analíticos más precisos⁹⁹.

⁹⁷ Los ejemplos transcritos son tan sólo una selección de los que propone el autor.

⁹⁸ Para este concepto *vid. infra* V.6.2.B.4.

⁹⁹ *Vid. infra* V.6.2.A.

1.3.2. MEJORABILIDAD.

1. Los actuales conocimientos técnicos y científicos avalan la afirmación de que el nivel de seguridad e higiene en los centros de trabajo es, prácticamente, siempre mejorable y de que el accidente de trabajo podría ser una secuela excepcional en la vida empresarial¹⁰⁰. Cuando se alega la inevitabilidad objetiva de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales, con su corolario de inutilidad de nuevas inversiones en seguridad y de ausencia de responsabilidades de los organizadores de la actividad productiva, se oculta hábilmente el condicionante de dicha manifestación: el mantenimiento de un determinado

¹⁰⁰ Vid. en este sentido, por ejemplo: P. BERNARD, "Ethique et Sécurité: 10 règles de gestion du risque", en Les Éditions d'Ergonomie, 1.990, tercera regla; PEREZ GARCIA y SANCHEZ GUTIERREZ, "La organización y gestión de la seguridad en la empresa", en AA. VV., "Seminario de seguridad e higiene industrial" (Escuela Técnica Superior de Ingenieros Industriales de Madrid, Unión de Explosivos Río Tinto e Instituto Artigas), Madrid (5 y 6 de marzo de 1.986), p. 12; VALLS AZORIN, *op. cit.*, p. 98. Es interesante en este punto recordar las encendidas palabras de GOMEZ DE SALAZAR, comentando un accidente reseñado en el periódico "La Nouvelle" (14.7.1870): "...la mina destacaba mucho gas, pero las lámparas estaban bien cuidadas, atribuyéndose la catástrofe a la imprudencia de alguna de las desgraciadas víctimas. ¡Pobres víctimas!, añadimos nosotros. No basta inocularlas; es preciso aprovechar su triste silencio para salvar la responsabilidad de la codicia, del descuido o de la ignorancia de sus causantes. ¡Pobres víctimas!, bajo este sistema aún se os impondría un severo castigo, si fuese dado volveros a la vida. Y ¡pobres víctimas futuras!, bajo ese mismo sistema, que os atribuye la causa de vuestra propia desgracia, no es posible buscaros garantías. Dígase de una vez la verdad con energía: los médicos actuales no son bastante a evitar estas catástrofes; preciso es, pues, buscarlos. La ciencia los tiene, si la industria los rechaza, impóngase la ciencia a la industria. No más lámparas de seguridad; no más ficciones en asunto tan grave; y si la hulla resultase más cara, páguese por su verdadero valor, que no es justo redimir una parte de éste a costa de tantas víctimas, de tantas familias abandonadas, de tantos espectáculos horriblos" (Revista Minera, t. XXI, 1.870, p. 426).

nivel de producción¹⁰¹. Asimismo se argumenta con los mismos fines que la siniestralidad tiene su origen principal en la propia imprudencia de las víctimas¹⁰². Esta posición suele

¹⁰¹ En este sentido, K. ANDRESEN ("Arbeitschutz - wie es die Natur des Betriebs gestattet", en AA. VV., "Gesundheit am Arbeitsplatz", Reinbeck bei Hamburg - Rowohlt -, 1.976, p. 129). MONTERO LLERANDI advierte acerca de la tendencia a considerar el aumento de la siniestralidad como consecuencia ineludible del proceso de mecanización ("Notas para una aproximación sociológica a la siniestralidad laboral", en AA. VV., "Sociología industrial y de la empresa", Madrid - Aguilar -, 1.987, pp. 452 y ss). F. BIANCHI D'URSO destaca como uno de los logros de la revolución cultural obrera de fines de los años sesenta es la impugnación del principio de objetividad del proceso de producción "entendido como una imprescindible fuente de riesgo para el trabajador, de la organización del trabajo como extraña a la dinámica y a la lógica del conflicto industrial, de la inevitabilidad de los, por así llamarlos, homicidios blancos" (op. cit., pp. 29 y s.). En 1.909 afirmaba DATO E IRADIER: "(...) dada la fatalidad de los hechos y ante la imposibilidad de ir contra ellos, lo más oportuno, lo único factible, es procurar reparar el daño que causen. Puesto que no cabe suprimir los accidentes, al menos afirmar una compensación. Ya que la muerte ó el sufrimiento traspasen el umbral de la casa del obrero, que vayan siquiera acompañados del hado protector de la Justicia ó caridad social, como queráis llamarla, en forma de reparación económica, que si no suprime el dolor, atenúe en algo sus consecuencias económicas" ("Significado y representación de las leyes protectoras del trabajo", en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 114, 1.909, p. 16).

¹⁰² O. NEULOH indica que desde hace decenas de años se repite constantemente la consideración de que el 70% de los accidentes son debidos a fallos humanos (en "Der Arbeitsunfall als Ursachenkomplex", en AA. VV., "Der Arbeitsunfall und seine Ursachen", Stuttgart/Düsseldorf - Ring -, 1.957, p. 364). R. KONSTANTY y E. REMMEL sitúan esa constante estadística en los estudios dedicados al tema entre 70% y 85% ("Arbeitsunfälle und arbeitsbedingte Krankheiten", en AA. VV., "Gesundheit...", cit., pp. 67 y s.). FERNANDEZ MARCOS considera que oscila entre el 70% y el 80% (en "El concepto de 'adecuación al trabajo' y la seguridad e higiene", en Revista de Trabajo, 51, 1.975, p. 144). En la investigación de LINAZA ARTIÑANO sobre 359 accidentes se llega a la conclusión de que en un 68% la causa es "personal"; ésto es debido a "distracción, precipitación, imprudencia, desconocimiento del trabajo, desorden, problemas personales, confianza excesiva, exposición al riesgo, no uso de protección personal" ("Causas psicosociales del accidente de trabajo", Madrid - editado por el autor -, 1.979 - 2ª ed. -, pp. 279 y ss.). P. BERNARD indica en su cuarta regla de gestión de riesgo que "tener conocimiento de un riesgo no es escudarse en el falso dilema 'factor técnico / factor humano', puesto que nos puede llevar a soluciones equivocadas o en el peor de los casos a ninguna solución" (op. cit., cuarta regla).

identificar, por una parte, la intervención del trabajador en el accidente con su comportamiento negligente¹⁰³; ignora, por otra, que la impericia de la víctima está a menudo condicionada bien por la conducta de sus superiores en relación con su selección, con su formación o con la determinación del ritmo o del tipo de prestación, bien por la previsible falta de atención que termina provocando el trabajo rutinario¹⁰⁴.

¹⁰³ Como señala NEULOH (*op. ul. cit.*, p. 366). En la tabla que este autor muestra de factores causales y su frecuencia, la negligencia y los defectos de atención suponen menos del 3% del total de los factores causales físicos, psíquicos y sociales; el descuido, menos del 6%; y el carácter inestable, alrededor del 5.5%. Todavía hoy, pues, parece necesaria la advertencia de GÓMEZ DE SALAZAR: "Los gobiernos, se dirá, tienen dictadas medidas para evitar estos casos; y las empresas mineras, se añadirá, procuran cumplirlas, sosteniendo ventilación artificial y lámparas de seguridad: con lo cual y con echar la culpa de esos siniestros á imprudencias de las víctimas quedan satisfechos todos, menos las cruelmente desgraciadas familias de los infortunados mineros." A continuación concluye: "Y en cuanto á las imprudencias de los operarios, si bien habrán tenido lugar alguna vez, en lo general es absurdo admitirlas como causa determinante del accidente" ("Siniestros", en *Revista Minera*, t. V, Madrid - Imprenta de J. M. Lapuente -, 1.854, pp. 561 y s.).

¹⁰⁴ En sentido similar: ARROYO ZAPATERO ("La protección penal...", *cit.*, pp. 37 y ss.), BASELGA MONTE (*op. cit.*, p. 39; según este autor "la contemporánea revaloración de los factores causales humanos hace énfasis, sobre todo, en los aspectos psicosociales de la conducta humana y en las responsabilidades de gestión y control de los ejecutivos y directivos empresariales"), BERNARD (*op. cit.*, quinta regla), CARCOBA ALONSO, "Reflexiones sobre la responsabilidad penal por daños a la salud de los trabajadores", en AA. VV., "Protección penal de los derechos de los trabajadores", *cit.*, p. 60), GONZÁLEZ ORTEGA (*op. cit.*, p. 206), MONTERO LLERANDI (*op. cit.*, pp. 442 y ss.), PÉREZ GARCÍA y SÁNCHEZ GUTIÉRREZ (*op. cit.*, p. 12) y L. TOMASETTA ("La salud en la fábrica y el control obrero", en AA. VV., "La salud de los trabajadores", *cit.*, p. 231). R. KONSTANTY y E. REMMEL afirman que "los presupuestos subjetivos del peligro vienen determinados normalmente por los objetivos" (*op. cit.*, p. 67). En una investigación realizada en torno a 319 casos de accidente por contacto con la corriente eléctrica en baja tensión se muestra que en 282 casos (88'4 %) se produce éste "por causa de actividades o hechos de terceras personas (...) sobre los que el accidentado, en realidad, no puede actuar por sí mismo", tales como falta de instalaciones concretas, falta de capacitación del operario, falta de supervisión del trabajo, mantenimiento inadecuado, etc. (VALLS AZORIN, "Estadísticas sobre accidentes por contacto con la

2. Las estrategias de mejora de la seguridad tienen componentes materiales, personales y organizativos. La finalidad de los mismos es la evitación de la confluencia espacio-temporal de una corriente energética agresiva y un trabajador¹⁰⁵. Se pueden centrar, por lo tanto, en las primeras, eliminándolas, controlando su trayectoria o disminuyendo su intensidad; pueden también incidir en los trabajadores, dotándoles de protecciones personales o impidiendo su presencia en lugares y momentos donde puedan resultar lesionados¹⁰⁶.

("Investigación de accidentes. Criterios de determinación y selección de causas.", en Salud y Trabajo, 1976, 4, p. 42).

- ¹⁰⁵ BASELGA MONTE diferencia el accidente de trabajo de la enfermedad profesional en función de los criterios de intensidad energética y duración del contacto o exposición ("El accidente de trabajo...", *cit.*, pp. 26, 28, 40).
- ¹⁰⁶ W. HADDON propone diez estrategias contra los daños energéticos: 1) eliminar la fuente energética; 2) reducir la cuantía de las energías posibles de ser generadas y/o liberadas; 3) prevenir la liberación de energía desde su fuente hasta el ambiente; 4) modificar la velocidad y/o la distribución espacial de la energía que se libera; 5) separar en el tiempo y en el espacio las energías liberadas de las posibles estructuras susceptibles de ser dañadas; 6) interponer barreras entre las energías liberadas y las estructuras susceptibles de ser dañadas; 7) modificar en su forma y estructura las partes de los agentes que pueden contactar con la víctima; 8) reforzar las estructuras susceptibles de ser dañadas por las energías y los agentes nocivos; 9) reducir el tiempo de contacto mediante técnicas de alarma y de asistencia rápida; 10) reparación y rehabilitación ("Energy damage and the ten countermeasure strategies" en The Journal of Trauma, 13.4, 1973, pp. 321 y ss.). Para BASELGA MONTE las técnicas de seguridad pretenden "gobernar las energías liberadas, corregir y limitar sus trayectorias y aumentar la resistencia de los posibles objetos impactados" (*op. cit.*, p. 23). SANFELIX MORATA menciona tres principios básicos: "eliminar o disminuir el riesgo", "interponer una barrera material o temporal entre el agresivo del producto y las personas" y "aumentar la resistencia de las personas frente al agresivo" ("La seguridad e higiene del producto", *cit.*, pp. 30 y s.). Para PENDAS DIAZ los cuatro deberes básicos de seguridad e higiene en el trabajo son: deber de organización, deber de provisión, deber de instrucción o formación, y deber de exigir el uso o utilización de las medidas protectoras, que, a su vez, encierra un triple contenido obligatorio: el deber de exigencia propiamente dicho, el deber de vigilancia y el deber de corrección

La eliminación de la corriente energética agresiva provendrá de la renuncia a trabajar en los ámbitos en los que aquella se manifiesta o en la evitación de su desencadenamiento por parte de quienes tienen facultades de organización de la actividad productiva, por parte de los propios trabajadores¹⁰⁷ o incluso por parte de terceros. En el primer supuesto se requerirá una actividad de detección e información acerca de la localización de dichos ámbitos¹⁰⁸. En el segundo, el constante estado de inocuidad de las instalaciones y medios de producción¹⁰⁹; la adecuada selección, formación e información del personal encargado de su utilización; y una correcta programación de los ritmos de trabajo.

El contacto entre la corriente energética y el trabajador se evita con la desviación de aquella o con la separación del trabajador de su trayectoria. Lo primero se puede realizar en distintos momentos del recorrido de la misma y requerirá, de nuevo, una correcta información acerca de su lugar y de su tiempo, y la dotación material y personal adecuada para proceder a su desviación¹¹⁰. La formación e información facilitada al trabajador, la correcta organización del trabajo, y el empleo de mecanismos que impidan al trabajador situarse en lugares y momentos de posible contacto¹¹¹ conformarán las estrategias básicas de seguridad en el segundo de los supuestos.

("Los cuatro deberes básicos del deber de seguridad e higiene en el trabajo", en AL, 1.986, 26, *passim*).

107 Aquí se incluye también la evitación de esfuerzos excesivos.

108 ROSELLAR LISA señala como técnicas de información las siguientes: observación del trabajo, análisis de los procedimientos de trabajo, inspecciones de seguridad y encuestas higiénicas, notificación y registro de accidentes, rememoración de accidentes, investigación de accidentes e incidentes, y estadísticas, índices e indicadores (*op. cit.*, p. 21).

109 Ejemplo: instalación de dispositivos detectores de presencia en las máquinas, de modo que detienen su funcionamiento cuando una persona franquea el límite de la zona de seguridad (cfr. ESTALELLA MOREY Y DOMINGO COMECHO, "Técnicas de protección de máquinas", en AA. VV., "Seguridad en el trabajo", *cit.*, pp. 304 y ss.).

110 Ejemplo: determinados filtros para las pantallas de ordenador derivan a tierra la carga estática generada por el monitor.

111 Ejemplos: señalización, temporizadores, dispositivos de mando a dos manos, resguardos apartacuerpos en máquinas (cfr. ESTALELLA MOREY Y DOMINGO COMECHO, "Técnicas de protección...", *cit.*, pp. 309 y ss.; SANFELIX MORATA, "La seguridad e higiene del producto", *cit.*, p. 31).

Aun en los supuestos de contacto puede elevarse el nivel de seguridad e higiene a través de la disminución de las probabilidades de lesión - contacto pero no lesión - y a través de la disminución de la gravedad de la misma - contacto, lesión leve, pero no lesión grave -. Ambos resultados los podremos obtener con la reducción de la intensidad energética - por ejemplo, a través de equipos de protección personal o a través de técnicas de alarma que reduzcan el tiempo de contacto ¹¹², con la modificación de su naturaleza¹¹³, o con la desviación de la agresión hacia zonas no principales o neurálgicas¹¹⁴.

I.3.3. CONFLICTIVIDAD.

1. Si tenemos en cuenta que la obtención de niveles superiores de seguridad e higiene en el trabajo pasa por la eliminación de ciertos procesos productivos excesivamente arriesgados y por la adopción de una serie de medidas de cara a la administración de los riesgos, tendremos que concluir que la seguridad e higiene en una empresa es un factor de costes para la misma. Un alto nivel de inseguridad, por otra parte, puede constituir también un factor de este tipo, pues trae como consecuencia, además de una menor productividad, condicionada por los sentimientos de los trabajadores de desasosiego y hostilidad hacia las tareas peligrosas, un mayor número de enfermedades y accidentes, con las consiguientes pérdidas materiales,

¹¹² También los disyuntores diferenciales actúan después del paso de la corriente eléctrica para limitar a valores mínimos las consecuencias.

¹¹³ Ejemplar los filtros químicos son conjuntos formados por reactivos y catalizadores que retienen o retienen y transforman el agente agresivo mediante reacción química y/o física (cfr. PEREZ CANO, "La protección personal", en AA. VV., "Seguridad en el trabajo", cit., p. 294).

¹¹⁴ El casco de seguridad amortigua el impacto de los materiales sobre la cabeza y desvía su trayectoria (cfr. Rodellar Lina, op. cit., p. 31).

energéticas, de tiempo de trabajo y, temporal o definitivamente, de valiosos trabajadores para la empresa¹¹⁵.

Al interés de los trabajadores en la realización de su prestación con el nivel de seguridad más alto posible se opone el del empresario, mediatizado por consideraciones de tipo económico. El nivel de seguridad e higiene deseable para éste es aquel cuya elevación o disminución no es rentable, por ser más costoso que beneficioso el nuevo nivel¹¹⁶. La no coincidencia de los intereses del empresario

¹¹⁵ Cfr. K. ANDRESEN, *op. cit.*, p. 129; BASELGA MONTE, *op. cit.*, pp. 21 y s.; S. KELMAN, "Regulating America, Regulating Sweden", Cambridge, Massachusetts y Londres (MIT), 1.961, p. 4; MONTERO LLERANDI, *op. cit.*, p. 448, n. 39; F. MORGENSTERN, "Deterrence and compensation. Legal liability in occupational safety and health", Geneve - OIT -, 1.982, p. 3; G. NEULOH, *op. cit.*, p. 394; PÉREZ GANO, "Planificación de la prevención. Evaluación de riesgos.", en AA. VV., "Seguridad en el trabajo", *cit.*, pp. 120 y ss.; PÉREZ GARCÍA Y SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 12.

¹¹⁶ Como ponen de manifiesto K. ANDRESEN (*op. cit.*, p. 129), ARROYO ZAPATERO (*op. cit.*, pp. 42, 223), CARCOBA ALONSO (*op. cit.*, p. 62), S. DASA ("Trabajo analfabeto y salud de los trabajadores", en Sociología del Trabajo, 7/8, 1.983, p. 26), GONZÁLEZ ORTEGA (*op. cit.*, pp. 206, 222), KELMAN (*op. cit.*, p. 4), F. NICKLISCH ("Wechselwirkungen zwischen Technologie...", *cit.*, p. 2.637), PÉREZ GANO (*op. cit.*, pp. 105 y s.) y PÉREZ GARCÍA Y SÁNCHEZ GUTIÉRREZ (*op. cit.*, p. 2). El fundamento económico de la ausencia de un mejor nivel de seguridad e higiene en el trabajo apareció reiteradamente en los debates parlamentarios acerca del artículo 348 bis a) CP (BANDRES MOLET, tanto en la Comisión - Boletín Oficial de las Cortes Generales, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Justicia e Interior, 15.4.83, n.º 21, pp. 772 y 773 - como en el Pleno - BOCG, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno, 26.4.83, n.º 30, p. 1403 -; PÉREZ ROYO - BOCG, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno, 26.4.83, n.º 30, p. 1.402 -) y del Estatuto de los Trabajadores (GARCÍA SÁNCHEZ: "Es, pues, evidente, que los trabajadores sufren directamente las consecuencias y agresiones violentas de un sistema productivo regido por un sólo criterio: obtener el mayor beneficio posible" - BOCG, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno, 13.12.79, n.º 63, p. 3.543 -). ARROYO ZAPATERO ("La protección penal...", *cit.*, p. 43), G. NEULOH (*op. cit.*, p. 395) y SANFELIX MORATA (*op. cit.*, p. 31) indican que en muchas ocasiones los cálculos y las consecuentes actuaciones de los empresarios son más intuitivos que racionales, lo que redundará en

y del trabajador en relación con el nivel de seguridad e higiene en el puesto de trabajo de éste convierte aquélla en el objeto de un conflicto o, si se quiere, en una expresión más del conflicto social en el ámbito de las relaciones laborales¹¹⁷, de la perenne dialéctica entre producción y tutela del trabajo¹¹⁸. El dato de la conflictividad se revela así como crucial de cara a la regulación normativa de esta materia. Su contenido dependerá básicamente del juego de poder de las partes sociales en las instituciones donde se determine.

2. Desde los albores del movimiento obrero organizado constituye la elevación de los niveles de seguridad e higiene en el trabajo una reivindicación prioritaria de los sindicatos y de los partidos obreros. Si bien en los primeros años que siguen a su organización en torno a las secciones de la Federación Española de la Asociación Internacional de Trabajadores el movimiento obrero español desecha todo objetivo o conquista parcial que pudiera poner en peligro su estrategia revolucionaria¹¹⁹, posteriormente, a raíz de la fundación del Partido Socialista Obrero Español en 1.878, predomina una postura más pragmática que discrimina entre aspiraciones del partido y medios de inmediata aplicación¹²⁰. Ya en 1886 el PSOE propone

merma del nivel de seguridad, al predominar la falsa conciencia de que la seguridad es siempre factor de costas.

¹¹⁷ Como afirma GONZALEZ ORTEGA (op. cit., pp. 205 y s.).

¹¹⁸ En expresión de BIANCHI D'URSO (op. cit., p. 26). GONZALEZ ORTEGA afirma: "Ello significa que el contenido de la salud y de la seguridad e higiene variará, se extenderá o no a determinados campos y aspectos de la actividad productiva, permitirá controlar determinadas actividades o decisiones, constituirá o no un límite insalvable a la obtención del beneficio económico, vendrá o no subordinada a otros intereses en función de la óptica de clase desde la que se la considere" (op. cit., pp. 203 y s.).

¹¹⁹ Cfr. PALOMEQUE LOPEZ, "Derecho del Trabajo e Ideología", Madrid (Tecnos), 1.987 (2ª ed.), pp. 88 y ss.

¹²⁰ Cfr. V. M. ARBOLLA, "Orígenes del Partido Socialista Obrero Español", Madrid (Zero), 1.972, pp. 101 y s.; GOMEZ LLORENTE, "Aproximación a la historia del socialismo español (hasta 1.921)",

diversas reformas, entre las que se encuentran "la promulgación de leyes protectoras de la vida y la salud de los trabajadores" y "la creación de Comisiones de Vigilancia, elegidas por los obreros, para inspeccionar las habitaciones en que éstos viven, las minas, las fábricas, talleres y demás centros de producción"¹²¹. La UGT, en su VIII Congreso (Madrid, mayo de 1.905) reclamará también a los poderes públicos la adopción de la inspección de las leyes protectoras de trabajo por funcionarios independientes y la reforma de la Ley de Accidentes de Trabajo¹²².

Madrid (Edicusa), 1.976 (2ª ed.), pp. 86 y s.; PALOMEQUE LOPEZ, "Derecho del Trabajo...", *cit.*, pp. 92 y s.

¹²¹ Propuestas que aparecen en el programa mínimo fundacional del PSOE (*vid.* en *El Socialista*, números 1 a 8 - 12.3.1888 a 30.4.1888 -, *cit.* por PALOMEQUE LOPEZ en "Derecho del Trabajo...", *cit.*, pp. 93 y s.).

¹²² *Vid.* el Boletín del Instituto de Reformas Sociales, mayo de 1.905, p. 908 (*cit.* por PALOMEQUE LOPEZ en "Derecho del Trabajo...", *cit.*, p. 95, n. 25).

I.4. Conclusiones.

1. La expresión "seguridad e higiene en el trabajo", que, frente a la de seguridad en el trabajo, despeja toda ambigüedad en relación con su contenido esencial, designa la ausencia de riesgo para la vida, la integridad física y la salud de los trabajadores proveniente de las condiciones materiales, personales y organizativas de realización de su prestación. Por salud hemos de entender, a los efectos de la definición transcrita, la ausencia de enfermedad, y no "el más completo bienestar social, físico y mental" (OMS); la incorporación de ésta definición difuminaría el concepto de seguridad e higiene en el trabajo hasta el punto de hacerle perder toda utilidad para el análisis teórico. Como el de integridad física es un concepto diferente cuyo contenido no queda comprendido por el de salud, ha de figurar junto con éste en la definición; no existe, además, un tercer concepto - "integridad personal", "integridad biológica" o "bienestar personal" - que comprenda adecuadamente el contenido de los dos citados.

El concepto "trabajador" se entiende en su sentido jurídico (art. 1.1 ET) y no meramente económico. Aunque para la actividad no voluntaria de ciertos productores hayan de regir normas de contenido similar a las de seguridad e higiene en el trabajo, la inclusión de éstos en el concepto de trabajador a los efectos de la definición de seguridad e higiene en el trabajo supondría una perturbadora desviación de aquél concepto del utilizado por el Derecho del Trabajo y

una ampliación de los conflictos a los que tradicionalmente se ha referido esta expresión jurídica.

2. Aunque las lesiones de la seguridad e higiene en el trabajo comportan frecuentemente la lesión del bienestar de los trabajadores, por las consecuencias que suscita la sensación de inseguridad, no se requiere esta lesión para constatar aquélla, ni está comprendido el contenido del concepto de bienestar en el de seguridad e higiene en el trabajo.

La seguridad e higiene en el trabajo constituye un concepto mucho menos comprensivo y mucho más limitado que el de seguridad pública. Este hecho no obsta para que una misma norma jurídica pueda proteger simultáneamente ambos bienes, lo que sucederá frecuentemente.

El concepto de fuerza de trabajo no tiene utilidad mencionable para el análisis jurídico. Su contenido es demasiado amplio, pues añade a la seguridad general de la vida, la integridad física y la salud de los trabajadores, el aseguramiento de los mecanismos que hacen posible el mantenimiento de ciertas capacidades, tales como el ejercicio y la formación. Por otra parte es menos comprensivo que el concepto de la seguridad e higiene en el trabajo en un aspecto: mientras que ésta hace referencia a la vida, la integridad física y la salud sin matizaciones ni restricciones, la fuerza de trabajo valora estos bienes en función de su instrumentalidad productiva. Esta valoración supone una concepción reductiva e instrumentalista del

propio trabajador incompatible con el concepto de hombre que subyace a la concepción democrática de la organización del Estado. De ahí que la mención del artículo 428 CP a la anulación o grave limitación de la aptitud laboral como consecuencia calificativa de las lesiones más graves sea inadecuada. Finalmente: las ventajas alegadas para la utilización del concepto de fuerza de trabajo no son tales. Ni frente al concepto de derechos laborales de los trabajadores es el adecuado aglutinante para la comprensión de determinado tipo de conflictos, ni parece aconsejable la acentuación que implica de las consecuencias patrimoniales de ciertos atentados contra la vida, la integridad física y la salud.

3. La reflexión sobre la definición propuesta nos conduce a la constatación de tres importantes características de la seguridad e higiene en el trabajo: su relatividad, su mejorabilidad y su conflictividad. La situación que designa la seguridad e higiene en el trabajo es siempre relativa. Todo trabajo se desarrolla con un cierto nivel de seguridad que nunca es absoluto en ninguno de sus extremos. La mención de trabajos realizados en condiciones de seguridad e higiene hace referencia al respeto al nivel jurídicamente exigido. No es fácil, sin embargo, la medición del nivel de seguridad e higiene. La complejidad de las situaciones hace altamente impreciso el cálculo de probabilidad; la estrecha relación entre la vida, la integridad física y la salud hace difícilmente previsible la cantidad y la calidad del daño temido.

Los actuales conocimientos técnicos y científicos avalan la afirmación de que el nivel de seguridad e higiene en los centros de trabajo es, prácticamente, siempre mejorable y de que el accidente de trabajo podría ser una secuela excepcional en la vida empresarial. La tesis de la inevitabilidad objetiva de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales sólo es cierta si se condiciona al mantenimiento de un determinado nivel de producción. Tampoco es cierta la afirmación que asigna a la imprudencia de los trabajadores el origen principal de los siniestros. Estos comportamientos imprudentes de los trabajadores son frecuentemente previsibles para sus superiores y, por lo tanto, evitables a través de las correspondientes medidas de vigilancia y protección; en otras ocasiones son consecuencia directa de la conducta activa u omisiva de éstos.

Al interés de los trabajadores en la realización de su prestación con el nivel de seguridad más alto posible se opone el del empresario, mediatizado por consideraciones de tipo económico. El dato de la conflictividad se revela así como crucial de cara a la regulación normativa de esta materia. Su contenido dependerá básicamente del juego de poder de las partes sociales en las instituciones donde se determine.

II. LA PROTECCION PENAL DE LA SEGURIDAD E HIGIENE EN EL
TRABAJO EN EL DERECHO ESPAOL.

1. Que la seguridad de la vida, la integridad física y la salud de los trabajadores es un bien jurídico protegido por nuestro vigente ordenamiento penal ante los riesgos que provienen de las condiciones en que se realiza su prestación laboral es una afirmación que no despierta objeciones a partir de la introducción del artículo 348 bis a) en el Código Penal¹. Un análisis más cuidadoso exigirá, sin embargo, la cuestión de si, con anterioridad a dicha reforma, constituía el bien que nos ocupa objeto inmediato de protección penal y si, por lo tanto, el nuevo artículo comparte hoy éste con otros preceptos penales. Antes de analizar los rasgos principales del nuevo precepto (II.3) y antes de indagar hasta qué punto recibe la seguridad e higiene en el trabajo protección a través de otros preceptos (II.2) debemos afilar nuestras herramientas y determinar con precisión el contenido de un concepto teórico, el de bien jurídico-penal, cuyo concurso consideramos esencial para el análisis que nos proponemos (II.1).

¹ A través de la LO 8/83, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal.

II.1. Protección penal y bien jurídico-penal.

II.1.1. INTRODUCCION.

1. La comprensión del sistema de protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo requiere la utilización diferenciada de dos conceptos instrumentales: el de objeto de protección penal y el de bien jurídico-penal. Si, por razones de funcionalidad y de coherencia con el uso del lenguaje, definimos el concepto "bien jurídico-penal" como "objeto inmediato de protección de la norma penal", no se deducirá necesariamente del hecho de la protección penal de un determinado bien la calificación de éste como bien jurídico-penal. La inmediatez de la protección penal no constituye dato en absoluto baladí, pues revela la significación del bien y la necesidad de su amparo penal incondicional a los ojos del legislador. Los anteriores criterios de definición nos conducen a afirmar, por ejemplo, que la seguridad de la vida, la integridad física y la salud de los trabajadores es objeto de protección penal a través de los tipos dolosos e imprudentes de homicidio y lesiones, sin que, sin embargo, podamos decir que constituye el bien jurídico-penal de estos tipos. Del mismo modo el artículo 348 bis a) protege los bienes jurídicos vida, integridad física y salud de los trabajadores sin que sean éstos sus bienes jurídico-penales, sino la seguridad de los mismos. De ahí que con anterioridad a la existencia de los artículos 348 bis a) y 499 bis se pudiera decir que la protección penal de la seguridad de los trabajadores en su puesto de

trabajo era insuficiente y que hacia falta elevar dicha seguridad a la categoría de bien jurídico penalmente protegido. Nos interesa, pues, justificar el concepto de bien jurídico-penal que se propone antes de entrar en el estudio de la posición de la seguridad e higiene en el trabajo en el Código Penal como objeto de protección y como bien jurídico; máxime si tenemos en cuenta la ambigüedad que preside la utilización de este concepto y su importancia instrumental para la construcción de una teoría acerca de la legitimidad de la intervención penal.

2. El tema del bien jurídico ha sido objeto de abundante y, al menos en buena parte, estéril atención doctrinal. La razón de que la controversia científica al respecto se haya tornado a menudo en un conjunto de monólogos encontrados radica, sin duda, en la no coincidencia del objeto sobre el que los disputantes creen debatir². Bajo la etiqueta "teoría del bien jurídico" se ocultan enunciados referentes al bien jurídico como instrumento jurídico de análisis sistemático, al bien jurídico penalmente protegido como elemento específico de la teoría del delito, a los bienes jurídicos realmente protegidos por un determinado ordenamiento jurídico-penal, a otros caracteres materiales comunes a todos ellos, a los objetos que un ordenamiento penal debería proteger desde la perspectiva de un determinado criterio de legitimidad, a

² En este sentido se manifestaba ya G. DALLM ("Die Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft", en ZStW, 57, 1.936, p. 230); más recientemente A. PAGLIARO ("Bene giuridico e interpretazione della legge penale", en AA. VV., "Studi in onore de F. Antonicelli", II, Milán - Giuffrè, 1.965, p. 391).

otros caracteres materiales comunes a todos éstos³. Ante tal confusión de enunciados en aparente relación con un mismo problema no es de extrañar que H. WELZEL llegara a afirmar que "el bien jurídico se ha convertido en un auténtico proteo, que se transforma repentinamente en otra cosa entre las manos que creen sostenerlo"⁴.

3. Deben pues diferenciarse y ordenarse las cuestiones anotadas de cara a su correcta ubicación en el sistema del Derecho Penal y a la elección de la metodología correcta para su desarrollo.

a) La pregunta inicial ha de ser la siguiente: ¿qué es el bien jurídico-penal en cuanto elemento del delito y por

³ En sentido similar afirma MIR PUIG que "el concepto de bien jurídico se utiliza en la doctrina penal en dos sentidos distintos: a) en el sentido político-criminal (de *lege forenda*) de aquello que merece ser protegido por el Derecho Penal (...); b) en el sentido dogmático (de *lege data*) de objeto efectivamente protegido por la norma penal vulnerada de que se trata" ("Derecho Penal. Parte general", Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, 1.990, 3ª ed., pp. 100 y s., 137). PAGLIARO distingue entre bien jurídico como momento central del fin mismo de la norma y condiciones objetivas de la sociedad - realidad natural, social o económica -, ante las cuales una cierta prescripción jurídica encuentra su justificación funcional ("Bene giuridico...", cit., pp. 392 y s., 409; "Principi di Diritto penale. Parte generale", Milán, Giuffrè, 1.967, 3ª ed., pp. 86 y s.). W. HASSEMER distingue entre un concepto normativo de bien jurídico, crítico al sistema, que designa los objetos para cuya protección son necesarias y justas las sanciones penales, y un concepto descriptivo, immanente al sistema, que sirve para la sistematización de las direcciones finales de los tipos penales ("Theorie und Soziologie des Verbrechens", Frankfurt, Scriptor Verlag Kronberg, 1.973, pp. 22, 28; "Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e Diritto naturale", en *Dei delitti e della pena*, 1, 1.984, pp. 104 y s.). H. J. RUDOLPHI diferencia entre concepto teleológico (que también denomina metodológico) de bien jurídico y concepto material (que también denomina liberal) ("Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico", en *NFP*, 1.976, pp. 329 y ss.).

⁴ "Studien zum System des Strafrechts", en *ZStW*, 58, 1.939, p. 509. RUDOLPHI destaca también la falta de claridad del concepto ("Los diferentes aspectos...", cit., p. 329).

lo tanto instrumento y objeto de análisis por parte de la dogmática penal? Para responder a ello deberemos atender a la utilización real del concepto por parte del legislador, de la doctrina y de la jurisprudencia⁵. A través de ese estudio habrá de deducirse podremos deducir qué lugar ocupa y qué funciones cumple. Se trata así de la búsqueda de un *concepto ontológico o descriptivo y formal*⁶. Pertenecen a éste ámbito cuestiones como: ¿es el bien jurídico-penal el objeto de protección de una norma penal?, ¿es todo fin que se propone el legislador con la aprobación de la norma?, ¿es tan sólo el fin primordial?

Caracterizamos este concepto de formal porque su contenido se reduce al señalamiento de su situación como elemento en un determinado sistema de análisis, con independencia del contenido material que tenga (de los procesos fácticos a los que se aplique). Para que un determinado ente pueda ser calificado como bien jurídico

⁵ Rara es la referencia de nuestra legislación penal al mismo y inexistente la definitiva. Encontramos una referencia al término en el artículo 89 bis de nuestro Código Penal en relación con la aplicación de la regla del delito continuado a las "ofensas a bienes jurídicos eminentemente personales". En el art. 27 (estado de necesidad) se habla también de "lesión de un bien jurídico". En el Código Penal de la R.F.A. se hace referencia a los bienes jurídicos en el parágrafo 34 ("El que ante un peligro actual para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico, no evitable de otro modo, comete un hecho para evitar el peligro para sí o para otro, no actúa antijurídicamente si en la apreciación de los intereses en conflicto, especialmente de los bienes jurídicos correspondientes, y de la gravedad de los peligros que les amenacen, prevalece esencialmente el interés protegido frente al perjudicado. Esto rige, sin embargo, solamente en tanto en cuanto el hecho sea un medio adecuado para evitar el peligro.") y en el 6 (cuyo epígrafe es "Hechos en el extranjero contra bienes jurídicos protegidos internacionalmente").

⁶ Terminología que utiliza también M. MARK ("Zur Definition des Begriffs 'Rechtsgut'", Colonia, Berlín, Bonn, Munich, Carl Heymanns, 1972, p. 4).

bastará que constataremos que de entre sus múltiples elementos pueda abstraerse el de que se encuentra en la situación que define aquél.

b) Cuestión diferente es la de qué debe ser el bien jurídico-penal en un determinado sistema de Derecho Penal. En este caso habrá de prefijarse el lugar y la función que se quiere que cumpla el nuevo elemento⁷. La propuesta consiguiente - nos moveríamos en el campo deontológico - sería la de un concepto formal.

c) Un tercer área de investigación consiste en la elaboración de un catálogo de los bienes jurídicos penalmente protegidos en un determinado ordenamiento. Para ello se habrá de partir de un concepto formal de bien jurídico y proceder a la lectura e interpretación de los textos legales de carácter penal. El hallazgo de dicho catálogo sugiere la nueva cuestión de ulteriores características comunes a todos ellos, en busca de una *definición sustancial o material y ontológica* del concepto de bien jurídico-penal.

d) Cabe finalmente plantear la cuestión del catálogo de objetos penalmente protegibles y, consiguientemente, la de la *definición material del concepto desde el punto de vista deontológico*. Ello requiere tanto de un criterio previo de legitimidad como de la previa toma de posición en torno a un concepto formal de bien jurídico. Metodológicamente el proceso podrá partir ahora de la

⁷ M. MARX, "Zur Definition...", cit., p. 4.

delimitación de los caracteres conformadores del concepto material para después continuar con la elaboración del catálogo de los objetos existentes que poseen entre los suyos dichos caracteres.

II.1.2. CONCEPTO.

1. Diferenciados, pues, los conceptos formal y material, y ontológico y deontológico de bien jurídico-penal, es el objetivo de este epígrafe la justificación de la siguiente tesis: se debe reservar la expresión "bien jurídico-penal"⁶ para la denominación del objeto inmediato de protección de la norma penal⁷.

2. El concepto que se propone es un concepto deontológico y formal de bien jurídico: deontológico, porque no pretende describir el concepto formal de bien jurídico

⁶ La diferenciación de los planos formal y material, y ontológico o descriptivo y deontológico o normativo debe trascender a nuestro instrumento de análisis, el lenguaje. Este debe discriminar entre las diferentes concepciones más allá de la común expresión "bien jurídico". No es lo mismo hablar del bien jurídico-penal, que del contenido común de los bienes jurídico-penales, que de los objetos que pueden o deben ser penalmente protegidos.

⁷ Este objeto de valoración positiva por parte del legislador constituirá también el objeto principal sobre el que recae el fin de protección que el legislador persigue a través de la concreta norma. Se realiza así, como afirma PAGLIARO, una discriminación entre los diversos componentes de la finalidad del legislador - o, si se quiere, entre los diversos fines del mismo - que se hayan en la base de una disposición penal: "sólo el fin que exprese el 'porqué' ideológico, la razón de ser, pueda constituir el bien jurídico, a diferencia de los fines accesorios, de los que depende tan sólo la concreta conformación de la proposición normativa, el 'cómo' de la misma", no aptos por lo tanto para explicitar la esencia y la función de la norma en la compleja estructura del ordenamiento penal ("Bene giuridico...", *cit.*, pp. 393, 395). Para M. MARX el concepto ontológico formal de bien jurídico "indica los objetos cuya protección es el fin del Derecho Penal y cuya lesión convierte un comportamiento en un delito" (M. MARX, "Zur Definition...", *cit.*, p. 8).

efectivamente utilizado por los operadores jurídicos, sino que se dirige a establecer y defender como válido un concepto formal de bien jurídico; formal, porque el concepto que se propone hará referencia a la forma y no a su contenido material.

Conviene insistir en que se trata de la elaboración de un concepto teórico. Como tal hay que considerar al que no hace referencia directa a ninguna entidad observable y que no puede ser, por lo tanto, entendido en forma aislada, con independencia de una teoría que le defina implícitamente¹⁰. La validez de esta teoría - "conjunto de enunciados que establecen relaciones entre entidades inobservables"¹¹ - reside en su capacidad para explicar enunciados cuya verdad o validez se admite o para generar nuevas hipótesis empíricas o normativas que deben ser contrastadas¹².

Trasladándonos al campo de lo jurídico-penal podemos decir que la utilidad de un concepto y de su teoría explicativa reside en su utilidad para explicar el funcionamiento del sistema de normas jurídico-penales y para inducir nuevas reglas y normas en coherencia con los principios sustentadores del mismo¹³. Naturalmente las normas deducidas no poseen por ello validez inmediata; al menos no la poseen en la medida en que contradigan la especial firmeza de la vigencia de los principios de legalidad y tipicidad en el orden penal, dadas las consecuencias que para los bienes más preciados de los ciudadanos tiene la intervención penal en este campo. Su valor indicativo para la labor legislativa es sin embargo altamente funcional.

II.1.3. ADECUACION.

1. La elaboración de un concepto teórico requiere la justificación de su utilidad para la comprensión o el enriquecimiento del sistema en el que se ubica, su

¹⁰ Vid. C. S. NINO, "Consideraciones sobre la dogmática jurídica", México, UNAM, 1974, p. 67.

¹¹ Vid. NINO, "Consideraciones...", *cit.*, p. 67.

¹² Vid. NINO, "Consideraciones...", *cit.*, p. 62.

¹³ Vid. NINO, "Consideraciones...", *cit.*, pp. 78 y ss.

consistencia con las reglas del uso habitual del lenguaje¹⁴, y su coherencia con las menciones del término realizadas por el legislador. Un concepto superfluo - que no aporta nada al sistema o nada diferente a lo que aporta otro concepto ya existente - aumenta inútilmente la complejidad del sistema; un concepto equívoco aumenta la dificultad de comprensión del mismo y el riesgo de obtención de consecuencias contrarias a los presupuestos de los que se parte¹⁵. El concepto propuesto pretende ser un concepto útil (2), comprensible (3) y acorde con su utilización en los textos legales (4), rasgos de los que, a nuestro juicio, carecen otros conceptos de tipo formal (5) y material (6).

2. *La funcionalidad del concepto radica sobre todo en su capacidad de síntesis.* El bien jurídico-penal es el elemento de la teoría del delito que nos permite conocer de manera simple el objeto cuya protección motivó la elaboración de la norma y alrededor del cual giran buena parte¹⁶ de los elementos de la misma¹⁷.

¹⁴ En este sentido, NINO ("Consideraciones...", cit., p. 56). B. SCHÜNEMANN propone tres máximas en la construcción conceptual sistemática: no contradicción de los conceptos entre sí, adecuación al conglomerado normativo al que se ordenan y no contrariedad al principio de economía conceptual ("Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte", Götting, Otto Schwartz, 1971, p. 26).

¹⁵ En este sentido considera SCHÜNEMANN que "un uso lingüístico excesivamente diferenciado del uso vulgar haría imposible el conocimiento del campo punible para los legos y con ello frustraría la tarea preventivo-general del Derecho Penal" ("Grund und Grenzen...", cit., p. 24). Acerca de la relación entre lenguaje jurídico y lenguaje natural, cfr., por ejemplo, la obra de G. R. CARRIO, "Notas sobre Derecho y lenguaje" (Buenos Aires, Abeledo - Perrot, 1979, 2ª ed.).

¹⁶ Existen elementos que no se refieren al objeto de protección, sino a la modalidad de ataque al mismo, al sujeto de la infracción, etc. Como después se verá, cuando se habla de la seguridad e higiene en el

El concepto de bien jurídico-penal es el fruto de una elaboración doctrinal. Los concretos objetos de protección penal son seleccionados por el legislador. La dogmática no crea dichos objetos, sino un elemento instrumental para su mejor comprensión y ubicación dentro de la estructura del delito. De ahí que la virtud primordial del concepto sea la síntesis del objeto de protección de las normas penales. Dicha síntesis, en cuanto elemento teórico va a facilitar la comprensión del sistema y posibilitar sus procesos de desarrollo¹⁶.

a) Esta función es de radical importancia, por ejemplo, para el análisis de legitimidad de una concreta norma penal. Cada norma penal, en cuanto norma coactiva restrictiva de libertad y en cuanto norma que amenaza con la limitación de la misma para sus transgresores, requiere razones que avalen su existencia. Esta sed originaria de legitimación se acentúa en los modelos estatales que asumen el criterio de legitimidad democrática, pues en ellos es precisamente la libertad el valor frontal y el fin al que se

trabajo como bien jurídico-penal se está haciendo referencia a algo más que al objeto inmediato de protección de la norma penal (vid. *infra* II.3.1.2).

¹⁷ K. AMELUNG afirma que "la unidad de las funciones dogmáticas del bien jurídico no se produce a través de una unitaria estructura del objeto del bien jurídico, sino a través de un momento valorativo unitario que caracteriza muy diversos objetos como bienes y con ello decide sobre su desarrollo jurídico, así como sobre su rango" (recensión al libro de W. Hassemer, "Theorie und Soziologie des Verbrechens", en ZStW, 1.975, p. 139).

¹⁸ Como afirma AMELUNG, "la específica ventaja del pensamiento de protección de bienes" consiste en "el inmediato desarrollo del objeto del daño efectivo de un delito a partir de un juicio de desvalor (...). El dogma del bien jurídico posee así todas las ventajas de una mediación 'comprensible' de la representación de un legislador" ("Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft", Frankfurt, Athenäum, 1.973, p. 394). O en palabras de HASSEMER, "la salvación de una teoría del delito no depende de la búsqueda de un principio general que abarque todos los objetos, sino de la búsqueda de categorías con cuya ayuda se puedan aclarar cada vez más la génesis de los objetos del delito" (recensión al libro de K. Amelung, "Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft", en ZStW, 1.975, p. 163).

dirigen sus funciones¹⁹. El conocimiento preciso del objeto de protección penal nos permite analizar si su defensa es coherente con los principios del modelo de Estado al que el concreto ordenamiento penal sirve y con las valoraciones ético-sociales²⁰. El bien jurídico, en este contexto, no realiza propiamente una función crítica, ni puede realizarla; se limita a facilitarle instrumentalmente, cualquiera que sean los presupuestos desde los que se haga²¹.

b) La comprensión de la antijuricidad material del comportamiento descrito en el tipo penal queda también facilitada. La sanción se produce como consecuencia del cumplimiento del presupuesto jurídico (causa formal), pero también porque ante un comportamiento imputable a un determinado individuo y lesivo de un determinado objeto positivamente valorado por el legislador penal (causa material), éste considera que su sanción es útil para la evitación de otros comportamientos contrarios al bien jurídico.

¹⁹ Vid. *infra* IV.2.1.

²⁰ Consideradas no como el resultado de la concurrencia de los valores en relación con las fuerzas sociales que los ostentan, sino como el resultado de la concurrencia libre e igual de las valoraciones ético-individuales.

²¹ Es en este sentido en el que podemos afirmar con AMELUNG que también el concepto de bien jurídico immanente al sistema se remite también a la política, expresando la ya pensada, realizada y conducida (recensión..., *cit.*, p. 140). En sentido similar se manifiesta POLAINO NAVARRETE ("El bien jurídico en el Derecho Penal", Sevilla, Universidad, 1.974, p. 80).

c) Una cuidadosa determinación del bien jurídico penalmente protegido por una norma pone también de manifiesto cómo ciertos comportamientos que lesionan materialmente un objeto no son comportamientos sujetos a responsabilidad penal, pues no acompaña a dicha lesividad una correlativa lesividad jurídica: no se produce un menoscabo del bien jurídico-penal en cuestión. Se trata de tipos penales que el legislador crea para la protección de la capacidad de disposición de los sujetos sobre determinados objetos y no para la protección de la integridad de los mismos, cuyo detrimento será jurídicamente irrelevante si es consentido por su titular. No estaremos entonces en estos supuestos ante la lesión justificada de un bien jurídico-penal sino ante la inexistencia de dicha lesión.

En otros tipos penales la labor interpretativa nos conducirá a afirmar que el legislador quiere proteger un determinado objeto y no la facultad de disposición de su titular sobre él. En estos casos el consentimiento de éste no impide la lesión del bien jurídico-penal, aunque el legislador puede establecer como circunstancia atenuante la inexistencia de una correlativa lesión de la voluntad individual en relación con el objeto.

Cuando el legislador concede eficacia eximente al consentimiento del titular troca ya el objeto de protección y convierte en atípicos los supuestos de lesividad material consentida. La distinción que ha defendido la doctrina mayoritaria alemana entre los supuestos en los que el "acuerdo" ("*Einverständnis*") del titular excluye la tipicidad, pues falta toda lesividad - el hurto, por ejemplo -, y los supuestos en los que el "consentimiento" ("*Einwilligung*") permite la lesión del bien jurídico - determinado tipo de lesiones -²² se sustenta sobre el ya irrelevante dato de la lesión material del objeto en cuestión.

²² Cfr. JESCHECK, "Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil.", Berlín (Duncker & Humblot), 1.988 (4^{ed.}), pp. 334 y ss.

d) La constatación sintética del objeto de protección nos permite comprender la exención de responsabilidad penal del autor de un comportamiento lesivo de un bien jurídico-penal motivado por la necesidad de salvación de otro de rango superior o suficientemente superior según la valoración del legislador²³.

e) La constatación sintética de los objetos de protección penal permite también una adecuada sistematización de los tipos delictivos en torno a los mismos²⁴. Por otra parte, la previsión legislativa de sanciones penales para la defensa de los bienes jurídicos permite hacer una escala de éstos que indica, si bien sólo indirecta, parcial y aproximadamente, la mayor o menor valoración positiva que a los ojos del legislador merece cada uno de ellos.

f) Finalmente, sin afán de exhaustividad, cabe señalar otros campos de indagación dogmática en los que el bien jurídico-penal facilita el análisis y la comprensión de las reglas existentes en el sistema y en los que a su vez se posibilita la propuesta de creación de nuevas normas o de modificación de las existentes: individualización del sujeto pasivo del delito - dato esencial, por ejemplo, para la graduación de la pena o para la determinación de la

²³ Respecto a la funcionalidad del bien jurídico en relación con la explicación del estado de necesidad, cfr. NINO, "Consideraciones...", cit., pp. 70 y s.

²⁴ Función que señalan MARQUARDT ("Valor.", cit., pp. 63 y s.) y POLAINO NAVARRETE ("El bien jurídico...", cit., p. 300).

existencia o no de consentimiento ²⁵; punición o no de los actos posteriores al delito que afectan al mismo objeto de protección ²⁶; determinación de la existencia de un delito continuado ²⁷; distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución, entre tentativa y consumación, entre tentativa idónea e inidónea ²⁸.

ANELUNG alega la esterilidad del pensamiento del bien jurídico para la resolución de algunas de las cuestiones centrales del sistema de Derecho penal. Cita en concreto su incapacidad para limitar el campo de lo punible en el campo del Derecho penal sexual y para proceder a la diferenciación entre Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador ²⁹.

En relación con el primer supuesto tiene razón el autor alemán, pues precisamente uno de los rasgos del concepto de bien jurídico-penal es su neutralidad político-criminal. Un concepto puramente formal difícilmente va a contradecir el contenido de una determinada regulación ³⁰.

Respecto a la segunda cuestión afirma que para la citada diferenciación carece de utilidad la teoría del bien jurídico, puesto que el criterio de diferenciación radica en "la forma de institucionalización - o mejor, de interiorización - de las normas" ³¹. En los casos dudosos se requiere una decisión de voluntad del legislador que contenga una aclaración acerca de si se parte de que la norma de comportamiento encuentra eco sin más en la conciencia del ciudadano ³².

²⁵ Función que señala MARQUARDT ("Valor y bien jurídico", en "Temas básicos de Derecho penal", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, pp. 64 y s.).

²⁶ Función que señala NINO ("Consideraciones...", cit., p. 76).

²⁷ Función que señala NINO ("Consideraciones...", cit., p. 76).

²⁸ Función que señala NINO ("Consideraciones...", cit., p. 76).

²⁹ "Rechtsgüterschutz...", cit., p. 273.

³⁰ Vid. infra II.1.4.4.

³¹ "Rechtsgüterschutz...", cit., pp. 291 y s.

³² "Rechtsgüterschutz...", cit., p. 294.

Hassener critica con acierto la mencionada concepción, considerándola estéril y peligrosa, pues aparenta poseer un contenido empírico. ¿De qué tipo de interiorización se habla? ¿Debe ser toda norma - por ejemplo, de cortesía, de lenguaje, de obediencia, de lealtad - una norma criminal? ¿Qué grupo ofrece la norma material cuya "formación de la conciencia" es relevante? ¿Qué criterio de la "formación de la conciencia" relevante existen respecto a la intensidad de la interiorización normativa y de su extensión en el pueblo? ¿Por qué debe decidir la socialización primaria?³³

En realidad en el tema de referencia cumple el bien jurídico una función similar a la que aquí se ha expresado: facilita un elemento sintético de comprensión de lo protegido por la norma penal y de lo protegido por las normas administrativas. Este puede ser un material de gran utilidad para la inducción de caracteres comunes a ambos grupos de objetos, que a su vez facilitan respuesta a la cuestión del porqué de un diferente modo coactivo de tutela. En un epígrafe posterior de este trabajo se propondrá con más sosiego un criterio de diferenciación coherente con un criterio de legitimidad democrática de las normas³⁴.

3. El concepto aquí propuesto no tiene tampoco problemas para superar el segundo escalón del método de justificación que planteábamos: *conformidad con el uso habitual del lenguaje*. Por una parte, porque "bien" no es sino el objeto de una valoración positiva del tipo que sea³⁵. Dicha valoración puede ser realizada por un individuo o por un grupo, lo que habla por sí mismo de la relatividad

³³ Recensión, cit., p. 160.

³⁴ Vid. *infra* IV.2.3.

³⁵ JAKOBS afirma que "un bien es un estado de cosas positivamente valorado. Se entiende aquí estado de cosas en sentido amplio, de modo que no sólo comprende objetos (corpóreos y otros) sino también situaciones y desarrollos" ("Strafrecht. Allgemeiner teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre.", Berlín - Walter de Gruyter -, 1.991 - 2ª ed. -, pp. 38, nm. 3; 39, nm. 12). En sentido similar ("Bien es una realidad valorada por alguien"), E. SCHMIDHAUSER ("Strafrecht. Allgemeiner Teil.", Tubinga - J. C. B. Mohr-Paul Siebeck -, 1.984 - 2ª ed. -, p. 94, pfo. 25).

del término que analizamos³⁴. Hemos de precisar también que el término "objeto" no hace referencia aquí a las cosas, sino en general a toda realidad del mundo ideal o corporal³⁵. Por otra, porque "jurídico-penal" hace referencia a su pertenencia, inserción o relación con el Derecho Penal³⁶ y por lo tanto también a la autoría del juicio de valor.

4. La aplicación del concepto al Código Penal provoca consecuencias adecuadas para la apreciación del estado de necesidad y del delito continuado, con lo que nuestro concepto adquiere un no despreciable carácter ontológico. No sucede lo mismo con otras definiciones de bien jurídico. Si, tras la aplicación de otro concepto formal, se concibe, por ejemplo, que el bien jurídico en los delitos de peligro es

³⁴ Característica destacada por K. TIEDEMANN ("Tatbestand-funktionen im Nebenstrafrecht", Tubingen - J. C. B. Mohr-Paul Siebeck -, 1.969, p. 115). POLAINO NAVARRETE parece pretender una objetivización del concepto de bien, lo que a nuestro entender y desde el punto de vista de las premisas aquí adoptadas - funcionalidad y coherencia con el uso del lenguaje - le conduce a un concepto inadecuado: "Puede entenderse por bien (...) aquello que tiene valor para el particular o la colectividad, estimándose aquí como valor, en un sentido primario y fundamental, la utilidad o aptitud para satisfacer necesidades humanas. Integra, pues, un bien todo lo que en general es susceptible de contribuir al bienestar y perfeccionamiento físico o psíquico de la persona" ("El bien jurídico...", *cit.*, p. 29).

³⁷ A "todo lo que es susceptible de consideración por la conciencia humana" (POLAINO NAVARRETE, "El bien jurídico...", *cit.*, p. 37). Consecuentemente "con referencia al alcance objetivo del concepto de bien jurídico, es preciso indicar que en la naturaleza esencial del mismo se incluyen, tanto los bienes en sentido material (...) como aquellas categorías pertenecientes a la esfera espiritual, no susceptibles a causa de su naturaleza incorpórea de una comprobación naturalista" (pp. 267 y s.). En sentido similar, SCHMIDHAUSER ("Strafrecht...", *cit.*, p. 84, pfo. 26).

³⁸ "Un bien se convierte en bien jurídico a través del disfrute de una protección jurídica" (JAKOBS, "Strafrecht...", *cit.*, p. 39, nm. 12). En sentido similar, POLAINO NAVARRETE ("El bien jurídico...", *cit.*, p. 31).

la vida, la integridad física o la salud, resultará inaplicable el estado de necesidad para quien realice un comportamiento de este tipo, pues no "lesiona un bien jurídico". Asimismo no podrán aplicarse a estos delitos las reglas del delito continuado, pues suponen ofensas a bienes jurídicos eminentemente personales³⁹.

5. Otros conceptos formales de bien jurídico-penal carecen de la capacidad de síntesis del rasgo esencial de la norma que posee el que proponemos. Así sucede, por ejemplo, con los que giran en torno a la idea de fin del legislador (a) o a la de objeto de protección, sin más matices (b).

a) El concepto de fin, al igual que el de interés⁴⁰, introduce un matiz subjetivo inconveniente, refiriendo el concepto de bien jurídico, no a lo que el legislador protege objetivamente, sino a lo que pretende proteger. Que esta discordancia puede existir lo demuestra la propia práctica de la interpretación teleológica. Aparte de que el fin sea la protección de un objeto y no directamente éste⁴¹, existen supuestos en los que el fin primordial del legislador no es la protección de un objeto. De ciertos preceptos se ha destacado la peculiaridad de que tienen como fin único la advertencia o llamada (*Apellfunktion*) en relación con un comportamiento y con un bien jurídico que ya están

³⁹ MENA ALVAREZ considera que la seguridad de un bien eminentemente personal no es un bien eminentemente personal (op. cit., p. 51).

⁴⁰ Matiz que destaca POLAINO NAVARRETE ("El bien jurídico...", cit., pp. 269 y s.).

⁴¹ Precisión que hace POLAINO NAVARRETE ("El bien jurídico...", cit., p. 197).

respectivamente sancionado y protegido en otro precepto⁴². Por otra parte, junto al fin primordial de protección inmediata de un objeto, podemos encontrar otros fines accesorios⁴³, tales como la protección mediata de otros objetos; la adaptación del ordenamiento penal a las concepciones sociales⁴⁴, al ordenamiento constitucional⁴⁵ o a directrices internacionales⁴⁶; la evitación del retraso en la Administración de Justicia y del dispendio de recursos públicos⁴⁷; el refuerzo de la seguridad jurídica⁴⁸; o la cesación de un determinado estado de alarma social⁴⁹.

⁴² Por ejemplo, de los artículos 427 (vid. el comentario de BAJO FERNANDEZ en "Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos contra las personas.", cit., p. 186; vid. infra p.) y 513 del Código Penal.

⁴³ Como destaca POLAINO NAVARRETE ("El bien jurídico...", cit., p. 306). PAGLIARO afirma que, junto al interés tutelado, en el concepto de bien jurídico encontramos también "valoraciones de tipo ético e incluso consideraciones generales en el tema de la función de la pena, de la certeza del Derecho, de oportunidad, y otras consideraciones del mismo estilo" ("Bene giuridico...", cit., p. 393, n. 6).

⁴⁴ Vid. el comentario a la reforma de los anteriormente denominados "delitos contra la honestidad" del preámbulo de la L.O. 3/89 de Actualización del Código Penal.

⁴⁵ Vid. la exposición de motivos de la L. O. 2/83 de Reforma del Código Penal.

⁴⁶ Vid. el preámbulo de la L. O. 1/88, que reforma el Código Penal en materia de delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

⁴⁷ Vid. el comentario a la reforma de las faltas del preámbulo de la L.O. 3/89 de Actualización del Código Penal.

⁴⁸ Vid. el comentario a la reforma del título II ("De las faltas contra los intereses generales y el régimen de las poblaciones") del preámbulo de la L.O. 3/89 de Actualización del Código Penal.

⁴⁹ Vid. el preámbulo de la L. O. 1/88, que reforma el Código Penal en materia de delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

b) La concepción del bien jurídico-penal como todo objeto de protección de la norma penal plantea inconvenientes de especial relevancia en los delitos de peligro, en los que el bien jurídico consiste en la seguridad de otro bien. La consideración de que el bien jurídico-penal es tanto aquella seguridad como éste bien, o sólo éste último, no sólo diluye la capacidad instrumental general del concepto, sino que puede conducir a equívocos en el análisis de legitimidad de la norma. Obsérvese, por ejemplo, que hasta los delitos de peligro menos grave y los delitos de peligro presunto podrían aferrarse a un bien jurídico de especial trascendencia para adquirir legitimación⁵⁰. No se entiende, por otra parte, por qué los delitos despiertan el afán de acercar el bien jurídico penalmente protegido a los intereses individuales y, por lo tanto, la necesidad de indagar más allá del objeto inmediato de protección para el hallazgo de aquél, y no otros delitos, en los que se reconoce sin más que el bien jurídico es la libertad de competencia, la libertad de precios, el poder ordenador de la Administración en materia de precios, el

⁵⁰ Tiene razón TIEDEMANN cuando afirma que los bienes jurídicos abstractos, en general, sólo violentamente y según el deseo de determinadas ideologías se dejan relacionar exclusiva e inmediatamente con el hombre ("Tatbestandfunktionen...", *cit.*, p. 119). POLAINO NAVARRETE considera de "escaso valor técnico y de nula relevancia teórica y práctica" la referencia terminológica representada por la expresión "objeto próximo del delito" para suplantarse a la de bien jurídico, a causa de su menor especificidad. Con ello parece reconocer que la proximidad es característica del bien jurídico (p. 87).

modelo económico, la seguridad del tráfico mercantil, la solidaridad, la economía nacional o el erario público⁵¹.

6. La expresión "bien jurídico-penal" debe quedar reservada a la denominación de un concepto formal. Los conceptos materiales descriptivos, aun en el supuesto de que puedan unir a su necesaria abstracción la imprescindible precisión y expresar así con exactitud qué objetos son bienes jurídico-penales y cuáles no, carecen de la universalidad y de la permanencia típica de los conceptos formales; permanencia exigible a cualquier concepto dogmático que intenta explicar un sistema estable. Aparte, pues, de que el concepto no sería aplicable a otros ordenamientos penales, determinadas reformas legislativas podrían forzar la modificación de la definición del concepto.

⁵¹ RODRIGUEZ MOURULLO entiende que "al configurar un determinado delito de peligro, la ley convierte en bien jurídico la seguridad de otro bien. De suerte que el quebranto de la seguridad de ese bien entraña ya la lesión del bien jurídico específicamente protegido en el delito de peligro, aun cuando no suponga todavía más que un riesgo para otro bien. La seguridad de determinados bienes puede ser ya en sí misma un bien jurídico" ("La omisión de socorro...", cit., p. 148). SCHÜNEMANN entiende que existen delitos de peligro abstracto, en sentido amplio, en los que las concepciones sociales ven un bien jurídico intermedio espiritualizado: la seguridad del tráfico mercantil (delitos de falsificación de documentos), la integridad de la Administración (delitos de cohecho) o el hallazgo judicial de la verdad (delitos de falso testimonio) ("Moderne Tendenzen...", cit., p. 793). TIEDEMANN considera que la caracterización del Derecho Penal económico como un campo de peligro "abstracto" de bienes jurídicos es solamente exacto de cara a la legitimación de las normas, pero no de cara a la configuración del contenido dogmático de la antijuricidad ("Tatbestandfunktionen...", cit., p. 400). En efecto, el contenido de la antijuricidad se encuentra fundamentalmente en la lesión del bien jurídico-penal (del objeto inmediato de protección), mientras que el contenido interno de dicho bien es sólo trascendente en el posterior análisis de legitimidad - de cara, por ejemplo, a valorar su coherencia con el sistema constitucional de valores -.

Los conceptos materiales de tipo deontológico, de funcionalidad bien diferente⁵², añaden además el inconveniente de su incoherencia con el uso habitual del lenguaje, pues, denominan "jurídico" no a lo que pertenece al Derecho, a lo que éste valora y protege, sino simplemente a lo que se estima que debería pertenecer, a lo que se considera digno de tal protección⁵³. A su vez no consideran como bienes jurídicos, como una correcta comprensión del lenguaje implicaría, cada objeto o cada objeto inmediato de protección de una norma, sino tan sólo determinados objetos de protección⁵⁴. Su aceptación distorsiona algunos de los principios y reglas comúnmente aceptados del sistema penal. Conduce por ejemplo a considerar que existen lesiones de bienes jurídico-penales que no son delito, o a admitir la concurrencia de un estado de necesidad en el supuesto de que el bien salvado sea un objeto no protegido pero digno de protección desde la perspectiva valorativa adoptada.

Un ejemplo de la citada confusión lo ofrecen las tesis de M. MARX. El objetivo inicial de su obra es el hallazgo de principios que entresaquen de entre los innumerables objetos los que puedan calificarse como

⁵² Radica, como afirma RUDOLPHI, en su carácter de propuesta y crítica en relación con el sistema vigente de bienes jurídico-penales ("Los diferentes aspectos...", cit., p. 336).

⁵³ Como afirma RUDOLPHI, "el concepto liberal de bien jurídico es independiente del Derecho positivo. Con respecto a éste es un concepto previamente dado, se dirige al legislador penal mismo" ("Los diferentes aspectos...", cit., p. 336; RUDOLPHI denomina "liberal" al concepto material que se presenta como exigencia de legitimidad al legislador - p. 333 -).

⁵⁴ Como critica RUDOLPHI ("Los diferentes aspectos...", cit., p. 336), que sin embargo considera que bien jurídico es cada una de la unidades funcionales de la vida social regulada constitucionalmente (pp. 344 y ss.).

bienes⁵⁵. Su punto de partida es el propio Derecho Penal, cuyo fin no es sino una derivación del fin del Derecho que, a su vez, se haya en estrecha vinculación con el fin del Estado, forma de organización que la sociedad de ciudadanos se da⁵⁶. Para un individualismo bien entendido, asimilable también por la teoría marxista, el valor más alto y el máximo fin del Estado es el hombre⁵⁷. "El fin del Derecho es el hombre; servirle es la tarea del Derecho"⁵⁸. El fin consecuente del Derecho Penal es el asegurar y mantener la posibilidad del libre desarrollo de la personalidad: sus objetos de protección son los presupuestos externos necesarios. Bienes jurídicos son, concluye, "aquellos objetos de los que el hombre necesita para la propia libre autorrealización"⁵⁹: cosas de las que la salud y la vida dependen, un espacio de libertad para actuar y realizarse y las cosas que lo garantizan, un mínimo de seguridad de las anteriores condiciones⁶⁰.

A pesar de que este autor diferencia entre un concepto ontológico formal de bien jurídico y un concepto material⁶¹ se equivoca en la metodología escogida para la consecución de este último. Un concepto material de bien jurídico sólo es definible a través de la descripción de las características comunes a los bienes jurídico-penales que un determinado ordenamiento reconoce y crea como tales. Su función no puede ser otra que la de poner de manifiesto una serie de factores comunes en el proceso de valoración legislativa. El autor al que nos referimos construye, a pesar de los propósitos expresados, un concepto material del objeto protegible por un ordenamiento penal a partir de determinados presupuestos en torno a la dignidad humana, y no un concepto de bien jurídico, cuyo adjetivo requiere un efectivo reconocimiento por parte del Derecho. Ni siquiera parece aceptable afirmar que se trata de un concepto de bien jurídico penalmente protegible, pues ni siquiera se constata la previa condición de bien jurídico como condición de su protegibilidad penal - hecho que en cualquier caso implicaría un retorno a la añeja teoría del carácter

⁵⁵ M. MARX, "Zur Definition...", *cit.*, p. 10.

⁵⁶ *Op. cit.*, pp. 25 y s.

⁵⁷ *Op. cit.*, pp. 29 y ss.

⁵⁸ *Op. cit.*, p. 40.

⁵⁹ *Op. cit.*, pp. 60 y ss., 62.

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 61.

⁶¹ *Op. cit.*, p. 4.

meramente sancionador del Derecho Penal -. Con ello rompe las reglas comunes del lenguaje al denominar bien jurídico al resultado de su indagación.

Aunque POLAINO NAVARRETE comienza definiendo el bien jurídico como "todas las categorías conceptuales que asumen un valor, contienen un sentido o sustentan un significado que son positivamente evaluados (...) como merecedores de la máxima protección jurídica, representada por la conminación penal de determinados comportamientos"⁶², afirma posteriormente que "se alude básicamente, en esencia a los valores fundamentales de la vida comunitaria, cuya garantía jurídica constituye imprescindible condición del próspero desenvolvimiento de la propia convivencia humana, y en cuyo mantenimiento inalterado e ineludible posee el Ordenamiento positivo un interés". Queda así la duda de si constituiría un bien jurídico un objeto valorado positivamente por el legislador como merecedor de protección penal que no fuera un valor fundamental de la vida comunitaria, pues lo sería según la primera definición pero no según la segunda.

II.1.4. CONSECUENCIAS.

1. Todo tipo penal protege un bien jurídico; un mismo bien jurídico pueda ser protegido por diferentes tipos penales que diferencien modalidades de ataque a dicho bien. Se prohíbe un determinado comportamiento básicamente por su capacidad atentatoria contra un objeto que el legislador penal valora positivamente. No ha de confundirse la mayor o menor dificultad en la determinación del bien, su mayor o menor efabilidad, con su propia existencia⁶³.

⁶² "El bien jurídico...", cit., p. 266 (también en la p. 270).

⁶³ Como afirma TIEDEMANN, la gran abstracción de algunos bienes jurídicos es la consecuencia de la visión de la tarea del Derecho penal de un modo unitario como de protección de bienes jurídicos ("Tatbestand-funktionen...", cit., p. 117). De hecho los bienes jurídicos supraindividuales e ideales sólo son dogmáticamente aprehensibles como correlato de determinados deberes jurídicos (p. 400).

En el comportamiento típico del par. 174 del Código Penal alemán consistente en mantener relaciones sexuales con persona menor de edad con la que se está vinculada por una relación paterno-filial, el bien jurídico existe en todo caso, ya se considere el tipo como un

Es cierto, pues, como afirma Nino⁶⁴, que "todo delito lesiona un bien jurídico" y que "no es concebible un delito que no lesione un bien jurídico protegido"; lo que no parece tan cierto es lo que también destaca el citado autor: que éste lo afirma la dogmática penal⁶⁵.

JAKOBS considera que "el rico contenido normativo del Derecho vigente no queda explicado si el fin (*Zweck*) de la norma se busca tan sólo en la protección de bienes jurídicos"⁶⁶. De este modo "la protección de

abuso de "la especial relación de protección" o como "una grave contradicción con la moral" (BGHSt 5, 185; 17, 235), con lo que, según esta última interpretación, con la antigua redacción del precepto, que no hacía referencia a la edad, había que sancionar también cuando el hijo fuera mayor de edad. En el primer caso sería probablemente la libertad sexual del hijo; en el segundo, una determinada concepción de la moral o, mejor, una faceta de la sensibilidad moral de un determinado colectivo de personas (en contra de la opinión que aquí se sustenta de la existencia en todo caso de bien jurídico se expresan POLAINO NAVARRETE - "El bien jurídico...", cit., p. 350-, ROXIN - "Sentido y límites de la pena estatal", en "Problemas básicos del Derecho Penal", Madrid (Reus), 1976, p. 23 - y RUDOLPHI - "Los diferentes aspectos...", cit., p. 336 -). La STS 234.74 (CL 659) indica, lucidamente, en relación con el antiguo 340 bis c) CP (conducción ilegal de vehículo de motor) que "es una infracción formal o de mera actividad (...) por lo que, en definitiva, se pena la desobediencia a su cumplimiento, que es la que origina la antijuricidad, y que es el bien jurídico protegido primariamente, en cuanto que tales normas sobre el tráfico tienden a regular la buena disciplina en la circulación y su normalidad, aunque finalmente pretenden también evitar riesgos más o menos remotos en la misma".

⁶⁴ "Consideraciones...", cit., p. 56.

⁶⁵ Al menos no toda la dogmática penal. A favor se manifiesta E. W. HANACK ("Empfiehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?", Múnich - C.H. Beck -, 1.968, p. 32). En contra, POLAINO NAVARRETE, que afirma que "el objeto jurídico debe constituir - y este criterio es de propugnar de lege ferenda sobre todo - elemento esencial de la juricidad material de la totalidad de los tipos de delito configurados en el Ordenamiento penal positivo" (el subrayado es añadido) ("El bien jurídico...", cit., pp. 31, 303, 307, 243 y ss) y ROXIN ("Täterschaft und Tatherrschaft", Berlín - Nueva York, Walter de Gruyter, 1.980 - 5ª ed. -, pp. 412 y ss.)

⁶⁶ "Strafrecht...", cit., p. 41, nm. 16. En sentido parecido se manifiesta ANELUNG en su ponencia acerca del bien jurídico en la reciente doctrina alemana en el "Seminario sobre bien jurídico y reforma de la parte especial" celebrado en Siracusa del 16 al 18 de octubre de

bienes no es necesaria para todos los delitos". A su juicio, la igualación entre fin de la norma y protección de bienes jurídicos o de hecho punible y lesión de bienes jurídicos fracasa, en primer lugar y principalmente, en los delitos de infracción de un deber especial derivado de una competencia institucional. En ellos la relación entre bien y autor es positiva: el contenido de la específica esperanza de comportamiento no se describe como una no lesión de un bien, sino que se deriva del rol que el autor tiene asignado en una institución. La institución misma no puede ser tampoco catalogada como bien jurídico, pues sólo es unidad de función cuando está intacta, para lo cual debe el autor jugar correctamente su rol. De este modo no se trata aquí de la perturbación de una unidad de función previa e intacta, sino de una denegación de sometimiento a la incorporación en la producción de una unidad de función. Un cambio correspondiente de la lesión de bienes jurídicos a la no producción de los mismos se da en los delitos de propia mano⁶⁷.

Existen además, añade JAKOBS, normas que protegen directamente la paz social sin la mediación de la protección de bienes, como por ejemplo la prohibición de torturas a los animales, del incesto, del exhibicionismo, del ultraje a confesiones religiosas, y de la provocación del escándalo público. Algunas de estos delitos podrían compaginarse con la teoría del bien jurídico si se les concibe como extremadamente abstractos. Ello parece posible siempre y no ofrece sin embargo una justificación sólida. "Si se quisiera de ahí anarrar un bien a la protección de sentimientos de los interesados se convertiría simplemente el bien jurídico en un algo inmenso que dependería sólo de la sensibilidad de los interesados y que sin embargo puede comprender cada objeto de regulación de una norma; también en el caso de que éste no tenga ninguna unidad objetiva de función. En realidad un comportamiento contra tales prohibiciones levanta temores de lo más heterogéneo y es, a causa de estas consecuencias desorientadoras, no compensadas por la utilidad social del comportamiento citado, por lo que el mismo es prohibido. Lo que se protege realmente es la paz social"⁶⁸. Concluye así JAKOBS que no siempre el interés público se dirige al mantenimiento de bienes. Cuando lo hace, por otra parte, no lo hace de modo absoluto, pues el bien ha de soportar los riesgos que son consecuencia necesaria del contacto social permitido. Las normas, en fin, que pasan el filtro de

1981 (síntesis de J. J. GONZALEZ RUS en el ADPCP de 1.983, p. 711 y s.).

⁶⁷ "Strafrecht...", *cit.*, p. 42, nm. 17.

⁶⁸ *Op. cit.*, p. 43 y s., nm. 19 y ss.

la dañosidad social son normas que protegen bienes jurídicos, producen bienes jurídicos o protegen la paz social⁶⁹. A pesar de su inicial reconocimiento de la amplitud de significación de la palabra bien - objetos corpóreos o no, circunstancias (Zustände) y desarrollos (Entwicklungen) -⁷⁰ parece que el autor mantiene inconscientemente un determinado concepto material de bien jurídico, mucho más restrictivo que impide la constatación de éste en los supuestos que propone:

Es cierto que, si concebimos el bien jurídico como una unidad de función previa e intacta y la institución a que se refiere el tipo penal como un objeto de producción por parte de los obligados a ello, la administración de justicia en el delito de prevaricación, la relación de asistencia en el delito de malos tratos a jóvenes por parte de quien los tiene su cuidado, la administración tutelar del patrimonio ajeno en el delito de infidelidad, o el correcto desempeño de funciones en el delito de cohecho⁷¹ no son bienes directamente lesionados por los respectivos comportamientos típicos, sino bienes dejados de producir por los sujetos obligados a ello. Desde este punto de vista las instituciones no son protegibles, sino solamente promovibles, y los sujetos que infringen su específico deber no son sancionados por menoscabar la institución, sino por no "producirla".

El planteamiento de JAKOBS presenta como necesaria su perspectiva de análisis. Sin embargo, además de como el fruto de una continua producción por parte de determinados sujetos, podemos concebir la institución como un objeto ya existente cuya integridad se lesiona en la medida en que el titular de una función de mantenimiento de la misma se comporte de modo diferente al que define la institución en cuestión. La institución no sería sino una forma de relación de una sociedad que reúne las características de ser duradera, jurídicamente reconocida y sustraída a la disposición del hombre concreto, que más bien la constituye⁷²; características las dos primeras que suponen ya la existencia del objeto más allá de una mera expectativa de producción del mismo. No creemos que una institución, en cuanto forma de relación, no

⁶⁹ Op. cit., pp. 44 y ss., nm. 22 y ss.

⁷⁰ Op. cit., p. 39, nm. 12.

⁷¹ Ejemplos que propone JAKOBS ("Strafrecht...", cit., p. 342, nm. 17; §§ 336, 223b, 266 y 332 StGB respectivamente).

⁷² Definición que aporta JAKOBS ("Strafrecht...", cit., p. 820, n. 114) extraída de H. DUBIEL (voz "Institution", n.º 5, en J. Ritter y K. Gröndler, "Historisches Wörterbuch der Philosophie", t. IV, 1.976).

pueda ser concebida como un bien ni, por lo tanto, en la imposibilidad de su vulneración, que se producirá en cuanto los obligados a relacionarse lo hagan por un cauce diferente al que delimita aquella. El lenguaje habitual refleja las dos perspectivas indicadas: tras un delito de prevaricación judicial se dice que el juez ha dejado de administrar justicia o que su conducta atenta contra la administración de justicia⁷³.

En el segundo grupo de delitos propuesto por Jakobs es perfectamente identificable la presencia de bienes jurídicos, como él mismo reconoce. Que su protección penal esté fundamentada o no - por tratarse de simples sentimientos arbitrarios, de objetos valorados positivamente sólo desde una determinada concepción moral, de conceptos inefables, por ejemplo -, es un problema que a la teoría del bien jurídico-penal no le corresponde resolver. A ella le compete tan sólo la facilitación de elementos para el análisis, tarea que evidentemente cumple. Tampoco se debe confundir la dificultad de delimitación del objeto de protección con la propia existencia de éste. La propia "paz social" podría constituir un bien jurídico-penal.

2. La definición de bien jurídico propuesta implica que la identificación del contenido del mismo en una determinada norma penal se ha de hacer a través del análisis riguroso del tipo. Sólo el legislador penal puede determinar los objetos de protección penal y sólo a través de determinados medios formales. Desde este punto de vista ni siquiera las manifestaciones del mismo en el preámbulo o en las rúbricas de los diferentes títulos, capítulos y secciones, que constituyen sin duda valiosos elementos de

⁷³ AMELUNG destaca cómo muchas veces lo que se ataca - y por lo tanto lo que el Derecho penal defiende - es el adecuado funcionamiento de los "subsistemas" sociales, cuyo correcto desarrollo permite el normal desenvolvimiento social, si bien considera a su vez que ello no es abarcable por el concepto tradicional de bien jurídico (Ponencia, cit., p. 712). HASSEMER constata asimismo la tendencia a una tutela de "funciones", lo que a su juicio supone también un abandono del principio del bien jurídico ("Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e Diritto naturale", en *Dei delitti e delle pene*, I, 1984, p. 110; también en la ponencia presentada en el "Seminario sobre bien jurídico y reforma de la parte especial", sintetizada por GONZALEZ RUS, cit., p. 712, n. 4).

interpretación, son vinculantes a la hora de determinar el concreto objeto de protección⁷⁴; éste, si no se quiere tornar la definición de bien jurídico y concebir éste como mero objeto de programación o deseo, se ha de encontrar virtualmente protegido por la norma y ser, por lo tanto, deducido del análisis de los comportamientos típicos sancionados⁷⁵. Lo que protege el legislador penal es lo que ataca los comportamientos que tipifica⁷⁶.

Lo anteriormente expresado obsta para la consideración del bien jurídico como elemento de síntesis que coadyuva a la función de interpretación de la norma, puesto que precisamente es fruto de la interpretación de la misma⁷⁷. El

⁷⁴ En este sentido se manifiesta MARQUARDT, aunque con fundamentación distinta: "porque además de representar síntesis de bienes jurídicos dados, estos títulos no proporcionan, en muchos casos, una cabal comprensión del bien o los bienes jurídicos realmente tutelados" ("Valor y bien jurídico", cit., pp. 62 y s.).

⁷⁵ Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, "La omisión de socorro...", cit., p. 129.

⁷⁶ Esta última afirmación debe ser matizada. En los delitos de omisión y resultado el autor infringe su deber de garantía y no impide con ello la lesión del objeto de un bien jurídico. Al incumplir su rol lesiona una institución - entendida como forma social de relación jurídicamente reconocida -, lo que provoca que se le impute al menoscabo del bien jurídico. El sujeto lesiona la institución, pero el bien jurídico que protege la norma es diferente. De hecho la lesión de la institución sólo adquiere relevancia desde la perspectiva de este bien jurídico. Existen sin embargo otros supuestos - por ejemplo los delitos que consisten en la infracción de un deber especial - en los que la institución misma es el objeto inmediato de protección penal.

⁷⁷ En este sentido PAGLIARO, que afirma que "no es el bien jurídico, que es un resultado de la interpretación, sino la realidad social que constituye la razón de ser de la norma el elemento que debe presidir la exégesis de toda disposición penal" (PAGLIARO, "Bene giuridico...", cit., p. 394 y s., 400). En contra de dicha imposibilidad: RODRIGUEZ MOURULLO ("Derecho Penal...", cit., pp. 107 y s.), MIR PUIG ("Derecho penal...", cit., p. 141), MUNOZ CONDE (adiciones al "Tratado de Derecho penal" de H. H. JESCHECK, Barcelona, Bosch, 1.981, p. 216), OCTAVIO DE TOLEDO Y HUERTA TOCILDO ("Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito", Madrid, R. Castellano, 1.986, 28

contenido del bien jurídico-penal son una derivación del comportamiento descrito, de modo que es lógicamente inaceptable la conjunción de la realización de un comportamiento típico y la no lesión del bien jurídico-penal protegido por la norma. Lo que a veces se expresa sin embargo es la discordancia entre lo que se consigue realmente proteger con la tipificación de un comportamiento y el fin que se proponía el legislador, o entre aquello y un determinado objeto que se pretende bien jurídico de la norma en la que aquél se describe, o entre el objeto real de protección y un determinado concepto material de bien jurídico, inducido de otros bienes jurídico-penales. Por la razones que sean - paso del tiempo, errores de redacción, falta de precisión - el objeto cuya protección se pretende corresponde más al sentir social e incluso al sentir real del legislador que el bien jurídico objetivamente protegido por la norma. Con anterioridad o en sustitución del cambio legislativo, doctrina y jurisprudencia pueden realizar una labor de acomodación de los términos del tipo al fin socialmente aceptado que el legislador comparte, produciéndose así una transformación fáctica del bien jurídico efectivamente tutelado. El proceso descrito confirma dos cosas: que el bien jurídico-penal posibilita el juicio de legitimidad de la misma y que es el resultado de un proceso de interpretación.

Siganos los dos ejemplos que propone MIR PUIG⁷⁸:

ed., pp. 159 y s.), POLAINO NAVARRETE ("El bien jurídico...", cit., p. 315).

⁷⁸ "Derecho penal...", cit., p. 141.

a) La intervención quirúrgica curativa no daba lugar al tipo de lesiones no ya, como afirmaba MIR PUIG, porque no agrediera a la salud ni a la integridad física entendidas como "base de sus posibilidades de participación social" - concepto material de bien jurídico-penal - sino simplemente porque, ya se atiendiera a una interpretación técnica, ya a una social del lenguaje, no es una conducta de lesionar, golpear o maltratar (comportamiento típico del antiguo artículo 420). Con la regulación vigente el comportamiento descrito (intervención quirúrgica curativa) será, en multitud de supuestos, inequívocamente típico y lesivo del bien jurídico "integridad física", aunque no del bien jurídico "salud". Todo ello no revela sino una configuración defectuosa - desde el punto de vista de la ética social dominante - del bien jurídico a través de una estrecha regulación del consentimiento. Esta estrechez se intenta salvar a través de una interpretación sistemática⁷⁹ que implica un cambio en la descripción del bien jurídico: no sólo como un objeto sino en otros supuestos añadidos a los expresamente previstos en el artículo 428 del código penal como un derecho sobre un objeto. El comportamiento sería también atípico, aun sin recurrir al consentimiento, si se protegiera únicamente la salud (y por tanto la integridad física sólo cuando fuera portadora de salud, con lo que dejaría de ser objeto inmediato de protección penal).

b) El padre separado que traslada a su hijo a su domicilio sacándole del dominio de la madre (STS. 16.3.83) no lesiona la seguridad del hijo como bien, pero sí determinado tipo de seguridad que es en principio el bien jurídico-penal del artículo 484. Si se considera que ese tipo de seguridad se ha de ampliar a la que supone el dominio de hecho del padre, se debería modificar la redacción del tipo con la introducción de la salvedad indicada o bien con la interpretación del término "sustracción" en concordancia con el sentir social al que se quiere adecuar la norma.

3. Si se acepta nuestra definición, carece de sentido el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos⁸⁰.

⁷⁹ Vid., especialmente, la realizada por BAJO FERNANDEZ ("Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos contra las personas.", cit., pp. 153 y ss.).

⁸⁰ En relación con este principio, cfr.: RODRIGUEZ MOURULLO, "Derecho Penal...", cit., pp. 52 y s.; JÄGER, "Strafgesetzbuch und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten", Stuttgart (Ferdinand Enke), 1.957, pp. 6 y ss., 121 y ss.; MIR PUIG, "Derecho Penal...",

Que el tipo protege bienes jurídicos es una afirmación tautológica. Y también lo es que todo delito, toda infracción de la norma penal, lesiona un bien jurídico-penal⁸¹. No tiene sentido afirmar pues un principio de exclusiva protección de los objetos de protección, que lo son precisamente por el hecho de ser protegidos. Merece crítica, en este sentido, la mención del Borrador de Anteproyecto de Código Penal, que indica que "la pena presupone la lesión o la puesta en peligro de bienes jurídicos" (art.3). Desde la perspectiva aquí defendida, lo primero es obvio y lo segundo innecesario. Si bien es cierto que la pena presupone a veces la puesta en peligro de bienes jurídicos, lo es también que esos casos presupone también la lesión de otros bienes jurídicos.

cit., pp. 100 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, "Sobre el concepto de Derecho penal", Madrid (Universidad Complutense), 1.981, pp. 336 y ss.; POLAINO NAVARRETE, "El bien jurídico...", *cit.*, p. 357; ROXIN, "Sentido y límites...", *cit.*, pp. 23 y ss. Frente a la postura de GALLAS de considerarlo como un acto simplemente reprobable desde el punto de vista moral, sin bien jurídico alguno, indica ROXIN, sin embargo, que la tipificación del martirio de animales tendría como bien jurídico "el sentimiento de dolor de los animales" (p. 24, n. 20).

⁸¹ Vid., en este sentido, PAGLIARO, "Bene giuridico...", *cit.*, p. 393, n. 8. Tras advertir que el principio puede parecer tautológico (p. 59) añade OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO que dicha impresión es falsa, "pues lo que se pretende al proclamar el sometimiento del Derecho penal al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, no es simplemente redundar en la elemental afirmación de la que he partido. Tal afirmación deriva de la observación directa de las normas penales incriminadoras, que revela cómo éstas nacen en consideración y con objeto de ofrecer tutela a ciertos intereses, denominados 'bienes jurídicos'. En cambio, al enunciar el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, se persigue algo más. Se intenta asignar una función o, mejor, unas funciones a la idea de 'bien jurídico' en relación con el ejercicio del poder punitivo estatal" ("Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", en ADPCP, 1.990, p. 7). Compartimos la necesidad de limitación del poder punitivo estatal; por las razones de funcionalidad y de coherencia con el uso del lenguaje expuestas en el texto discrepamos de que ello deba hacerse a través de la teoría del bien jurídico.

La explicación de la acogida de este principio se debe al sostenimiento previo de un concepto material deontológico de bien jurídico-penal. Su sentido último se dirige así a expresar que sólo determinados objetos pueden ser penalmente protegidos. El problema es que se busca dicho fin a través de recursos técnicos incorrectos y de la confusión de los planos del ser y del deber ser. No se expresa, como por ejemplo correctamente se podría hacer, como "principio de exclusiva protección de los valores firmemente compartidos" o "principio de exclusiva protección de los objetos acordes con un criterio democrático de organización política". Dichos enunciados son discutibles en cuanto a su contenido y susceptibles probablemente de sustitución algunos de sus términos por otros más precisos, pero no son refutables desde el punto de vista de su admisibilidad lógico-dogmática. El enunciado de referencia alude a un concepto de bien jurídico-penal contrario a las reglas del lenguaje, y, por lo tanto, técnicamente inadmisibles. Su aceptación implicaría, por ejemplo, la posibilidad de existencia de objetos de protección penal que no son bienes jurídico-penales.

4. Las anteriores afirmaciones vienen también a demostrar la neutralidad político-criminal del concepto de bien jurídico-penal. La propuesta de límites al ejercicio de la legislación penal sólo puede hacerse desde propuestas políticas⁸² y no desde instrumentos de análisis dogmático,

⁸² En este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO ("Función y límites...", *cit.*, pp. 8 y s.).

una de cuyas cualidades más apreciables, en cuanto elementos caracterizados formalmente, reside precisamente en su aplicabilidad a todo sistema de normas penales. La crítica y la limitación corresponden a una teoría de los objetos penalmente protegibles en coherencia con un determinado criterio de legitimidad y no a una teoría dogmática del bien jurídico⁸³.

La vigencia dogmática del concepto de bien jurídico durante la época nacionalsocialista en Alemania es claramente indicativa de lo afirmado anteriormente. Dicho concepto no sólo sobrevivió al mencionado período⁸⁴, gracias a su carácter formal en el que podían también confluír las valoraciones propias del citado régimen⁸⁵, sino que "desempeñó importantes

⁸³ "La legitimación de las normas penales sólo puede darse a partir de un modelo que determine la tarea del Derecho Penal" (W. HASSEMER, *recensión, cit.*, p. 154). COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON indican "que el reconocimiento del bien jurídico como concepto central de la dogmática penal implica, exclusivamente, la afirmación de que, en efecto, se concibe el ordenamiento jurídico como un sistema valorativo. Pero las garantías individuales no dependen sólo de que se reconozca que las normas jurídicas cumplen una función valorativa, sino que requieren, además, que las valoraciones contenidas en ellas sean correctas" ("Derecho Penal. Parte general.", Valencia - Tirant lo Blanch -, 1.990 - 3ª -, p. 263).

⁸⁴ Cfr. el amplio estudio de P. SINA en "Die Dogmen-geschichte des strafrechtlichen Begriffs 'Rechtsgut'" (Basilea - Helbing & Lichtenhahn -, 1.962, pp. 70 y ss.). F. SCHAFFSTEIN excluye sin embargo ciertos delitos del presupuesto de la protección de bienes jurídicos, pero ello no es debido, en opinión de AMELUNG, a la permanencia en el nacionalsocialismo de un contenido político-criminal liberal de la idea, sino a un error en las premisas de su argumentación histórica acerca de la misma, al anudarla en su origen al racionalismo ("Rechtsgüterschutz...", *cit.*, pp. 253 y ss. y 267; en la p. 237 afirma que "la concepción de que el autor de la teoría de los bienes tuvo en cuenta sólo la protección de la esfera jurídica individual es simplemente falsa desde el punto de vista histórico. Tal fallo tuvo que conducir necesariamente a que SCHAFFSTEIN desconociera completamente el arraigo espiritualista de BIRNBAUM en el 'positivismo moderado' de la época de la restauración").

⁸⁵ Vid. AMELUNG, "Rechtsgüterschutz...", *cit.*, pp. 257 y 260; SINA, *op. cit.*, pp. 84 y ss.

funciones dogmáticas⁸⁶. El concepto de bien jurídico no podía ser contradictorio con la doctrina nacionalsocialista sencillamente porque no tenía ni tiene ningún contenido más allá del meramente formal, que es el que le faculta para cumplir las funciones técnicas en todo tipo de ordenamientos.

Otro campo es el que el concepto de bien jurídico demuestra su ineludible incapacidad limitadora es el del Derecho penal sexual⁸⁷. El intento de H. JÄGER en esta línea parte de un concepto material deontológico, de una teoría de los objetos protegibles, que le lleva a afirmar que la moral sexual no es un bien jurídico, pues no es una realidad empírica, objetiva y aferrable⁸⁸. Como ya se ha afirmado, lo correcto sería poner de manifiesto, en su caso, que el bien jurídico "moral sexual" no debería ser un bien jurídico-penal, que no es un objeto penalmente protegible desde el punto de vista de un determinado criterio de legitimidad.

5. Si es la descripción típica el material que nos va a permitir conocer el objeto concreto de protección penal, una correcta descripción del mismo requerirá, en los supuestos de objetos parcialmente lesionables, y aún en perjuicio de un mayor pero inútil carácter de síntesis, la precisión de sus dimensiones⁸⁹. Ejemplos de bienes parcialmente lesionables son la seguridad (delitos de peligro) y la integridad física y la salud (delitos de lesiones).

⁸⁶ "...en la medida en que el principio de que específicos tipos penales surgen para la protección de específicos valores no se había abandonado(...); en la medida en que se necesitaba una medida para diferenciar entre la lesión del deber a través del asesinato y del robo" (AMELUNG, "Rechtsgüterschutz...", *cit.*, p. 267).

⁸⁷ En este sentido se manifiesta AMELUNG, "Rechts-güterschutz...", *cit.*, pp. 300 y ss.

⁸⁸ *Op. cit.*, pp. 17, 38 y s.

⁸⁹ Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, "La omisión de socorro...", *cit.*, pp. 137 y s.; MIR PUIG, "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*", en AA. VV., Estudios Penales y Criminológicos, XIV, 1.991, pp. 213 y s.

6. La naturaleza abstracta del bien jurídico (a) ha dado lugar a la diferenciación terminológica entre bien jurídico y objeto del bien jurídico (b).

a) Dado que la descripción del comportamiento va a ser necesariamente abstracta⁸⁰, puesto que "la ley tiene la misión de aprehender, de manera abarcable, una enorme pluralidad de acontecimientos de la vida distintos y sumamente complejos en sí, de describirlos y de ordenarlos de tal forma que los hechos que puedan ser considerados 'iguales' desencadenen la misma consecuencia jurídica"⁸¹, la naturaleza del objeto de protección va a ser igualmente abstracta. La definición del mismo consiste así en una serie de atributos identificables posteriormente en una multiplicidad de concretos y va a comprender por lo tanto el conjunto de éstos⁸². Cada elemento queda así mencionado en

⁸⁰ Y no, curiosamente, "típica", pues mientras que "un concepto (abstracto) se define, es decir, se limita de modo preciso mediante la indicación (exhaustiva) de sus características (necesarias siempre)" un tipo (abierto) (...) sólo puede ser descrito mediante la mostración (...) de sus rasgos individuales"; mientras que "lo que cae bajo el concepto aparece como algo igual a él", en el tipo "no se 'subsume' el fenómeno individual, sino que se 'coordina' a él, cuando se demuestra que es un fenómeno que 'corresponde' (más o menos) al tipo" (K. LARENZ, "Metodología de la Ciencia del Derecho", Barcelona, Ariel, 1.966, p. 354). Lo que pasa es que el legislador transforma por razones de seguridad jurídica los tipos abiertos en cerrados, como sucede en el Derecho Penal, alejándose así del pensamiento tipológico (LARENZ, "Metodología...", cit., p. 355).

⁸¹ LARENZ, "Metodología de la Ciencia del Derecho", Barcelona - Ariel -, 1.960 - 2ª - p. 441.

⁸² "Los términos técnicos que se introducen en el lenguaje legal no son sino palabras para expresar en forma abreviada conjuntos (...) de entidades de la ontología que crea el uso de ese lenguaje" (J. R. CAPELLA, "El Derecho como lenguaje", Barcelona, Ariel, 1.968, p. 271).

la definición³³. A su vez el titular del bien jurídico-penal va a quedar consecuentemente determinado por unos caracteres abstractos.

Un concreto comportamiento típico lesiona uno de los elementos del conjunto a que se refiere un bien jurídico-penal determinado. Se caracteriza por reunir todas las características que son propias del concepto abstracto definido - componente por lo tanto del General que aquel designa - y además por otras propiedades de las que a estos efectos se prescinde. El titular de dicha concreción del determinado bien jurídico-penal es a su vez concreto: posee las características generales que le hacen pertenecer al grupo genérico de los titulares de dicho bien jurídico-penal y además otras diferenciadoras que remarcan su individualidad³⁴.

Cuando decimos que el objeto de protección de un tipo penal ha sido lesionado, nos referimos a la lesión de uno de los elementos del conjunto que dicho objeto abarca en su definición y, por lo tanto, a una simultánea lesión de la integridad del conjunto, que de una manera más precisa podemos denominar "menoscabo". Así, por ejemplo, un concreto comportamiento humano lesiona la vida de una concreta persona y también lesiona, o mejor menoscaba, la vida en general en cuanto conjunto de vidas individuales. La puesta

³³ Sobre la técnica general de definición de los términos sistemáticos vid. CAPELLA, "El Derecho...", cit., pp. 270 y ss.

³⁴ Vid. en relación con el pensamiento abstracto LARENZ, "Metodología..." (2ª ed.), cit., pp. 440 y ss.

en peligro del objeto del bien jurídico-penal equivale así a la puesta en peligro de menoscabo del bien jurídico²⁵.

b) En la doctrina alemana propone E. SCHMIDHAUSER una diferenciación entre bien jurídico (*Rechtsgut*) y objeto del bien jurídico (*Rechtsgutobjekt*). A su juicio se ha de entender por objeto del bien jurídico el concreto y particular objeto al que se anuda la pretensión de respeto que parte, en general, del estado de cosas vivido por la generalidad como valioso. Objetos del bien jurídico en el marco de los delitos contra la vida y la integridad física serían el hombre concreto, su vida y su salud; en el delito de evasión de presos, la privación de libertad del concreto individuo²⁶. Tres razones mueven a POLAINO NAVARRETE a manifestarse en contra de la citada diferenciación: no ofrecería consecuencia dogmática relevante alguna; no sería apreciable en todos los tipos legales - especialmente en los numerosos casos en los que se tutelaban valores de naturaleza ideal, espiritual, ética, social, supraindividual... -; la distinción entre lesión y menoscabo a que conduce sería cuando menos supérflua²⁷.

²⁵ SCHMIDHAUSER ("Strafrecht...", *cit.*, p. 87, pfo. 37) considera que el bien jurídico, a diferencia del objeto del bien jurídico, no puede ser puesto en peligro sino con movimientos intelectuales en contra de su vigencia (por ejemplo en el caso de la vida del *nasciturus*). Creemos que, en este sentido, habría que distinguir la vigencia del bien jurídico en cuanto valor - vigencia jurídica, vigencia en la ética civil, etc. - de la integridad de la situación, relación o estado de cosas positivamente valorado, cuya puesta en peligro, menoscabo o lesión se produce simultáneamente con la puesta en peligro o lesión del objeto del bien jurídico.

²⁶ "Strafrecht...", *cit.*, p. 85; nm. 29.

²⁷ "El bien jurídico...", *cit.*, p. 235.

Desde nuestro punto de vista la denominación que propone SCHMIDHAUSER no sólo es útil desde el punto de vista dogmático sino que, además, es coherente con el lenguaje de uso habitual y, desde la perspectiva lógico-jurídica, apreciable en todos los tipos legales. La diferenciación terminológica, en primer lugar, nos permite diferenciar cómo, si bien el fin del legislador se centra necesariamente en la protección del conjunto de los objetos, dicho fin se concreta consecuentemente en cada uno de ellos: el fin del Derecho penal no es una abstracción ni la vigencia íntegra de un concepto, sino circunstancias, prohibiciones o prestaciones que afectan directamente al individuo.

Por citar algunos ejemplos de funcionalidad de la diferenciación propuesta: pons de manifiesto cómo el objeto del bien jurídico-penal es susceptible de eliminación, mientras que el bien jurídico-penal lo es sólo de menoscabo; explica con claridad por qué un comportamiento único que lesiona un único bien jurídico-penal puede ser calificado de pluridelictivo por lesionar varios objetos del bien jurídico-penal; dota de un esquema claro para rebatir la teoría de la insignificancia del número de objetos del bien jurídico-penal lesionados o cuya lesión se quería evitar a los efectos de comparación de males en el estado de necesidad; o para explicar el mecanismo dogmático que sirve de base al delito continuado - en determinadas circunstancias se finge que el objeto del bien jurídico-penal lesionado es único.

Desde la perspectiva lingüística, en segundo lugar, parece correcta la denominación de "objeto del bien jurídico-penal" a cada uno de los elementos concretos del conjunto que designa un determinado bien jurídico-penal. Si, como afirma LARENZ, el concepto abstracto-general es concepto genérico o designación de una clase de objetos⁸⁸,

⁸⁸ "Metodología..." (2ª ed.), cit., p. 440.

éstos serán por lo tanto objetos de dicha clase, de dicho bien jurídico-penal. Finalmente: si todo tipo legal es abstracto en la descripción del comportamiento y protege en consecuencia un bien abstracto, cada comportamiento lesiona en todo caso uno de los elementos del bien jurídico, sea éste individual o supraindividual⁹⁹.

II.1.6. CONCLUSIONES.

1. La controversia doctrinal en torno al concepto de bien jurídico proviene de la confusión de los planos ontológico y deontológico, por una parte, y material y formal, por otra.

2. Por razones de funcionalidad, de coherencia con el uso habitual del lenguaje y de conformidad con la utilización legal del concepto se debe reservar la expresión "bien jurídico-penal" para la denominación del objeto inmediato de protección de la norma penal. Se define así un concepto deontológico y formal.

3. La funcionalidad del concepto radica sobre todo en su capacidad de síntesis. La constatación sintética del objeto inmediato de protección es de gran importancia para el análisis de legitimidad de la norma, para la comprensión de la antijuridicidad material del comportamiento contrario

⁹⁹ El propio SCHMIDHAUSER considera que existen delitos en los que la distinción entre bien jurídico y objeto del bien jurídico no es posible, tales como la producción de un documento para el engaño en el tráfico jurídico (§ 287 StGB) ("Strafrecht...", cit., p. 85; nm. 29). La seguridad y veracidad del tráfico jurídico en general está compuesta sin embargo por la seguridad y veracidad que representa cada instrumento jurídico en cada operación jurídica.

a ella, para el estudio del fundamento de la relevancia del consentimiento, para el entendimiento del estado de necesidad, para la sistematización de los tipos penales, para la individualización del sujeto pasivo del delito y para la distinción entre fase preparatoria, formas imperfectas de ejecución y consumación. La aplicación de la definición propuesta a nuestro Código Penal provoca, además, consecuencias adecuadas para la apreciación del estado de necesidad y del delito continuado.

El concepto de bien jurídico-penal como fin del legislador carece de funcionalidad, por su amplitud y por el matiz subjetivo que aporta; el de "todo objeto de protección" enterpece el análisis de los delitos de peligro. Los conceptos materiales descriptivos carecen de la permanencia y universalidad exigibles a un instrumento dogmático; los deontológicos no respetan las reglas del uso habitual del lenguaje ni la utilización legal del término.

4. La asunción del concepto que proponemos implica algunas consecuencias. Todo tipo penal protege un bien jurídico, aunque un mismo bien jurídico pueda ser protegido por diferentes tipos penales que diferencien modalidades de ataque a dicho bien. Carece, por lo tanto, de sentido, por tautológico, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Dada su neutralidad político-criminal carece también de sentido la pretendida utilización del bien jurídico como límite de la labor legislativa.

La identificación del contenido de un determinado bien jurídico es fruto de la interpretación y, por lo tanto, no puede ser instrumento de ella. Dicha identificación implica no sólo la determinación de sus características, sino también la precisión de sus dimensiones.

La naturaleza abstracta del bien jurídico da lugar a una diferenciación terminológica entre bien jurídico y objeto del bien jurídico.

II.2. La seguridad e higiene en el trabajo en el Código Penal.

II.2.1. EL ARTICULO 427 Y LA SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO.

1. *Los bienes juridico-penales del artículo 427 son la salud y la integridad física de los trabajadores.* Así se deduce tanto de una interpretación gramatical del precepto, que hace expresa referencia al resultado de "quebranto apreciable en la salud o en la integridad física de los trabajadores", como de su ubicación en el capítulo del Código Penal dedicado a las lesiones¹. Esta deducción no merecería mayor comentario si no fuera por una minoritaria opinión doctrinal que quiso ver el objeto inmediato de protección del artículo en la seguridad e higiene en el trabajo². Estaríamos, conforme a esta tesis, ante un delito doloso de infracción de la normativa laboral de seguridad e higiene, constituyendo el quebranto apreciable de la salud o la integridad física una simple condición objetiva de

¹ Precisamente uno de los motivos que fundamentaron la reforma del antiguo artículo 423, del que procede el vigente 427, fue "su falta de encaje sistemático en el grupo de las lesiones" (base octava de la Ley de 23.12.61), de donde se deduce que la voluntad del legislador al redactar el nuevo tipo y mantenerlo en el mismo capítulo fue dar vigencia a un tipo de lesiones.

² Para BERISTAIN IPINA éste es la incolumidad pública y la salud y la integridad corporal de los obreros ("Observaciones acerca de las lesiones en el derecho penal español y comparado", cit., 1971, pp. 231 y ss.); para DIEGO SANTOS, la seguridad e higiene en el trabajo, si bien posteriormente afirmará que el bien jurídico protegido es "el interés social en la protección del obrero como consecuencia de los accidentes de trabajo que pueda sufrir" ("Las lesiones laborales del artículo 427 del Código Penal", en CFC, 2, 1.977, p. 49).

punibilidad³. Esta posición, apoyada en la voluntad inicial del legislador de constituir un tipo descriptivo de los comportamientos lesivos de la seguridad e higiene en el trabajo - voluntad que no refleja posteriormente la ley⁴, perseguía salvar el precepto de las críticas que en relación con el principio de proporcionalidad provocaba su consideración como delito imprudente de lesiones⁵. En efecto: si se concibe el artículo 427 como un delito culposo⁶ resultaría que, en contra de lo previsto por el legislador en el artículo 565, ciertas lesiones culposas merecerían idéntica pena que las lesiones dolosas y superior, por lo tanto, a las lesiones culposas que se produzcan de un modo diferente al descrito en el precepto que comentamos. Descartada la consideración de que un mayor

³ Vid. BERISTAIN IPIÑA, "Observaciones acerca de las lesiones...", *cit.*, p. 233; DIEGO SANTOS, *op. cit.*, p. 40.

⁴ La base décima de la Ley de 23.12.61 ordenaba: "Dar al artículo 423 una nueva formulación en la que se sancione a los que por infracciones graves de las leyes de trabajo ocasionen o puedan ocasionar quebranto apreciable de la salud de los obreros". ARROYO ZAPATERO destaca esta discordancia entre la voluntad inicial del legislador y la voluntad de la ley ("Manual...", *cit.*, p. 140). BERISTAIN IPIÑA, seguido en este punto por DIEGO SANTOS (*op. cit.*, p. 40), afirma que en la redacción de la Ley de Bases aparece con mayor claridad la naturaleza jurídica del delito como delito doloso de desobediencia o de "peligro - lesión, en el cual la lesión es una mera condición objetiva de punibilidad" ("Observaciones acerca de las lesiones...", *cit.*, p. 233). DIEGO SANTOS considera sin embargo acertada la supresión de la "perturbadora alusión a las infracciones que 'puedan ocasionar'" (*op. cit.*, p. 37).

⁵ Son las críticas de ANTON ONECA ("Notas críticas al Código Penal. Las lesiones.", en AA. VV., "Homenaje al P. Pereda", Bilbao (Universidad de Deusto), 1.965, p. 786) y QUINTANO RIPOLLES ("Curso de Derecho Penal", II, Madrid - Edersa -, 1.963, p. 96) las que provocan la construcción de BERISTAIN IPIÑA ("Observaciones acerca de las lesiones...", *cit.*, p. 232).

⁶ Como hacen ANTON ONECA ("Notas críticas...", p. 786) y QUINTANO RIPOLLES ("Curso...", II, *cit.*, p. 96).

desvalor de acción pueda tener un efecto agravatorio de este tipo, sólo la lesión dolosa de un bien jurídico diferente⁷ podría producir un cambio de perspectiva que supere el argumento de la desproporción⁸.

2. El trueque de bienes jurídicos pasa por el apartamiento del resultado lesivo para la salud y la integridad física del injusto típico a través de su concepción como simple condición objetiva de punibilidad. Este esquema de análisis choca sin embargo con dificultades dogmáticas y prácticas insalvables (a). No consigue, por otra parte, explicar la exclusión de la muerte de la descripción de la condición, ni la ubicación del precepto entre los delitos de lesiones (b). Ni siquiera el argumento de la pena proporcional entra en juego en apoyo de la teoría criticada (c).

a) El quebranto apreciable en la salud e integridad física de los trabajadores no puede constituir una condición objetiva de punibilidad propia⁹, puesto que éstas se

⁷ En este caso el argumento tampoco sería válido por la estrecha relación existente entre la seguridad de la salud y la integridad física y estos dos bienes.

⁸ Vid. BERISTAIN IPÍÑA, "Observaciones acerca de las lesiones...", cit., p. 234; DIEGO SANTOS, op. cit., pp. 41 y s. Las tesis expuestas coinciden parcialmente con la tesis de SCHWEIKERT. Considera este autor que en los delitos en los que aparece una circunstancia condicional ajena se configura en realidad un delito de peligro abstracto cuya punición se restringe a la concurrencia de aquélla ("Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten?", ZStW, 70, passim). Vid. el comentario de MAPELLI CAFFARENA a esta tesis en "Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad" (Madrid - Ministerio de Justicia -, 1.990, pp. 71 y ss.).

⁹ O, a nuestro juicio, con más precisión, simplemente una condición objetiva de punibilidad, pues las denominadas impropias no merecen

caracterizan por restringir la punibilidad de un hecho prohibido¹⁰ - por su capacidad para impedir la imposición de la pena que normalmente se impondría por la realización de una conducta típica, antijurídica y culpable¹¹ - y por su ajenezidad en relación con el mismo, lo que justifica que no sea preciso que sean abarcadas por el dolo del autor ni que hayan de ser imputables, al menos, a un comportamiento imprudente del mismo¹².

Su consideración como condición impropia se enfrenta, en primer lugar, a las objeciones que despiertan este tipo de condiciones desde la perspectiva del principio de culpabilidad¹³; objeciones que, paradójicamente, motivan la

tal calificativo. En este sentido, por ejemplo, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO Y HUERTA TOCILDO, ("Derecho Penal...", *cit.*, p. 393).

¹⁰ Cfr. JESCHECK, "Lehrbuch...", *cit.*, p. 501; MIR PUIG, "Derecho Penal...", *cit.*, p. 160. Por razones de proporcionalidad, según MAPELLI CAFFARENA (*op. cit.*, p. 22).

¹¹ Vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO Y HUERTA TOCILDO, "Derecho Penal...", *cit.*, pp. 390 y ss (en la concepción y denominación de los citados elementos de la teoría del delito en estos autores: típica, antijurídica y atribuible).

¹² Vid. ANTON ONECA, "Derecho Penal. Parte General", Madrid, 1.949, p. 233; CORDOBA RODA, notas al "Tratado de Derecho Penal" de R. Maurach, Barcelona (Ariel), 1.962, p. 297; CUELLO CALÓN, "Derecho Penal. Parte General", Barcelona (Bosch), 1980 (16ª ed.), p. 616; MIR PUIG, "Derecho Penal...", *cit.*, p. 161; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO Y HUERTA TOCILDO, "Derecho Penal...", *cit.*, p. 390; COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTON, "Derecho Penal. Parte general", *cit.*, p. 330.

¹³ Como destacan MIR PUIG ("Derecho Penal...", *cit.*, p. 161) y OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO Y HUERTA TOCILDO ("Derecho Penal...", *cit.*, p. 393). MAPELLI CAFFARENA indica que condiciones impropias son aquellas que "siendo irrelevantes para el principio de culpabilidad, están verdaderamente fundamentando el contenido del desvalor ético-social del hecho" (*op. cit.*, p. 22). Considera este autor que "todas las condiciones objetivas de punibilidad lesionan el principio jurídico-penal de culpabilidad al no estar abarcadas por ésta, aunque esta lesión pueda estar a veces justificada cuando implique una reducción del ámbito punitivo" (p. 47). R. MAURACH y H. ZIFF exigen su desaparición del Código Penal ("Strafrecht. Allgemeiner Teil", 1, Heidelberg - C. F. Müller -, 1.967 - 7ª ed. -, p. 288, pfo.

interpretación que analizamos. Al hacer recaer los elementos subjetivos exclusivamente sobre la infracción de la normativa de seguridad y configurar el quebranto de la salud y la integridad física como condición objetiva de punibilidad lo que en definitiva se consigue es la creación de supuestos de responsabilidad objetiva en relación con la lesión de estos bienes jurídicos. Obsérvese que en este supuesto la comisión dolosa de una infracción, en principio administrativa, conduciría, por la entrada en juego de una condición ajena a la culpabilidad del autor, a la pena prevista para los delitos de lesiones dolosas¹⁴. El hecho prohibido consistiría, en segundo lugar, en la infracción grave de las leyes y reglamentos de seguridad e higiene y de trabajo, comportamiento cuya descripción típica, además de imprecisa, implicaría un serio riesgo de injustificada extensión de las fronteras de la intervención penal hacia ámbitos que deberían quedar reservados a la potestad sancionadora de la Administración. Los principios de legalidad y ultima ratio quedarían, pues, cuestionados. La condición, en tercer lugar, no sólo sería consecuencia del hecho típico, ligada causalmente a él por expresa dicción del precepto, y, por lo tanto, no externa al mismo, sino que, además, más allá de condicionar la punibilidad, extendería su función a determinar, según su concreta

13). Así ha sucedido con las que se incluían en los artículos 406, 424, 442 y 563.7 del Código Penal español. La misma tendencia se observa en el ordenamiento jurídico-penal alemán, como observan los autores últimamente citados.

¹⁴ Lo que con razón califica BAJO FERNANDEZ de barbaridad ("Derecho Penal económico...", *cit.*, p. 543).

naturaleza, la pena a imponer¹⁵, lo que supone una sospechosa coincidencia con la tarea propia del resultado de confundamentar el injusto del hecho y el marco de punibilidad.

b) Aun aceptando el entendimiento del resultado del artículo 427 como condición objetiva de punibilidad quedaría sin explicación el porqué de la exclusión de la conformación de ésta de la muerte del trabajador, evento más grave y más claramente revelador de la gravedad de la infracción normativa previa¹⁶, y el porqué de la ubicación de este artículo en el capítulo dedicado a las lesiones y no en un capítulo o sección acorde con el bien jurídico protegido.

c) Con la interpretación que se nos propone las infracciones graves de las normas de seguridad merecerían la misma pena que las lesiones de los artículos 420 y 421. Se desvalorarían igual por lo tanto los atentados graves contra cierta regularidad de comportamiento, por su carácter presuntamente peligroso, dado que el tipo no requeriría un resultado de puesta en peligro ni ningún otro, que los atentados contra la integridad física y la salud. La diversidad de bienes jurídicos, por otra parte, conduciría,

¹⁵ Como critican ARROYO ZAPATEIRO ("Manual..", *cit.*, pp. 144 y s.) y COBO DEL ROSAL y CARBONELL MATEU (COBO DEL ROSAL, VIVES ANTON, BOIX REIG, ORTS BERRIQUER, CARBONELL MATEU, "Derecho Penal. Parte especial", Valencia - Tirant lo Blanch -, 1.990 - 3ª -, p. 690).

¹⁶ Vid. RAJO FERNANDEZ, "Derecho Penal económico..", *cit.*, p. 543; RIVERA HERNANDEZ, "La protección penal de los derechos laborales reconocidos en la Constitución", Madrid (Instituto de Estudios Sociales), 1.980, p. 18; LLUIS Y NAVAS, "La responsabilidad laboral..", *cit.*, p. 301. DIEGO SANTOS admite la crítica, atribuyéndola a un despiate del legislador (*op. cit.*, p. 46).

en su caso, al concurso de delitos entre el del 427 y el correspondiente delito de lesiones. Con ello unas lesiones imprudentes ocasionadas por la dolosa infracción de la normativa de seguridad e higiene podrían merecer la pena de las correspondientes lesiones dolosas en grado máximo.

3. La conformación de la seguridad e higiene en el trabajo como bien jurídico-penal pasa por la sanción de los comportamientos que, de modo objetivamente previsible ex ante, provoquen una determinada situación en la que se constata un cierto nivel de riesgo injustificado para la vida, la integridad física y la salud de los trabajadores. Así lo hacen, por ejemplo, con mayor o menor precisión y extensión, el artículo 348 bis a) de nuestro Código Penal, los §§ 318 y 323 del Código Penal de la República Federal de Alemania¹⁷, el § 112.4 de la Ley suiza de Seguros de Accidentes (*Unfallversicherungsgesetz*, de 20.3.81)¹⁸ y el

¹⁷ El § 318.1 ("Daños a instalaciones importantes") dice: "El que destruya o dañe acueductos, presas, defensas, diques, muelles u otras obras hidráulicas, o puentes, pontones, vías o baluartes, o dispositivos al servicio de la actividad minera para la contención de aguas, para la ventilación o para la entrada o salida de trabajadores, y produzca a través de uno de estos comportamientos peligro para la vida o la salud de otro, será castigado con la pena privativa de libertad de tres meses a cinco años". El § 320.1 ("puesta en peligro en la construcción") dice: "El que infrinja las reglas generalmente reconocidas de la técnica de la planificación, dirección o ejecución de un edificio o en la demolición de una construcción y ponga con ello en peligro la integridad corporal o la vida de otro, será castigado con la pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa".

¹⁸ "El que como empresario contravenga los preceptos sobre prevención de accidentes y enfermedades profesionales dolosa o imprudentemente, o como trabajador contravenga estos preceptos dolosa o imprudentemente, y ponga con ello en serio peligro a otro, será castigado, si no existe un delito o falta que amenace con mayor pena en el Código Penal, con prisión de hasta seis meses o con multa".

220 de su Código Penal¹⁰. El artículo 427 sin embargo no castiga ni todas ni sólo las conductas que atentan contra determinado nivel de seguridad e higiene en el trabajo, puesto que la descripción del comportamiento típico no se realiza en función de sus consecuencias para éste sino en relación con la lesión la integridad física y la salud de los trabajadores²⁰. Aunque toda infracción del artículo 427 implique una lesión de la seguridad e higiene en el trabajo, graves atentados contra este bien que no provocan el anterior resultado quedan sin sancionar. Puesto que la integridad de la seguridad e higiene en el trabajo no se mide por la ausencia de lesión de la salud y de la integridad física de los trabajadores, no se trata aquí de la sanción penal de un comportamiento que provoca un determinado nivel de inseguridad y de falta de higiene, sino de la protección de aquellos bienes ante determinado tipo de ataques. No es, en conclusión, la seguridad e higiene en el trabajo el bien jurídico-penal del artículo 427, sino tan sólo un objeto de mediata y parcial protección del mismo²¹.

¹⁰ Se castiga con prisión y multa al que dolosamente deje de observar en la dirección o ejecución de una construcción o una demolición las reglas reconocidas de la construcción y ponga con ello en peligro conscientemente la vida y el cuerpo de otras personas. En el párrafo segundo se castiga también la comisión imprudente. El art. 230 castiga a su vez la destrucción, la inutilización, la puesta fuera de funcionamiento y la omisión antirreglamentaria de instalación de dispositivos destinados a la prevención de accidentes, cuando con ello se ponga en peligro la vida o la integridad corporal de otras personas.

²⁰ En este sentido, ARROYO ZAPATERO ("Manual...", cit., pp. 14 y s.).

²¹ Y no de "genérica", como afirma FERNANDEZ MARCOS ("La seguridad e higiene en el trabajo ante la reforma penal", en RPS, 140, 1.983, p. 8). GONZALEZ RODRIGUEZ considera, en relación con el antiguo 423, que los bienes jurídicos contemplados por el legislador son la salud de los obreros y la producción en general, mientras que "el objeto

4. Dado que el bien jurídico-penal protegido en el artículo 427 está a su vez protegido por los artículos 420 y 421; dado que, indudablemente tras la reforma, estos artículos comprenden también la forma específica de ataque al mismo que describe aquel precepto; y dado que éste, el artículo 427, impone la penalidad por remisión a aquellos, parece indudable la superfluidad de este artículo. Ni la función de advertencia de la inclusión de la infracción de la normativa de "seguridad e higiene y de trabajo" entre los medios consisivos de las lesiones²², ni esa misma función en

de ataque, que aquí coincide con el motivo de la acción, son las leyes de trabajo" ("Nuevo delito de infracción de leyes de trabajo", Madrid, 1.951, p. 75).

²² Función que, junto a la de superar las limitaciones que presentaban las modalidades típicas de los antiguos artículos 420 a 422, destacaba BAJO FERNANDEZ ("Derecho Penal económico...", cit., p. 541). ARROYO ZAPATERO criticaba la afirmación de la existencia de la citada función, puesto que "el problema de las lesiones dolosas poco tiene que ver con el de las lesiones y muerte en accidente de trabajo y con ello mal puede llamar la atención el 427 sobre unas conductas que nada tienen que ver con las que el citado precepto incrimina" ("Manual...", cit., p. 147). Desde el punto de vista del autor últimamente citado, con el que estamos de acuerdo, las lesiones en accidente de trabajo tienen mucho que ver con las lesiones producidas con dolo eventual ("La protección penal...", cit., pp. 220 y ss.); lo que sucede es que ARROYO ZAPATERO, en contra de la doctrina dominante (cfr. GIMBERNAT ORDEIG, "Acerca del dolo eventual", en "Estudios de Derecho Penal", Madrid - Tecnos -, 1.990 - 3ª ed. -, p. 467; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON, "Derecho Penal. Parte general", cit., p. 420; CEREZO MIR, "Curso de Derecho Penal español", Madrid - Tecnos -, 1.985 - 3ª ed. -, pp. 285 y ss.), considera que "las conductas doloso-eventuales se castigan como dolosas - además de en algunos delitos que admiten exclusivamente la comisión dolosa - solamente en aquellos supuestos en que se considera que el tipo las incrimina específicamente" ("Manual...", cit., p. 149). Por otra parte la descripción típica del artículo 427 debería servir también para castigar el tipo imprudente, con lo que la llamada de atención se produciría precisamente sobre la inclusión de los comportamientos imprudentes infractores de la normativa de seguridad e higiene en el trabajo que ocasionan lesiones entre los comportamientos de lesiones imprudentes siempre que exista imprudencia en relación a la infracción de la normativa o con la lesión de la salud o integridad física de los trabajadores. El condicional que utilizamos en la anterior afirmación se debe a que como destacan RODRIGUEZ MOURULLO ("Derecho Penal...", cit., p. 315) y ARROYO ZAPATERO ("La protección penal...", cit., p. 123) la

relación con la inclusión de los supuestos de dolo eventual en el tipo²³ justifican por sí solas la presencia en el Código Penal del 427; máxime si tenemos en cuenta que ambas inclusiones no parecen ofrecer excesivas dudas²⁴.

La supresión del artículo 427 fue propuesta por el Gobierno en el proyecto de ley orgánica que dio lugar a la actualización del Código Penal de junio de 1.989²⁵. Se justificó su mantenimiento en el Pleno del Congreso con afirmaciones que no se corresponden con la realidad²⁶: que

jurisprudencia ha convertido la figura legal de los delitos imprudentes en tipos prohibitivos de causar, con lo supone la eliminación de las limitaciones típicas a las que nos referíamos. Desde la tesis de la inclusión de los comportamientos con dolo eventual en los tipos dolosos y desde la crítica a la posición jurisprudencial recién indicada tiene pleno sentido la postura de **BAJO FERNANDEZ**.

- ²³ **ARROYO ZAPATERO** no considera exactamente que la función de advertencia se refiera a la inclusión de los comportamientos con dolo eventual en él, puesto que a su juicio el supuesto de hecho típico comprende exclusivamente dichos comportamientos ("Manual...", *cit.*, pp. 149 y ss.), sino al "problema de las responsabilidades penales en los accidentes de trabajo" (p. 150). Con independencia de que sea cierto que la especial necesidad de protección en este campo nace de la finalidad lucrativa del sujeto activo y que, por lo tanto, son absolutamente excepcionales las lesiones con dolo directo a través de la infracción de la normativa de seguridad e higiene en el trabajo, no por ello ha de excluirse del tipo del 427.
- ²⁴ **RODRIGUEZ MUÑOZ** (notas al "Tratado de Derecho Penal", t. II, de E. Mezger, Madrid - Edersa - 1.957 - 3ª ed. -, pp. 181 y s.), **FERRER SAMA** ("Comentarios al Código Penal", t. I, Murcia - Sucesores de Noguera -, 1.946, pp. 33 y s.) y **RODRIGUEZ DEVESA** ("Derecho Penal español. Parte general.", Madrid - Dykinson -, 1.990 - 13ª ed. -, pp. 470 y s.), sin embargo, propugnaban que los supuestos de dolo eventual seguían el régimen correspondiente a la imprudencia temeraria. Cfr. la crítica de **GIMBERNAT ORDEIG**, "Acerca del dolo eventual", *cit.*, pp. 259 y s.
- ²⁵ **BOCG**, Congreso de los Diputados, serie A (Proyectos de Ley), nº 100-1 (27.10.88), p. 8. La PANCP de 1983 no incluye un precepto similar al actual 427 y sí un precepto cuyo bien jurídico-penal es la seguridad e higiene en el trabajo (art. 290).
- ²⁶ Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, III leg., nº 179 - 16.3.89 -, p. 10.399.

"es el único artículo (...) que se refiere a unos supuestos (...) de especial relevancia es estos momentos"²⁷, que los jueces "lo han aplicado algo más de lo que parece"²⁸ y que es un artículo que "no hace daño a nadie"²⁹. En todo caso, decidido su mantenimiento, se desaprovechó la oportunidad de una corrección técnica de sus defectos más groseros, como la alusión a la normativa de trabajo y la presencia de un doble resultado³⁰. Las normas cuya infracción puede ocasionar lesiones de la salud y de la integridad física de los trabajadores son, por definición, normas de seguridad e higiene, con independencia del nombre que se de a la norma en la que se ubican. Por otra parte, la alusión al resultado de los artículos 420 y 421 y la descripción de un segundo resultado ("quebranto apreciable en la salud o en la integridad física de los trabajadores") han obligado a la

²⁷ Cfr. el art. 348 bis a) CP.

²⁸ En contra: ARROYO ZAPATERO ("Manual...", *cit.*, p. 140), BAJO FERNANDEZ ("Manual...", I, *cit.*, p. 186), FERNANDEZ MARCOS ("La seguridad e higiene en el trabajo ante la reforma...", *cit.*, p. 11), PIENDAS DIAZ, ("Responsabilidades en materia...", *cit.*, p. 43), RIVERA HERNANDEZ (*op. cit.*, p. 18). Sólo nos es conocida una sentencia del Tribunal Supremo (STS 13.5.69; CL 1.040). Ni siquiera para la construcción del tipo imprudente de lesiones derivadas de accidente de trabajo se remiten a este precepto; lo hacen a los artículos 420 y 421.

²⁹ Tanto desde el punto de vista sistemático como desde el preventivo es dañoso todo precepto penal supérfluo.

³⁰ Defectos que, entre otros, corregía el artículo 176 del Proyecto de Código Penal de 1.980, que establecía: "Cuando la muerte o las lesiones graves fueran causadas por impericia o negligencia profesional, o por infracción grave o reiterada de las normas de higiene y seguridad en el trabajo, los Tribunales impondrán las penas previstas en el artículo anterior para los supuestos de imprudencia grave, sin que puedan bajar de la mitad de su máximo".

jurisprudencia y a la doctrina a una interpretación de ambos en un mismo sentido³¹.

II.2.1. EL ARTICULO 499 BIS Y LA SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO.

1. No pocas dificultades se han de enfrentar para determinar si la seguridad e higiene en el trabajo es uno de los bienes jurídico-penales que protege el artículo 499 bis. La deficiente técnica de construcción de los diferentes tipos del precepto provoca una desmesurada difusión del área de intervención penal y una esfumación de los contornos de la misma. Por una parte, comprende demasiados comportamientos³²; por otra, algunos de ellos parecen subsumibles en más de una de sus descripciones típicas³³. So pena de renunciar a su legitimidad democrática el intérprete se ve forzado a reconducirlo a términos conformes con los principios fundamentales intervención mínima y de seguridad jurídica.

³¹ Vid. STS. 13.5.89 (CL 1.040); ARROYO ZAPATERO, "Manual...", *cit.*, p. 151; DIEGO SANTOS, *op. cit.*, p. 46.

³² La supresión o restricción "de cualquier forma maliciosa" (pfo. 1^ª, apartados 1^º y 2^º) de las condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores por disposiciones legales comprende, en principio, gran parte de los comportamientos que sanciona y debe sancionar exclusivamente el Derecho Administrativo sancionador.

³³ La imposición maliciosa a los trabajadores de condiciones laborales "que perjudiquen los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales" (pfo. 1^ª, apdo. 1^º) y la restricción maliciosa de las "condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores por disposiciones legales" (pfo. 1^ª, apdo. 2^º) parecen, salvo interpretación correctora, comportamientos al menos parcialmente coincidentes. En este sentido: ARROYO ZAPATERO ("Manual...", *cit.*, p. 37) y GARCIA MURCIA ("Delitos contra la libertad y la seguridad en el trabajo y su aplicación jurisprudencial", en REDT, 8, 1.981, p. 465).

2. De los cuatro apartados que incluye el primer párrafo del artículo nos interesan aquí tan sólo los dos primeros, puesto que los atentados contra la seguridad e higiene en el trabajo no son en ningún caso supuestos de tráfico ilegal de mano de obra ni de migraciones laborales fraudulentas (apdo. 3^a), ni por otra parte constituye la seguridad e higiene en el trabajo uno de los derechos lesionables a través de una crisis de empresa (apdo. 4^a).

A) El 499 bis 1^o.1^o y la seguridad e higiene en el trabajo.

1. El objeto inmediato de protección de este precepto es la *indisponibilidad contractual in peius de los derechos de los trabajadores reconocidos "por disposiciones legales o por convenios colectivos sindicales"*. El legislador ha considerado necesario reforzar los mecanismos de protección contractual³⁴ y administrativa³⁵ de que goza este bien. Esta determinación material del bien jurídico-penal del 499 bis 1^o.1 responde al momento contractual que sugiere el verbo típico "imponer"³⁶ y explica que no se exija para la consumación del delito la existencia de un efectivo

³⁴ Vid. el art. 3.5 ET.

³⁵ Vid. los arts. 7.5, 7.9 y 8.12 LISOS.

³⁶ La doctrina ampliamente dominante entiende que el diferente momento consumativo dentro del *Mar* contractual es el principal rasgo delimitador entre el primer y segundo apartado del primer párrafo del 499 bis (ARROYO ZAPATERO, "Manual...", *cit.*, p. 37; BAJO FERNANDEZ y DIAZ-MAROTO y VILLAREJO, "Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil", t. III, Madrid - CEURA -, 1.991 - 2^a ed. -, p. 180, nm. 67; CUELLO CALÓN, "Derecho Penal...", *cit.*, p. 826; MORALES PRATS Y JOVE JANE, "La protección penal del trabajo ante el debate legislativo", en Revista Técnico-Laboral, 6, 1.980, p. 10).

perjuicio individual o colectivo más allá del que en sí supone la propia imposición³⁷. Manifiesta además con claridad cuál es el principal rasgo delimitador entre los dos primeros apartados de párrafo primero del artículo, sirviendo así de justificación de la existencia diferenciada de ambos³⁸. Exige, por otra parte, la solución concursal cuando, a partir del contrato ilegal, se produce un perjuicio económico o de otro tipo³⁹, o cuando para la propia imposición se utilizan medios no contemplados en el tipo y que dañan otros bienes jurídico-penales⁴⁰. Puede explicar, finalmente, que, a diferencia de lo que sucede en el segundo apartado, el tipo del primero mencione los convenios colectivos⁴¹. En aquel apartado el bien jurídico-penal estará constituido por determinados derechos, por lo que su protección penal, en un sabio afán de adquirir carácter mínimo y uniforme, exige tan sólo la referencia a instrumentos de regulación general.

2. La indisponibilidad contractual *in peius* de los derechos de los trabajadores reconocidos por disposiciones

³⁷ Se conforma el precepto con el denominado "perjuicio jurídico". De acuerdo con esta interpretación del resultado típico: BAJO FERNANDEZ y DIAZ-MAROTO, "Manual...", cit., p. 178, nm. 54 y ss.; en el debate parlamentario: HERRERO TEJEDOR, BOCE, apéndice, n.º 243, Diario de sesiones de las comisiones, Comisión de Justicia, p. 30.

³⁸ En contra de la formulación de estos comportamientos en dos supuestos diferenciados, ARROYO ZAPATERO ("Manual...", cit., p. 37).

³⁹ Con lo que la citada solución se aplicaría también al supuesto en que se dé uno de los perjuicios descritos en el 499 bis 1.º 2.º.

⁴⁰ A favor de la solución concursal, BAJO FERNANDEZ y DIAZ-MAROTO ("Manual...", t. III, cit., p. 174, nm. 25 y s., p. 179, nm. 58).

⁴¹ Lo que para HIJAS PALACIOS es inexplicable ("La protección penal del Derecho de los trabajadores", en La Ley, 1.617 - 2.187 -, p. 5).

legales y por convenios colectivos constituye un interés del trabajador "considerado como parte del contrato de trabajo" y "como miembro de una clase social o sector de la comunidad con una situación concreta en el mercado de trabajo"⁴² y también un interés del Estado⁴³.

Como se deducirá de la caracterización del bien jurídico y a pesar de la rúbrica que titula el artículo ("Delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo"), no puede ser la libertad, opuesta precisamente a la indisponibilidad, el objeto inmediato de protección de esta norma. Como con acierto ha señalado ARROYO ZAPATERO, "la 'libertad' del trabajador carece aquí de papel relevante alguno (...). La libertad del trabajador existe jurídicamente tan sólo por encima de ese mínimo legal y es justamente a partir de ese mínimo donde se abstiene de

⁴² Así caracterizan BAJO FERNANDEZ y DIAZ-MAROTO el bien jurídico del artículo 499 bis ("Manual...", t. III, cft., pp. 172 y s., nm. 14 y s.).

⁴³ ARROYO ZAPATERO señala que el bien jurídico del 499 bis es "el interés del Estado en que se respeten las condiciones mínimas de vida profesional de los trabajadores por cuenta ajena". Aunque dicho interés es evidentemente objeto de protección de la norma, al igual que, como después veremos, sucede con la confianza en la vigencia de la misma, al ser un rasgo común de toda norma penal no constituye una caracterización idónea del bien jurídico-penal, cuya funcionalidad radica precisamente en su capacidad para sintetizar el específico objeto inmediato de protección del tipo. El bien jurídico-penal no sería el interés del Estado sino el objeto de dicho interés: las condiciones mínimas mismas, que por cierto tampoco pueden constituir objeto inmediato de protección del 499.1º,1º, pues este precepto no exige su efectiva lesión sino su disposición contractual negativa. Como afirma TIEDEMANN, "el interés estatal en el orden está siempre mediatamente como bien de protección detrás de los intereses inmediatos de protección externa de bienes jurídicos de terceros" ("Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?", en AA. VV., "Verhandlungen des neunundvierzigsten Deutschen Juristentages", München (Beck), 1972, p. C57).

intervenir el artículo 499 bis⁴⁴. La "seguridad en el trabajo" es, por otra parte, una expresión demasiado ambigua para denominar el bien jurídico-penal del 499 bis 1^a.⁴⁵ El propio Código Penal la utiliza con un contenido evidentemente diferente en el artículo 348 bis a). En su acepción de seguridad jurídica respecto a la relación laboral tampoco ofrece ventajas en comparación con la posición aquí adoptada. Si por *seguridad jurídica* se entiende, en sentido amplio, la seguridad que el Derecho aporta en relación con la implantación y realización de un determinado modelo de organización social⁴⁶, cada acto antijurídico es la expresión de la quiebra de dicha seguridad⁴⁷, con lo que la consideración de la misma como bien jurídico-penal del precepto de referencia, sin ser incorrecta, no aporta la especificidad mínima que requerimos al concepto. Si por *seguridad jurídica* entendemos la previsibilidad de determinadas consecuencias jurídicas ante concretos comportamientos⁴⁸, es obvio que la conducta típica del 499 bis 1^a lesiona la expectativa fundamentada en el orden jurídico de que el contrato de trabajo lleve aparejado

⁴⁴ "Manual...", *cit.*, p. 24.

⁴⁵ Como destacan BAJO FERNANDEZ y DIAZ-MAROTO ("Manual...", t. III, *cit.*, p. 173, nm. 19).

⁴⁶ En relación con este concepto de seguridad jurídica, cfr. DIAZ GARCIA, "Sociología y Filosofía del Derecho", Madrid (Taurus), 1980 (2^a), pp. 39 y s.

⁴⁷ De hecho JAKOBS considera que el bien del Derecho Penal consiste en "la resistencia a la frustración de las esenciales expectativas normativas" ("die Enttäuschungsfestigkeit der wesentlichen normativen Erwartungen") ("Strafrecht...", *cit.*, pp. 35, nm. 2).

⁴⁸ Cfr. DIAZ GARCIA, "Sociología...", *cit.*, pp. 40 y s.

un determinado contenido mínimo. Es, pues, la seguridad jurídica lo que aquí se protege, pero no toda seguridad jurídica ni cualquier seguridad jurídica, sino en concreto la seguridad de que no se va a disponer negativamente de determinados derechos de los trabajadores⁴⁹. Si, finalmente, por seguridad en el trabajo se entiende la ausencia de peligro para que se den las condiciones de trabajo reconocidas por las disposiciones legales⁵⁰, parece correcto afirmar que el 499 bis 1^a.1^a protege dicha seguridad, puesto que los ataques a la indisponibilidad contractual *in peius* de dichas condiciones implica una puesta en peligro de las mismas. Lo que sucede es que la delimitación del bien jurídico que aquí se propone es más precisa, puesto que el precepto no protege todo tipo de seguridad de las condiciones de trabajo, que se pueden poner en peligro de muy diversos modos, sino tan sólo la que aporta la mencionada indisponibilidad.

Toda norma penal protege el mantenimiento de determinadas expectativas normativas. En ese sentido es la seguridad jurídica, *latu sensu*, objeto de protección por parte del Derecho Penal⁵¹. Una caracterización de este tipo del bien del Derecho Penal y del bien jurídico-penal de cada norma no ofrece sin embargo ninguna ganancia funcional para la construcción de una teoría crítica o sistemática del Derecho Penal con base en lo real y específicamente

⁴⁹ Que sería la faceta del "cumplimiento de la legislación laboral" (STS. 18.5.91, Ar. 2.235) que protege el 499 bis 1^a.1^a.

⁵⁰ En este sentido afirmó HERRERO TEJEDOR en el debate parlamentario que "lo que el legislador intenta proteger aquí (...) es la estabilidad y la seguridad de las condiciones de trabajo pactadas en la forma que establece la legislación" (BOCE, apéndice, n^o 249, Diario de sesiones de las comisiones, Comisión de Justicia, p. 29).

⁵¹ *Vid. supra* n. 47 *et infra* IV.2.3.B.3.

protegido por el mismo⁵². El logro de dicho fin requiere un concepto de bien jurídico-penal que nos lleve a la precisión del conjunto de objetos específicamente valorados por el legislador y en torno a los cuales se generan y estructuran las relaciones de regulación que a su vez se estiman valiosas. El mantenimiento y la afirmación de las mismas es lo que el Derecho Penal protege cuando protege aquellos bienes concretos. Con otras palabras: aunque toda norma penal proteja el mantenimiento de una determinada expectativa jurídica y se pueda afirmar, en este sentido, que la seguridad jurídica es el bien jurídico-penal de toda norma, tiene esta afirmación una dudosa utilidad si no se precisa el tipo de seguridad al que se refiere, si no se precisa el contenido del concreto y específico objeto de protección. Se ha de indagar por ello el objeto directo sobre el que se proyecta dicho sentimiento de seguridad. En nuestro caso, el del 499 bis 1^a.1, el legislador quiere proteger un presupuesto para la indemnidad de determinados derechos anudados a cierta situación. La seguridad jurídica que preserva toda norma recae precisamente sobre cierto mecanismo de seguridad de ciertos derechos. Estos derechos no pueden constituir el bien jurídico-penal de la norma de referencia, pues, de hecho, el tipo de ésta sólo pretende preservar su indisponibilidad, sin exigir como resultado su efectiva lesión⁵³.

3. La imposición contractual de condiciones de seguridad e higiene inferiores al nivel marcado por la normativa estatal y colectiva puede suponer una puesta en peligro de la seguridad e higiene en el trabajo, pero no es una lesión efectiva de este bien jurídico, que, como ya sabemos, requiere una efectiva puesta en peligro para la vida, la integridad física o la salud de los trabajadores. Aunque si lo sea su indisponibilidad contractual *in peius* no

⁵² Vid. *supra* II.1.3.2.

⁵³ SAINZ CANTERO entiende que la seguridad en el trabajo ha de entenderse como una situación de protección y amparo del trabajador en su *status* profesional ("En torno a los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo", Murcia - Ministerio de Trabajo -, 1.972, p. 11).

es, en conclusión, la seguridad e higiene en el trabajo bien jurídico-penal del artículo 499 bis *in fine*.

4. La inclusión del término "maquinaciones", la atribución del adjetivo "malicioso" a los procedimientos y no directamente a la actitud del sujeto, y la elección de "imponer" como verbo típico indican que no toda lesión de la indisponibilidad contractual *in peius* de los derechos de los trabajadores está penalmente sancionada⁵⁴. Hará falta, además de una actitud dolosa⁵⁵, violencia, amenaza o engaño⁵⁶.

⁵⁴ No tendría sentido si no el artículo 7.9 LISOS - que afirma que es infracción grave el "establecer condiciones de trabajo inferiores a las reconocidas legalmente o por convenios colectivos, así como los actos u omisiones que fueran contrarios a los derechos de los trabajadores, reconocidos en el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores, salvo que proceda su calificación como muy graves, de acuerdo con el artículo siguiente" -, ni el 7.8 - es infracción grave "la transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de ley o respecto a personas, finalidades o supuestos distintos de los previstos legal o reglamentariamente o superando los límites temporales fijados" -, ni el 8.12 - son infracciones muy graves las decisiones unilaterales del empresario que impliquen discriminación injustificada-. La STS de 13.6.75 (Ar. 2887) afirma que el precepto debe aplicarse "a las conductas de fraude generalmente acompañadas de imposiciones, coacciones o, como fija más expresamente el citado precepto, de maquinaciones o procedimientos maliciosos que determinan por parte del trabajador la obligación de soportar situaciones que perjudican sus derechos, dejando las otras más inocuas sometidas exclusivamente a la actuación represiva de la Autoridad Laboral".

⁵⁵ Las modalidades típicas exigen a nuestro juicio dolo directo. ARROYO ZAPATERO ("Manual...", *cit.*, p. 35) y RIVERA HERNANDEZ (*op. cit.*, p. 33) consideran en cambio que lo único que queda excluido de la redacción típica es la imprudencia.

⁵⁶ O, según BAJO FERNANDEZ y DIAZ MAROTO ("Manual...", t. III, *cit.*, p. 175, nm. 32), abuso de necesidad. En el mismo sentido: COBO DEL ROSAL y CARBOELL MATEU (COBO DEL ROSAL, VIVES ANTON, BOIX REIG, CETS BERENGUER, CARBONELL MATEU, "Derecho penal. Parte especial.", *cit.*, p. 780) y MORILLAS CUEVAS ("Los delitos laborales", en DJ, 37/40, p. 837). *Vid.* nuestra crítica *infra* II.2.1.B.2.a. Esta situación, como señala ARROYO ZAPATERO, es la habitual cuando el trabajo es un bien escaso en el mercado y cuando la prestación del trabajador es fácilmente sustituible ("Manual...", *cit.*, pp. 32 y s.; también BAJO FERNANDEZ y DIAZ-MAROTO, "Manual...", t. III, *cit.*, p. 176, nm. 35). RIVERA HERNANDEZ no considera, en cambio que el supuesto de abuso de necesidad se haya de incluir en el precepto (*op. cit.*, p. 21). El artículo 356.1 del proyecto de Código Penal de 1.990 comenzaba: "Los que, mediante violencia, amenaza o engaño,

B) El 499 bis 1º.2º y la seguridad e higiene en el trabajo.

1. Una primera lectura del precepto nos conduce a las siguientes conclusiones: los bienes jurídico-penales del mismo son "la estabilidad en el empleo" y las "demás condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores por disposiciones legales"; el resultado típico es la supresión o restricción de las mismas; las modalidades de conducta son la "cesión de mano de obra", la "simulación de contrato", la "sustitución o falseamiento de empresa" y "cualquier otra forma maliciosa". Si simplificamos las conclusiones anteriores obtendremos que el tipo describe la restricción o supresión "maliciosas" de cualquier condición de trabajo reconocida a los trabajadores por disposiciones legales y que, consecuentemente, es la seguridad e higiene en el trabajo uno de los bienes jurídico-penales del mismo.

Tan simple y aparentemente irrefutable deducción despierta sin embargo algunas objeciones no dignas de menosprecio. La principal radica en la extensión excesiva que alcanza el área de ilicitud penal en este campo y la consiguiente invasión de ámbitos que en el Derecho Penal de un Estado democrático deben corresponder al Derecho

abusando de una situación de necesidad o usando cualquier otra maquinación, impongan...". El artículo 289.1º de la propuesta de anteproyecto del 83 decía: "Los que mediante violencia, amenaza o engaño impusieren...".

El Tribunal Supremo asimila "maquinación o procedimiento malicioso" a "acechanzas o ardides engañosos" (SSTS 13.6.75 - Ar. 2.857 -, 28.6.77 - Ar.2.965 -, 29.5.89 - PJ, 16, p. 349 -), a "engaño, artificio, impostura, falsicia o mendacidad" (STS 2.2.80 - Ar. 429 -).

Administrativo sancionador⁵⁷. Obsérvese que, por un parte, si malicia equivale a dolo⁵⁸, la gran mayoría de las infracciones dolosas de la legislación laboral quedan comprendidas en el tipo y que, por otra, las infracciones en materia laboral son frecuentemente dolosas debido a la actividad administrativa de advertencia, a la función de control de los sindicatos y de los representantes legales de los trabajadores, y a que los sujetos activos actúan en el marco de su profesión, con los conocimientos propios de ella y con la frecuente asesoría, en las empresas de ciertas dimensiones, de servicios especializados.

2. Las únicas vías interpretativas que nos pueden conducir a una acotación racional del área de aplicación del

⁵⁷ Vid. infra p. . Cfr. los artículos 7.3, 7.4, 7.5, 7.9, 8.1, 8.2, 8.4, 8.11, 8.12 LISOS. SAINZ CANTERO consideraba sin embargo que tanto en el primer como en el segundo párrafo del 499 bis.1 "se recortó excesivamente el área del tipo" ("Los delitos laborales, cinco años después", en Estudios Penales, I, 1.975, p. 354).

⁵⁸ Según la STS de 13.6.75 (Ar. 2.887) la expresión "malicia" equivale "según una larga tradición doctrinal patria a 'dolosa'". En sentido similar se manifiestan las SSTs de 24.2.76 (Ar. 776), 13.4.76 (Ar. 1.624), 28.6.77 (Ar. 2.955), 22.6.79 (Ar. 2.762) y 18.5.81 (CL 670). En este sentido: ARROYO ZAPATERO ("Manual...", cit., p. 40), BAJO FERNANDEZ ("Manual...", t. III, cit., p. 176, nm. 36, p. 178, nm. 51 y ss., p. 183, nm. 83), CUELLO CALÓN ("Derecho Penal. Parte especial.", t. II, vol. 2º, Barcelona - Bosch -, 1.975 - 14ª ed. -, pp. 826 y s., 829), RIVERA HERNANDEZ (op. cit., p. 33). En la discusión parlamentaria manifestó HERRERO TEJEDOR, con base en la antigua redacción del artículo 566, que "la malicia en el Código Penal es lo doloso, la actitud dolosa" (BOCE, apéndice, nº 244, Diario de sesiones de las comisiones, Comisión de Justicia, p. 5). Cierta jurisprudencia (SSTS 7.7.84 - CL 1.101; cdo. 4º, 7.11.84 - CL 1.512; cdo. 1º -, 5.6.89 - Ar. 5.029; FD 7º -, 29.9.89 - Ar. 6.815; FD 7º -, SAP Córdoba 30.9.74; con algunas dudas, 15.3.90 - ADPCF, 90, pp. 757 y ss. -) y un sector de la doctrina defienden la equivalencia entre la malicia del 499 bis y un especial ánimo del autor (dolo específico, reduplicado o tendencial) de perjudicar a los trabajadores (GARCIA MURCIA, "Delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo y su aplicación jurisprudencial", en REDT, 8, 1.981, p. 462; QUINTERO OLIVARES, "Observaciones sobre la Parte Especial del Anteproyecto de Código Penal", en DP, 1.978, p. 308).

precepto residen alternativa o cumulativamente en la limitación de las condiciones de trabajo cuya restricción da lugar a la realización típica (a) y en la reducción de las modalidades típicas de conducta (b).

a) Con base en las modalidades de comisión y en los resultados expresamente descritos en el tipo, podríamos reducir las condiciones de trabajo en juego a aquellas que, como la estabilidad en el empleo, sean susceptibles de lesión a través de un cambio artificial de empresa o de tipo de contrato. Pertencerían a aquel grupo las que tienen una relación directa con la antigüedad del trabajador en la empresa, como el salario, la promoción o la estabilidad en el empleo, o con el tamaño, domicilio o actividad de la misma, como los órganos de representación, suponiendo que éstos puedan ser considerados como "condición de trabajo", y otras condiciones que aparezcan reconocidos en la normativa colectiva, excluida del tipo, o en la general sectorial.

Esta interpretación se enfrenta con el tenor literal del precepto, que no en vano habla de "cualquier forma" y de las "demás condiciones de trabajo". Por otra parte el propio legislador, con ocasión de la introducción en la reforma del Código Penal de 1.983 del artículo 348 bis a) parece también desmentirla. En la exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/89, de 25 de junio, da a entender que la seguridad e higiene en el trabajo era ya objeto de inmediata protección en el artículo 499 bis: se introduce un nuevo delito "sin perjuicio de la subsistencia" del citado artículo y para "acentuar" la obligación de prevenir el daño. La primera

acotación es innecesaria si no hay un área común de protección; la segunda indica que la señalada obligación estaba ya penalmente reforzada y que el nuevo precepto pretende tan sólo llamar la atención sobre ella⁵⁰. Pues bien: salvo en los supuestos de reglamentos sectoriales que contengan normas de seguridad e higiene en el trabajo y que, por lo tanto, pueden ser esquivados en primera instancia a través de una falsa calificación de la actividad empresarial, la seguridad e higiene en el trabajo no es una condición lesionable por cambio formal de empresa⁶⁰ o de contrato, ni dependiente su nivel de la antigüedad del trabajador en una compañía o del tamaño de ésta⁶¹. Cuando el legislador alude en la mencionada exposición de motivos a la inclusión de la protección de la seguridad e higiene en el trabajo en el tipo objetivo del 499 bis no parece referirse a tan escasos supuestos.

En relación con el elemento subjetivo del delito del 499 bis, en cambio, el legislador va a confirmar la exigencia de dolo directo al indicar que el nuevo artículo no exige "el grado de intencionalidad en la conducta que se deriva de aquel precepto". Hay que

⁵⁰ ARROYO ZAPATERO, que considera que 499 bis y 348 bis a) están destinados a la tutela de intereses jurídicos de los trabajadores bien distintos, califica de poco afortunada la referencia de la exposición de motivos al primero de los artículos ("Manual...", *cit.*, p. 153).

⁶⁰ Si lo sería el nivel de seguridad e higiene previsto en un convenio colectivo, puesto que un cambio de domicilio puede implicar un cambio en el ámbito de aplicación de la norma colectiva (como destaca MOLERO MANGLANO, "El delito social", en RPS, 100, 1.973, p. 30).

⁶¹ El número de trabajadores es relevante para la obligatoriedad de constitución de determinadas instituciones, como los comités de seguridad e higiene (aspecto que destaca MOLERO MANGLANO, "El delito...", *cit.*, p. 30). En cualquier caso no afecta al nivel sustancial exigido de seguridad e higiene en el trabajo.

entender, en consecuencia, que el 348 bis a) contiene un tipo doloso, puesto que requiere algún grado de intencionalidad, y que, a diferencia de él, el 499 bis exige no sólo intencionalidad, sino un grado específico de la misma, lo que por otra parte coadyuvaría a la justificación de la penalidad superior que prevé⁶².w

La escasa aplicación jurisprudencial de artículo nos impide determinar con rotundidad la posición de nuestro Tribunal Supremo en relación con la inclusión de la seguridad e higiene en el trabajo entre los objetos de inmediata protección del precepto que analizamos. Es destacable en relación con la cuestión aquí planteada el fragmento de la sentencia de 13.4.76, que afirma que "para que se cumpla en todas sus partes el contrato de trabajo que le liga con el empresario, así como el conjunto de expectativas y beneficios que del mismo derivan (...) el artículo 499 bis número 2 del Código Penal recoge como 'delito de explotación' la conducta culpable y antijurídica, producto del deshumanizado predominio opresivo del poderoso, consistente en suprimir o restringir..."⁶³.

b) La segunda vía de interpretación restrictiva busca su fin en las modalidades tasadas de producción del resultado⁶⁴. La expresión "o de cualquier otra forma maliciosa" no equivale simplemente a "o dolosamente de cualquier otra forma". Al legislador que quisiera expresar esta idea le hubiera bastado omitir cualquier adjetivo. En

⁶² Con lo que, en contra de la opinión de un sector doctrinal y jurisprudencial (vid. supra n. 58), malicia implica no más pero tampoco menos que dolo directo. Obsérvese, en apoyo de la tesis que aquí se defiende, que, a raíz de la reforma del Código Penal de 1985, la equivalencia entre dolo y malicia ha perdido el apoyo del artículo 585.

⁶³ El subrayado es añadido.

⁶⁴ Para los autores de "La protección penal de los Derechos Laborales. (El delito social y su regulación en España.)" (Madrid -Organización Sindical Española-, 1972, p. 38) "esta figura delictiva penaliza las variadas formas de fraude que tienen su origen en la práctica ilegal del 'patrón interpuesto', auténtico hombre de paja que, al asumir obligaciones contractuales de naturaleza laboral, trata de evitar las mismas al efectivo empresario o acreedor del trabajo prestado". El Proyecto de Código Penal del 60 (art. 356.2º) y el Anteproyecto de 1983 (288.2º) restringen los modos de comisión a los artificiosos.

todo caso, decidido a utilizar alguno, lo hubiera referido a la actitud del sujeto y no al procedimiento. Si combinamos el dato de que lo malicioso es la forma con los ejemplos que expresa el legislador - cesión de mano de obra, simulación de contrato, sustitución o falseamiento de empresa -, podemos llegar a la siguiente conclusión: lo que se incrimina, en primer lugar, es la producción del resultado a través de unas modalidades de conducta que por su artificiosidad tienden a impedir la reclamación de la víctima y su descubrimiento por los órganos encargados del mismo; no puede negarse, en segundo lugar, que el engaño, la violencia y la amenaza, al menos, son formas maliciosas que forman parte del elenco de modalidades típicas⁶⁵. Más dudosa es la inclusión del abuso de necesidad en este grupo, pues, dada su cuasi inherencia a este tipo de conductas, se desandaría con ella lo andado y se volvería a ampliar el campo de lo penalmente típico a ámbitos difícilmente justificables⁶⁶.

⁶⁵ De acuerdo con que se trata de modalidades tasadas, a pesar de las expresiones legales, COBO DEL ROSAL y CARBONELL MATEU (COBO DEL ROSAL, VIVÉS ANTON, BOIX REIG, ORTOS BERENGUER, CARBONELL MATEU, "Derecho penal. Parte especial", cit., p. 781). CONDE-PUMPIDO FERREIRO indica que el tipo exige un mecanismo fraudulento (comentario al art. 499 bis, en AA. VV., "Código Penal comentado", Madrid - Akal -, 1.990, p. 954). En relación, en general, con el 499 bis, describía el MINISTERIO FISCAL las modalidades típicas de conducta como "maquinaciones insidiosas" ("Memoria elevada al Gobierno de S. M. por el Fiscal General del Estado", Madrid- Reus -, 1.980, p. 96).

⁶⁶ La reciente STS 15.3.90 (PJ 3^ª, ADPCF, 90, pp. 757 y s.) indica, sin embargo, que la conducta del empresario "ha de realizarse 'usando de maquinaciones o procedimientos maliciosos', expresión amplia y abierta que puede comprender cualquier medio comisivo en el que se utilice la violencia, la amenaza, la coacción, el engaño y otro ardid semejante, o simplemente, lo que sin duda será más frecuente, el abuso que hace quien da el trabajo respecto de la situación de abundancia de mano de obra en una sociedad en la que el paro

3. En el precepto del 499 bis 1^a.2^a se describe como resultado cualquier restricción de las condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores por disposiciones legales. En relación con la seguridad e higiene en el trabajo este hecho confiere una amplitud excesiva al tipo, pues muchas de las condiciones relativas a esta materia tienen como finalidad la evitación de peligros de gravedad poco significativa o la consecución de una mayor bienestar de los trabajadores en el desarrollo de su prestación. Si bien la exigencia de un resultado de grave peligro, o incluso uno de peligro concreto⁶⁷, supondría una interpretación excesivamente restrictiva, sin base en el tenor literal del precepto, e inductora de una injustificada discriminación de la seguridad e higiene en relación con otras condiciones de trabajo, parece necesario limitar la vigencia del tipo a la restricción de aquellas condiciones de seguridad que sean de cierta relevancia, cuya ausencia pueda originar un serio peligro para la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores.

4. Si resumimos las tesis hasta aquí sostenidas, encontramos que el 499 bis 1^a.2^a protege la seguridad e higiene en el trabajo⁶⁸ contra determinado tipo de ataques

obrero constituye un grave problema para todos y particularmente para quienes buscan empleo".

⁶⁷ Para estos conceptos *vid. infra* V.6.1 y V.6.2.A.

⁶⁸ Como afirmó NAVARRETE MERINO (Grupo Socialista) en el Parlamento, aunque matizando que se trataba de una protección precaria, ya que lo que en realidad venía a sancionar el 499 bis era el fraude social (BOCG, Congreso de los Diputados, Diario de Sesiones, Pleno, nº 30, 26.4.83, p. 1.402). En este sentido: MARTOS NUÑEZ, "Derecho Penal económico" (Madrid - Montecorvo -, 1.987, p. 326), MORALES PRATS Y JOVE JANE (*op. cit.*, p. 10), que consideran la cuantía de la sanción

caracterizados por su "malicia" o por su especial artificiosidad: que se valen del engaño, del fraude o de la amenaza. La sanción penal de los comportamientos lesivos de la seguridad e higiene en el trabajo corresponde al 348 bis a) cuando se produzca el resultado de grave peligro en él previsto; al 499 bis 1ª.2ª cuando el ataque se produzca a través las modalidades en él previstas; a ambos (concurso ideal) cuando se produzca aquel resultado a través de éstos medios.

II.2.3. EL ARTICULO 489 TER Y LA SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO.

1. El artículo 489 ter, que tipifica la omisión del deber de socorro, tiene como bien jurídico-penal, más allá de la simple regularidad de una cierta conducta - y, en ese sentido, más allá de una simple institución inspirada en el valor de la solidaridad -, la seguridad de la vida, la

"irritante para el intérprete y más aún a la luz del reciente texto constitucional, que en su artículo 40.2 configura, como uno de los principios rectores de la política social y económica del Estado, el fomento y la vigilancia de la seguridad e higiene en el trabajo, la garantización de los descansos necesarios, etc."; QUINTERO OLIVARES ("Observaciones sobre la Parte Especial del Anteproyecto de Código Penal", en DP, 1.978, p. 666), para quien la esencia de la infracción del 499 bis gravita "o en la imposición coactiva de condiciones laborales (...), o bien en la imposición de condiciones laborales que entrañaren peligro para la vida o integridad corporal de los obreros"; RIVERA HERNANDEZ (op. cit., p. 21) encuadra "los casos de reiterada y grave infracción de las normas de seguridad e higiene en el trabajo" en el 499 bis; SAINZ CANTERO ("Los delitos laborales, cinco años después", en Estudios Penales y Criminológicos, I, 1.975, p. 362) afirma que "los derechos que para la seguridad física del trabajador conceden las leyes sobre higiene y seguridad en el trabajo entran en el ámbito del 499 bis"; MOLTO GARCIA ("Responsabilidades legales de la empresa y sus mandos en materia de prevención de riesgos profesionales", en "Seminario de Seguridad e Higiene Industrial", cit., p. 28).

integridad física y la salud de las personas⁶⁹, pues la prestación de socorro debe tener algún efecto de disminución o contención del peligro - de aportación de seguridad - o deja de ser tal socorro en cuanto "acción de favorecer en un peligro"⁷⁰. El acaecimiento de un resultado lesivo de la vida, la salud o la integridad física derivado de la omisión de prestación de socorro no es relevante para la apreciación del delito. A esta prestación se encuentran penalmente obligados - y, en este sentido, son garantes de la institución y de la modificación in melius del peligro - todos aquellos que se encuentren a un semejante en peligro manifiesto y grave⁷¹.

2. De los rasgos reseñados se deducirá con facilidad que, a pesar de la identidad del bien jurídico-penal, no

⁶⁹ En relación con el tema del bien jurídico protegido en este delito, vid. el amplio comentario de RODRIGUEZ MOURULLO en "La omisión de socorro..." (cit., pp. 132 y ss.). El citado autor concluye que "en el artículo 489 bis se protege el valor de la solidaridad humana, pero sólo cuando están en peligro los bienes vida e integridad personal (...). El delito del artículo 489 bis posee un auténtico bien jurídico propio - la solidaridad humana que se protege tan sólo en la medida indicada -, y lo que en él se castiga es la lesión de este bien jurídico. Pero como la lesión de este bien jurídico entraña el no haber actuado para evitar una situación de peligro para la vida o la integridad personal, el objeto de protección del artículo 489 bis se identifica con la seguridad de estos dos últimos bienes. Esta circunstancia es lo que justifica que el legislador español incluya a la omisión de socorro entre los delitos contra la libertad y seguridad" (p. 147; el 489 bis corresponde al actual 489 ter). En sentido similar, BAJO FERNANDEZ y DIAZ-MAROTO ("Manual...", t. III, cit., cap. 4, nm. 10).

⁷⁰ Según la definición del diccionario de la RAE. En relación la posibilidad objetiva de influir en el curso de los acontecimientos como requisito para la existencia del deber de socorro, cfr.: RODRIGUEZ MOURULLO, "La omisión de socorro...", cit., pp. 206 y ss.; BAJO FERNANDEZ y DIAZ-MAROTO, "Manual...", t. III, cap. 4, p. 71, nm. 32 y s.

⁷¹ Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, "La omisión de socorro...", cit., pp. 160 y s.

existen supuestos subsumibles en el artículo 348 bis a) que puedan ser a su vez penados por el 489 ter, debido precisamente a los diferentes sujetos y modalidades de ataque que prevén los mismos. La aplicación de este último precepto presupone, por una parte, la ausencia de un deber especial de actuación en el sujeto activo - como lo es el deber de seguridad cuya infracción exige el 348 bis a) ⁷²; por otra, la existencia, previa al comportamiento típico, de un peligro manifiesto y grave, que es precisamente el resultado del precepto protector del trabajo ⁷³. Esta última constatación no excluye, sin embargo, que puedan existir supuestos en los que concorra una situación de peligro manifiesto y grave para un trabajador desamparado y un deber de intervención del titular del deber de seguridad, en virtud de dicha posición de seguridad, que surja precisamente a raíz de dicha situación y que no provenga de un incumplimiento previo de aquel deber. Imaginemos el supuesto de un incendio fortuito que exija la paralización de la actividad laboral. En este supuesto tampoco podríamos subsumir el comportamiento omisivo del encargado de seguridad en el 489 ter, pues, si se produce el resultado

⁷² Los ejemplos que se exponen en Alemania de aplicación del § 323 c ("Omisión de la prestación de socorro") en el ámbito laboral son de trabajadores que no auxilian a compañeros en peligro, sea por un accidente previo, sea por otras causas (cfr. C. P. SCHMIDT, "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit Betriebsangehöriger für Arbeitsunfälle", Bochum - Brockmeyer -, 1.986, p. 24).

⁷³ Del actual 348 bis a): peligro grave; debería ser, a nuestro juicio, peligro concreto (vid. *infra* p.). HERZBERG destaca que el simple peligro de que en el futuro surja un peligro no origina un deber de prestación de socorro del 323 c ("Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb", Colonia - Berlin - Bonn - München, Carl Heymans, 1.984, pp. 74 y s.).

lesivo de la salud, la vida o la integridad física del trabajador, estaremos ante un supuesto de homicidio o lesiones, debido a la posición de garantía que ocupa éste, y, si no se produce y su conducta ha supuesto una agravación del peligro, habrá de calificarse su conducta como propia del 348 bis a). Sólo si la prestación de socorro no viene exigida por su deber de seguridad entrará en consideración el precepto del 489 ter, pero ello no supone más que la existencia de una situación ajena a la lesión de la seguridad e higiene en el trabajo y que escapa, por lo tanto, al ámbito del 348 bis a)⁷⁴. Si el incumplimiento de la prestación, finalmente, no acrecienta el peligro, nos encontraremos ante la ausencia no sólo del resultado del 348 bis a) sino también del deber de socorro, pues ello significa que el autor no podía influir con su conducta en el curso de los acontecimientos.

Con otras palabras: la aplicación conjunta de ambos preceptos se excluye porque, si el deber de socorro forma parte del deber de seguridad, su infracción dará lugar, si se cumplen los demás requisitos típicos, al tipo más específico del 348 bis a); si no forma parte de aquel entraremos en el ámbito del 489 ter. Este artículo contribuye así a la protección de la seguridad e higiene en el trabajo con la sanción de los supuestos de dominio sin

⁷⁴ Ejemplo. En un taller, cuyos vehículos se encuentran fuera de la empresa, se produce un accidente fortuito con un víctima cuyas graves lesiones requieren su inmediata atención médica en un hospital. El encargado de seguridad es el único trabajador con coche y que sabe conducir.

aceptación⁷⁵, en los que un sujeto que no es titular del deber de seguridad no socorre al trabajador que se encuentra en un peligro grave y manifiesto, ocasionado por la defectuosa organización de la actividad productiva o por alguna otra razón derivada de las condiciones de la prestación laboral⁷⁶. Esto supone, como se deducirá, que el 348 bis a) no sanciona todas las lesiones graves de la seguridad de la vida y la integridad física de los trabajadores, ni todos los supuestos de lesión grave - por su resultado - de la seguridad e higiene en el trabajo, sino tan sólo los que tienen como autor determinado tipo de sujetos.

II.2.4. EL ARTICULO 348 BIS B) Y LA SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO.

1. *El bien jurídico-penal del precepto del artículo 348 bis b), de reciente introducción en el Código Penal⁷⁷, es la seguridad de la vida, la integridad y la salud de las personas. Las modalidades de ataque incriminadas consisten en la contravención de las reglas de seguridad en la fabricación, manipulación, transporte o tenencia de materiales o aparatos especialmente peligrosos, o en la*

⁷⁵ Para este concepto, *vid. infra* V.3.3.A.b y c; V.3.3.C.1.

⁷⁶ En este sentido, HERBERG ("*Die Verantwortung für Arbeitsschutz...*", *cit.*, pp. 72 y ss.). Piénsese en los siguientes ejemplos: a) un trabajador observa impasible cómo un muro que comienza a resquebrajarse va a caer sobre un compañero que trabaja junto al mismo; b) un trabajador omite la detención de la cinta transportadora sobre la que ha caído un compañero.

⁷⁷ LO 3/1.989, de 21.6.

construcción y conservación de ciertas instalaciones cuya destrucción o deterioro implica un peligro sobre múltiples y trascendentes objetos de bienes jurídicos. La comparación con el 348 bis a) ofrece como resultado un bien jurídico de contenido más amplio y unas modalidades típicas diferentes, aunque parcialmente coincidentes. No pocos comportamientos son subsumibles por ambos tipos⁷⁸, sobre todo si interpretamos que la conducta consiste en infringir las reglas de seguridad y que, cuando el legislador hace referencia a la fabricación, manipulación, transporte, tenencia, apertura, construcción, acondicionamiento o mantenimiento, indica ámbitos en los que los responsables del deber de seguridad pueden ser sujetos activos de este delito, y no actividades que los mismos hayan de emprender "de propia mano".

Parece claro, sin embargo, que la relación entre los dos preceptos se inscribe en las de especialidad a favor del nuevo precepto de 1.983, pues se refiere a comportamientos especialmente peligrosos y añade un resultado de peligro concreto⁷⁹. Aunque la relación descrita no se apreciara, no cambiaría por ello la norma aplicable en los supuestos de concurrencia, dado que el criterio de alternatividad

⁷⁸ En este sentido se manifestó el MINISTERIO FISCAL (en la "Memoria elevada al Gobierno de S. M. por el Fiscal General del Estado", Madrid-Reus -, 1.990, p. 348).

⁷⁹ Vid. *infra* V.7.5.2.

inclinaria la resolución del concreto conflicto al cauce que prevea la pena más grave: el 348 bis b)⁸⁰.

2. De la redacción del 348 bis b) llaman la atención tres peculiaridades en relación con el delito contra la seguridad e higiene en el trabajo: la inclusión de la salud entre los objetos cuya puesta en peligro exige el resultado, con lo que el legislador esquivo el error deslizado en el 348 bis a); la exigencia de que el peligro sea "concreto", menos necesaria aquí que en el 348 bis a) por la ya especial peligrosidad de la actividad⁸¹; y la mayor gravedad de la pena, motivada seguramente tanto porque el tipo exige un comportamiento de especial peligrosidad (infracción de las reglas de seguridad que pueda causar "estrages" y "resultados catastróficos") como porque exige un resultado más grave (de peligro concreto)⁸².

⁸⁰ El MINISTERIO FISCAL parece inclinarse por el criterio de especialidad en favor del 348 bis a) (en la "Memoria elevada al Gobierno de S. M. por el Fiscal General del Estado", Madrid-Reus -, 1.990, p. 348).

⁸¹ Vid. infra V.6.1.

⁸² Vid. infra V.6.1.3.a.

II.2.5. LAS LEYES PENALES ESPECIALES Y LA SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO.

1. La Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante y la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea contienen una serie de preceptos cuyo bien jurídico-penal es la seguridad de la vida, la integridad física y la salud de las personas que se encuentran en la embarcación o en la aeronave. No se trata sin embargo de preceptos de protección de la seguridad e higiene en el trabajo, pues el tipo de ataque que se tipifica no tiene que ver específicamente con la organización del trabajo ajeno, sino con el ejercicio de una función especial cuya incorrección puede generar graves riesgos para importantes bienes jurídicos⁸².

2. El Código Penal Militar contiene determinadas normas destinadas a preservar la seguridad de las fuerzas o unidades⁸³. Como en su momento vimos⁸⁴, ni parece propio utilizar la denominación de trabajadores para el personal

⁸² Cfr. especialmente los arts. 40.3, 54, 62 y 63 de la LMM, y los arts. 13 y ss., 36 LNA. El art. 40.3 LMM ("Exigir coactivamente a los inferiores de la dotación del buque trabajos o servicios a que sea manifiesto que no están obligados por las Leyes y Reglamentos, por sus respectivos contratos ni por la existencia de las circunstancias a que se refiere el punto anterior.") protege, no la seguridad e higiene en el trabajo, sino determinados derechos laborales; el 54.1.a) LMM (que castiga al jefe de máquinas culpable "de la carga de válvulas de seguridad a más presión de la señalada en el último certificado de reconocimiento") incorpora, además de un delito contra la seguridad de la personas en general, un delito contra la seguridad e higiene en el trabajo.

⁸³ Cfr. especialmente arts. 142, 157.1^o y 2^o, 160.2^o y 3^o, 177.1.1^o y 3^o; cfr. también el art. 9.10 de la L. O. de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

⁸⁴ Vid. *supra* I.1.2.c.

militar no profesional, ni, en consecuencia, es adecuada la catalogación de las normas de cuidado y garantía que deben presidir la organización de la prestación de aquéllos como normas de seguridad e higiene en el trabajo. Se trata, de nuevo, a nuestro juicio, de normas de cuidado y garantía que tienen que ver con la realización de una función especial, diferente en cualquier caso, por múltiples razones, de la del organizador de una actividad empresarial.

II.2.6. DELITOS DE HOMICIDIO Y LESIONES, Y SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO.

A) Introducción.

1. *Los tipos de homicidio y lesiones protegen mediate y parcialmente la seguridad de la vida, la integridad física y la salud de los trabajadores.* Las correspondientes normas de comportamiento no valoran negativamente toda conducta lesiva de la mencionada seguridad ni, cuando lo hacen, constituye este desvalor la perspectiva esencial del injusto del hecho. El bien jurídico-penal de los tipos de referencia es la vida, la integridad física y la salud de las personas; sólo son objeto de sanción aquellos comportamientos lesivos de la seguridad e higiene en el trabajo a los que además se les pueda imputar la lesión de alguno de aquellos bienes.

2. Mayor detenimiento requiere la comprensión de la *relación existente entre las figuras de tentativa y frustración de homicidio y lesiones y la seguridad e higiene en el trabajo.* Cabe preguntarse al respecto, en primer lugar, siguiendo el método aplicado hasta ahora, si podemos afirmar que la tentativa y la frustración protegen específicos bienes jurídico-penales, y si, por lo tanto, puede ser la seguridad de los trabajadores el bien jurídico-penal de los mismos (B). En relación con esta primera cuestión, aunque no necesariamente dependiente de ella, habremos de analizar, en segundo lugar, qué comportamientos atentatorios contra la seguridad e higiene en el trabajo

pueden subsumirse en las figuras de tentativa y frustración de homicidio y lesiones. El resultado de este análisis aportará sin duda luz a la cuestión de la justificación de un tipo específico de peligro cuyo bien jurídico-penal sea la seguridad de la vida, la integridad física y la salud de los trabajadores (C). Completaremos, finalmente, nuestra indagación con la comparación entre el tratamiento jurídico-penal que merecen los supuestos de tentativa y frustración de homicidio y lesiones y el que merecen o pueden merecer los mismos supuestos desde la perspectiva de un específico tipo de peligro, pues la justificación de un tipo tal puede provenir no sólo desde el punto de vista de la clase de comportamientos incriminados, sino también desde el del diferente tratamiento con que la utilización de una diferente técnica de tipificación dota a los mismos (D).

B) Tentativa, frustración y bien jurídico-penal.

1. Con independencia de la naturaleza jurídica que se atribuya a las figuras de tentativa y de frustración¹ y con independencia, incluso, de la cuestión de si configuran

¹ De figuras típicas o de simples causas de extensión de la responsabilidad criminal, de figuras de extensión de la tipicidad o de delitos diferentes del delito consumado (cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, comentario al artículo 3 CP, en Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo, "Comentarios al Código Penal", t. I, Barcelona - Ariel -, 1.972, pp. 65 y ss.; FARRE TREPAT, "Las tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia.", Barcelona - Bosch -, 1.986, pp. 39 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y URIETO y HUERTA TOCILDO, "Derecho Penal...", cit., pp. 451 y ss.; MIR PUIG, "Derecho Penal...", cit., pp. 357 y s.). En la doctrina alemana ha defendido recientemente KINDHÄUSER que la tentativa no constituye el objeto de una prohibición ni configura una norma de comportamiento, sino que es una categoría de la norma de sanción al servicio de la vigencia de la norma de comportamiento de referencia ("Gefährdung als Straftat", Frankfurt a. M. - Klostermann -, 1.989, pp. 20 y s., 171 y c.).

normas de comportamiento diferenciadas², se puede afirmar que las mismas no establecen un objeto inmediato de protección diferente del objeto del correspondiente tipo de consumación³.

Esta tesis se fundamenta en dos datos que nos suministra el artículo 3 del Código Penal. El primero de ellos indica que la voluntad del agente ha de ir dirigida a la lesión del bien jurídico-penal del tipo consumado correspondiente y no únicamente a la seguridad de éste. Dado que dicha voluntad podría concebirse como un particular elemento subjetivo del tipo de tentativa, por peculiar que sea su naturaleza, aparece más determinante que éste el segundo de los datos anunciados: que el desistimiento en la tentativa y en la frustración elimina automáticamente la punición del hecho, sin atención a la reponibilidad o no del pretendido bien jurídico-penal. El que un objeto tenga el rango de bien jurídico-penal implica, como ya se ha señalado, que es positivamente valorado por el legislador y que, por ello y por razones de necesidad para su indemnidad, dispone de una protección inmediata e incondicional; su lesión ante todos o cierto tipo de ataques resulta intolerable desde una determinada concepción de justicia. La

² Si el bien jurídico-penal de un precepto es diferente al de otro, también lo serán sus normas de comportamiento, pues uno de los elementos esenciales que definen éstas es su relación con aquéllos. Puede ocurrir, sin embargo, que la relación entre los bienes sea tan estrecha (los de un tipo de lesión y los del correspondiente tipo de delito de peligro concreto, por ejemplo) que las normas de comportamiento tiendan a confundirse.

³ Explícitamente en este sentido, G. PEDRAZZI ("Il concorso di più persone nel reato", Palermo - G. Priulla -, 1.952, p. 6).

circunstancia de que el autor de una lesión del bien jurídico-penal se arrepienta posteriormente y repare parte del daño causado servirá simplemente, en nuestro ordenamiento penal, para imponer el grado mínimo de la pena correspondiente (arts. 61.1 y 9.9 CP) o, en el mejor de los casos, si se estima la circunstancia como muy cualificada y no concurre ninguna otra circunstancia agravante, para rebajar la pena en uno o dos grados (art. 61.4). Podrá suceder, desde luego, que ciertos bienes jurídicos sean por su naturaleza recuperables y su lesión, compensable. En ese caso podrá proceder el legislador al establecimiento de una específica medida político-criminal de exoneración de sanción en caso de desistimiento.

Si lo anterior es cierto, no parece posible considerar que el bien jurídico-penal de la tentativa y frustración es la seguridad del bien jurídico del tipo consumado, dado que en estas figuras se ignora automáticamente el daño causado a dicho bien en caso de desistimiento. Mientras que con la creación de los delitos de peligro establece el legislador un nuevo bien jurídico-penal y nuevas normas de comportamiento, en la tentativa y en la frustración la perspectiva que adopta es diferente. En ellas se sancionan comportamientos que, aunque no dañan un bien jurídico-penal, ponen en cuestión la vigencia de una norma de comportamiento por su peligrosidad objetiva y por la voluntad del agente de realización de aquella lesión. Esta perspectiva diferente se refleja en la técnica legislativa: mientras que el artículo 3 se detiene en la voluntad del autor y en la práctica de

los actos de ejecución que deberían conducir a la lesión del bien jurídico-penal, sin expresa descripción objetiva de la medida en que la seguridad ha de quedar dañada, en los tipos de peligro el acento se pone en la creación de una situación objetivamente peligrosa en determinado grado.

2. La afirmación de que el bien jurídico-penal de la tentativa y la frustración es la seguridad del bien del delito consumado impide concebir el desistimiento como elemento del tipo, pues esta concepción imposibilita precisamente aquella calificación. Tampoco puede afectar el desistimiento a la antijuridicidad, pues, si así fuera, la lesión material del bien jurídico sin concurrir una causa de justificación no supondría necesariamente un acto antijurídico; este calificativo quedaría pendiente de un acto posterior, con lo que, como afirma MUÑOZ CONDE, se convertiría el delito en un delito de omisión de desistimiento⁴. No encaja tampoco el desistimiento en el ámbito de la culpabilidad. "La culpabilidad es un juicio de valor, un reproche, que se refiere en las formas imperfectas de ejecución al momento en que comienza la ejecución del delito. En este momento deben estar presentes todos los elementos que fundamentan este reproche. Las circunstancias posteriores únicamente pueden atenuar o agravar el grado de reprochabilidad del hecho, pero no fundamentar o excluir el reproche mismo."⁵ Tendría que constituirse como una excusa

⁴ "El desistimiento voluntario de consumar el delito", Barcelona (Bosch), 1.972, pp. 55 y s.

⁵ MUÑOZ CONDE, "El desistimiento...", cit., p. 59.

absolutoria cuyo pintoresco fundamento residiría, de seguirse la tesis criticada, no en la reposición del objeto del bien jurídico, sino en la no creación de un mayor peligro para "otro" bien jurídico-penal, el del correspondiente tipo de consumación, o en la evitación de la lesión de éste. Obsérvese hacia dónde nos lleva la conclusión criticada: existen comportamientos lesivos de un bien jurídico-penal, conocidos y queridos por el autor, que sin embargo no merecen sanción porque éste no pretende ir más allá de la lesión de aquél. Esta sorprendente conclusión no revela sino la desconexión entre lo que el comportamiento típico lesiona y lo que pretendidamente el tipo penal protege; revela la incorrecta determinación de este último objeto. El bien jurídico-penal que se protege con la punición de la tentativa y la frustración no es, en fin, una determinada seguridad de otro bien jurídico-penal, sino éste mismo.

C) Ambito de la tentativa y frustración de los delitos de homicidio y lesiones, y seguridad e higiene en el trabajo.

1. La segunda cuestión a la que nos referíamos en la introducción a este epígrafe es la de la identidad entre los supuestos de tentativa y frustración de homicidio y lesiones y los de lesión grave de la seguridad e higiene en el trabajo. El asunto no es baladí, pues si todos los comportamientos típicos lesivos de la seguridad e higiene en el trabajo pueden subsumirse en las figuras de tentativa y frustración de alguno de los delitos contra la vida, la

integridad física y la salud, podrá comenzarse a poner en cuestión la necesidad de un específico tipo para la protección de aquel bien jurídico.

2. La comparación de los ámbitos objetivos se enfrenta a la dificultad de delimitación de cada uno de ellos y a la diferente técnica utilizada por el legislador para su descripción.

Aunque no toda puesta en peligro suponga ya una tentativa⁶, toda tentativa idónea supone una puesta en peligro del bien jurídico-penal en cuestión⁷. El comportamiento peligroso, para salir del área de los actos meramente preparatorios, ha de constituir una fase inmediatamente anterior a la realización del tipo⁸. Esta calificación requerirá indefectiblemente el conocimiento de los rasgos esenciales del plan del autor⁹ y la existencia de

⁶ Cfr., por ejemplo, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO Y HUERTA TOCILDO, "Derecho Penal...", cit., p. 447; MIR PUIG, "Derecho Penal...", cit., pp. 356 y s.

⁷ Cfr., por ejemplo, RODRIGUEZ MOURULLO, comentario al art. 3, en "Comentarios...", cit., p. 114; OCTAVIO DE TOLEDO Y HUERTA TOCILDO, "Derecho Penal...", cit., pp. 445, 446 y s., 450, 452; J. WOLTER, "Objektive und personale Zurechnung vom Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatssystem", Berlin (Duncker & Humblot), 1.987, p. 65. Este último autor indica que en la tentativa idónea inacabada existe un injusto de acción y un injusto de iniciación del riesgo ("Anfangaristatounrecht").

⁸ Cfr., por ejemplo, RODRIGUEZ MOURULLO, comentario al art. 3, en Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo, "Comentarios...", cit., pp. 107 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, comentario al art. 3, en AA. VV., "Código Penal comentado", Madrid (Akal), 1.990, p. 14; COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTON, "Derecho Penal. Parte general.", cit., pp. 548 y ss.; FARRE TREPAT, "La tentativa...", cit., pp. 228 y s.; MIR PUIG, "Derecho Penal...", cit., pp. 367 y s.

⁹ Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, comentario al art. 3, en Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo, "Comentarios...", cit., p. 115; FARRE TREPAT, "La tentativa...", cit., pp. 222 y s.; H. H. JESCHECK, "Lehrbuch...", cit., pp.

un cierto grado de peligrosidad para el bien jurídico¹⁰. Este relevante peligro, límite mínimo de la tentativa, aumentará en la medida en que avance el intento: en la medida en que el agente realice más actos ejecutivos. En la frustración el nivel de riesgo para los bienes jurídico-penales alcanza su culmen en relación con el comportamiento del sujeto activo, pues éste "practica todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito y, sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente" (art. 3, pfo. 2ª CP). Como ha destacado MIR PUIG el legislador se ha fijado en los actos del autor, no, en principio, en todos los actos que son objetivamente precisos para conducir a la consumación; de este modo son factibles supuestos de frustración temporalmente alejados de la consumación, lo que en cierto modo afecta a su grado de peligrosidad¹¹. La precisión del grado mínimo de peligro del

485, 487; MIR PUIG, "Derecho Penal...", *cit.*, p. 367; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO Y HUERTA TOCILDO, "Derecho Penal...", *cit.*, p. 447. Cfr. también las SSTs 9.11.73 (Ar. 4.296), 23.11.78 (Ar. 100), 24.1.80 (Ar. 139); en general, para el análisis de la jurisprudencia en relación con el comienzo de la tentativa: FARRE TREPAT, "La tentativa...", *cit.*, pp. 190 y ss.

¹⁰ En este sentido: RODRIGUEZ MOURULLO, comentario al art 3, en "Comentarios...", *cit.*, p. 117; FARRE TREPAT, "La tentativa...", *cit.*, pp. 225 y s.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO Y HUERTA TOCILDO, "Derecho Penal...", *cit.*, p. 447; MIR PUIG, "Derecho Penal...", *cit.*, pp. 367 y s.; y cierta jurisprudencia (cfr. FARRE TREPAT, "La tentativa...", *cit.*, p. 209). WOLTER considera que la tentativa supone un peligro que se encuentra inmediatamente en una cercana espacio-temporal o funcional para la auténtica realización del tipo ("Objektive und personale...", *cit.*, p. 258).

¹¹ "Derecho penal...", *cit.*, pp. 371 y s. SILVA SANCHEZ ("Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado", en "Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández Albor", Santiago - Universidad -, 1989, p. 683) y FARRE TREPAT ("La tentativa...", *cit.*, p. 397) destacan la estrecha relación existente entre los criterios de inmediatez y peligrosidad: la mayor o menor proximidad del resultado influye notablemente en la peligrosidad objetiva de la acción.

bien jurídico que supone la frustración ha de partir del hecho de que se realizan todas las fases ejecutivas del plan del autor, de modo que "se debería producir el delito". Esto supone que, aunque la evitación del resultado pueda depender aún de una medida ordinaria de salvación del propio autor, como parece sugerir la descripción del desistimiento activo, se han eliminado los mecanismos ordinarios de defensa con que pudiera contar la víctima¹².

No resulta fácil precisar el grado de peligro exigido por el legislador en los delitos de peligro bajo expresiones como "grave"¹³ o "concreto"¹⁴, o cuando omite toda adjetivación del resultado "peligro"¹⁵, o cuando se limita a describir una conducta peligrosa¹⁶. El análisis de la cuestión ha de realizarse particularizadamente, atendiendo a todos los rasgos de la descripción típica¹⁷. Podrán sin embargo abstraerse ciertos rasgos comunes de cada particular técnica de tipificación.

¹² COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON indican que "sólo cabrá hablar de frustración allí donde, a partir de los actos realizados, puede predecirse la producción del delito según las leyes generales, si en virtud de circunstancias extraordinarias el curso causal ha seguido un curso irregular y el resultado no se ha producido" ("Derecho Penal. Parte general.", cit., p. 556).

¹³ Art. 347 bis. En el 340 bis b) se ha de originar "un grave riesgo para la circulación".

¹⁴ Arts. 340 bis a) 2º, 348 bis b).

¹⁵ Arts. 346.1 y 348 bis a).

¹⁶ Arts. 340 bis a), 1º, 341, 342, 343, 343 bis, 344, 345, 346.2, 347, 348 bis.

¹⁷ ESCRIBA GREGORI, "La puesta en peligro...", cit., pp. 32 y ss.

El legislador ha configurado el tipo del 348 bis a) como un tipo de peligro efectivo y grave¹⁸. Realizamos esta catalogación a partir de las exigencias de gravedad de la infracción, de la concurrencia de una puesta en peligro no concreto y de unas relaciones mínimamente razonables entre Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador¹⁹. La consumación del delito requerirá la creación o no evitación de una situación de alta propensión al resultado temido²⁰. Más preciso, creemos, resulta el contenido de las situaciones de peligro concreto, dato éste esencial para preferir esta técnica en este ámbito a la utilizada por el legislador²¹. Situación de peligro concreto es aquella en la que el curso de peligro se dirige con toda probabilidad hacia el objeto de la acción y en la que tanto la trayectoria e intensidad de aquél como la defensa de la víctima potencial han caído fuera del control ordinario del agente, de la víctima o de un tercero, de modo que ex ante no cabe razonablemente confiar en la no producción del resultado. Esta podrá deberse posteriormente a la falta de confluencia espacial y temporal del curso de peligro y de la

¹⁸ Vid. *infra* V.6.1.3.a.

¹⁹ Vid. *infra* IV.2.3.B. Las infracciones más graves "en materia de seguridad e higiene y salud laborales" descritas por la LISOS (art. 11) son las que realizan, por una parte, los comportamientos que se presumen causantes de un peligro grave (inobservancia de la normativa relativa a la protección de menores y de mujeres en períodos de embarazo y de lactancia: apartados 1 y 2) y, por otra, los que efectivamente provocan un riesgo grave e inminente (apartados 3 y 4).

²⁰ Vid. *infra* V.6.1.3.a.

²¹ Vid. *infra* V.6.1.3.

victima o a la concurrencia de una medida extraordinaria de salvación²².

3. Retomemos la cuestión que nos ocupaba y para cuya respuesta acudíamos a los anteriores fundamentos teóricos: si desde un punto de vista objetivo quedan inmersos los comportamientos lesivos de la seguridad e higiene en el trabajo en la descripción de la tentativa y frustración de homicidio y lesiones. A nuestro juicio, hasta los supuestos más graves de puesta en peligro de la vida, integridad física y salud de los trabajadores serían subsumibles por las figuras de homicidio y lesiones frustradas (4); hasta los supuestos más leves de atentados contra la seguridad e higiene en el trabajo quedarán objetivamente abarcados por la tentativa de homicidio y lesiones (5); únicamente podrían quedar teóricamente excluidos de esta figura los supuestos de tentativa de lesión de la seguridad e higiene en el trabajo (6).

4. Si el ámbito de la frustración aparece comprendido entre el tipo del delito consumado, que lo recorta en sentido ascendente, y el tipo de delito intentado, que lo limita en dirección descendente²³, parece evidente que comprenderá no sólo aquellos procesos de riesgo en los que el sujeto activo conserva aún la posibilidad de conjurar el peligro y aquellos en los que se han eliminado las posibilidades ordinarias de salvación en manos del sujeto

²² Vid. *infra* V.6.2.A.

²³ Vid. RODRIGUEZ MOURULLO, comentario al art. 3, en Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo, "Comentarios al Código Penal", I, cit., p. 92.

pasivo o dependientes de factores externos²⁴, sino también aquellos otros en los que el peligro es aún mayor por no existir ya para el autor posibilidad de desistimiento activo eficaz. Con ello, incluso los comportamientos que pueden subsumirse bajo la definición de peligro concreto pueden también subsumirse objetivamente bajo el concepto de frustración²⁵.

6. La comparación entre el grado mínimo de peligro exigido por los supuestos de tentativa de homicidio y lesiones y el que requieren los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo revela claramente, a la luz de las consideraciones anteriores, la superioridad de éste. Aunque no sea el del 348 bis a) un tipo de delito concreto, si consideramos que la situación que describe no es excesivamente disimil en cuanto al grado de peligrosidad a la que caracteriza a aquél, concluiremos que todo comportamiento objetivamente incardinable en el artículo 348 bis a) queda ya comprendido en la descripción objetiva de la

²⁴ Eliminación que formará parte de los actos ejecutivos del tipo.

²⁵ La indisponibilidad del proceso por parte del autor es exigida en los delitos de peligro concreto por CRAMER (Schönke - Schröder, "Strafgesetzbuch Kommentar", Múnich - Beck -, 1.988 - 23ª ed. -, nn. 5 previo a los §§ 306 y ss.); para KINDHAUSER, sin embargo, la perspectiva esencial para el juicio de peligro es la de la víctima, no la del causante del riesgo. El desvalor de resultado propio del peligro concreto se da ya con la indominabilidad por parte del sujeto pasivo, con independencia por tanto de las capacidades y posibilidades del autor ("Gefährdung...", cit., pp. 212, n. 25; p. 353). HORN diferencia dos situaciones diferentes de peligro de lesión: el sujeto puede dominar el proceso, pero no quiere; el sujeto quiere evitar el resultado derivado de su conducta pero ya no puede hacerlo ("Konkrete Gefährdungsdelikte", Colonia - Otto Schmidt -, 1.973, p. 308; SILVA SANCHEZ critica el que HORN haga depender la existencia del peligro objetivo del dolo de lesión - "Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la 'conducción suicida'", en LL, 30.9.88, nº 2.088, p. 3, n. 36 -).

tentativa de homicidio y de lesiones. Supuesta la voluntad de matar o lesionar a través de la creación de una situación de grave peligro en la actividad laboral del sujeto pasivo, tendría aquel comportamiento, por su entidad y significación el carácter de acto ejecutivo desde la perspectiva de los tipos de homicidio y lesiones²⁶.

6. La resolución de la cuestión de la simultaneidad o no del comienzo de las tentativas de los delitos de homicidio y lesiones y de peligro para la vida, la integridad física y la salud de los trabajadores aportará sin duda argumentos a favor o en contra de la necesidad de tipificación penal de los comportamientos contrarios a la seguridad e higiene en el trabajo. Con independencia del posterior juicio de conveniencia acerca de su efectiva sanción penal, el delito de peligro, a través de la figura de la tentativa, podría comprender conductas que escaparían al ámbito de la tentativa de los delitos de lesión²⁷. Para

²⁶ MUÑOZ CONDE considera, sin embargo, que "la tentativa de homicidio (...) normalmente no se da cuando aún no se ha creado una situación de peligro concreto" (en MUÑOZ CONDE, BERDUGO DE LA TORRE y GARCIA ARAN, "La reforma penal de 1.989", Madrid - Tecnos -, 1.989, p. 59). WOLTER considera, en cambio, que la tentativa de lesión idónea se tiene por acabada cuando el autor ha puesto todo lo necesario para la producción de la lesión del bien jurídico; cuando ha producido un concreto peligro de lesión, en el que sólo factores de salvación absolutamente extraordinarios pueden garantizar la ausencia de lesión del bien jurídico ("Objektive und personale...", *cit.*, p. 207). SILVA SANCHEZ, en línea similar, afirma que "en el plano objetivo la tentativa acabada y el delito de peligro concreto muestran una sustancial identidad estructural" ("Consideraciones dogmáticas...", *cit.*, p. 3).

²⁷ MALO CAMACHO se manifiesta en contra de la configuración de la tentativa de delito de peligro, "ya que ello supondría castigo a una situación que representaría tentativa de una tentativa o, lo que es lo mismo, peligro de un peligro" ("Tentativa del delito", México D. F. - Universidad Nacional Autónoma-, 1.971, p. 17). COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON indican que "aun cuando ambas formas imperfectas son

abordar la cuestión planteada analizaremos en primer lugar la relación existente, en general, entre el comienzo de la tentativa de lesión y de peligro (a) para adentrarnos después en los aspectos concretos de la tentativa de los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo (b).

a) Sólo sería posible la identificación entre los comienzos de las tentativas de los delitos de lesión y de peligro partiendo de la errónea afirmación de que todo acto exterior peligroso para un bien jurídico-penal constituye ya un supuesto de tentativa del delito de lesión de dicho bien. Si ello fuera así, como el peligro de peligro en relación con un bien es ya peligro para dicho bien, la tentativa de peligro implicaría por sí tentativa de lesión. Lo cierto es, sin embargo, que, si bien todo supuesto de tentativa de un delito supone un acto peligroso para el bien jurídico-penal

imaginables respecto a delitos de peligro, su relevancia práctica dependerá de que pueda estimarse subsistente en ellos un mínimo contenido de injusto" ("Derecho Penal. Parte general.", cit., p. 557). En relación con el artículo 348 bis a) considera QUERALT JIMENEZ que "los tipos de imperfecta ejecución (...) por la propia naturaleza del precepto no parecen dables" ("Derecho Penal español. Parte especial.", II, Barcelona - Bosch -, 1.987, p. 477). A favor, en general, de la punibilidad de la tentativa en los delitos de peligro y en particular del delito contenido en el artículo 229 del Código Penal suizo - peligro ocasionado por la lesión de las reglas de la construcción -): ROHR, "Die Gefährdung...", cit., p. 67; también, en relación con este precepto, HURTADO POZO, "Les prescriptions du droit pénal sur la construction", en Revue Pénale Suisse, 106, 1988.3, p. 268; SCHUBARTH, manifestándose en contra, indica que un importante sector de la doctrina suiza opina que es punible la tentativa del art. 129 - "Puesta en peligro de la vida" - ("Kommentar zum schweizerischen Strafgesetzbuch", I, Berna - Stämpfli -, 1.982, p. 245). KIENAPFEL admite también la tentativa en el § 89 del Código Penal austriaco - "Puesta en peligro de la seguridad corporal" - ("Grundriß des österreichischen Strafrechts. Besonderer teil.", Viena - Manz -, 1.984 - 2ª -, p. 135, nm. 28). A favor en general de la posibilidad de estimar la tentativa en los delitos de peligro: POLAINO NAVARRETE, "El bien jurídico...", cit., p. 338. Vid. en general, sobre este tema, RODRIGUEZ MOURULLO, comentario al art 3, en Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo, "Comentarios...", cit., pp. 141 y s.

del tipo en cuestión, sólo determinados actos peligrosos penetran en el ámbito de la tentativa, cuyo umbral aparece configurado por el inicio de actos ejecutivos desde la perspectiva del mencionado tipo. Como el legislador sólo aprecia desvalor de peligrosidad en ciertos procesos de peligro y como para determinarlos acude a la concreta descripción típica y al bien jurídico-penal concreto, el inicio de la tentativa variará, en principio, con cada tipo penal y con cada bien jurídico penalmente protegido²⁸. En los delitos de peligro el legislador adelanta las barreras de la intervención penal, crea un nuevo bien jurídico-penal y aprecia la consumación de un delito donde no era posible desde la perspectiva del delito de lesión, con lo que, a su vez, anticipa la consideración del desvalor de peligrosidad²⁹.

Los razonamientos anteriores son teóricamente válidos cualquiera que sea el tipo de delito de peligro que situemos en el elemento correspondiente de la comparación. Se ha de advertir, sin embargo, que la anticipación del comienzo de la tentativa de peligro se reduce tanto más cuanto mayor sea el grado de peligro descrito en el tipo, de modo que la diferencia entre el momento de comienzo de las tentativas es

²⁸ En este sentido, SILVA SANCHEZ ("Consideraciones dogmáticas...", cit., p. 3).

²⁹ SILVA SANCHEZ considera, en relación con los delitos de homicidio y contra la seguridad en el tráfico rodado, que la tentativa del delito de peligro pueda comenzar antes que la del delito de lesión ("Consideraciones dogmáticas...", cit., p. 3 y s.). Su ejemplo de quien "comienza a conducir en sentido contrario" es, sin embargo, para LUZON PEÑA, VICENTE REMESAL, y DIAZ Y GARCIA-CONLEDO, un supuesto de tentativa de homicidio ("¿Conductores suicidas o conductores homicidas?", en RJCLM, 7, 1.989, pp. 363 y s.).

prácticamente inapreciable cuando se trata del binomio delito de peligro concreto - delito de lesión y poco cuando el primer elemento de la comparación lo constituye un delito de peligro efectivo y grave³⁰.

En la doctrina alemana defiende WOLTER la identidad entre la tentativa acabada e idónea de delito de peligro concreto y la tentativa acabada e idónea de delito de lesión: entre "delitos potenciales de lesión" y "delitos potenciales de peligro"³¹. En ambos casos se produce, según este autor, un idéntico injusto de acción y de peligrosidad ("injusto primario de resultado")³²; el agente debe lograr la creación de un riesgo adecuado de lesión³³. La tentativa idónea inacabada de lesión comparte con la tentativa acabada de lesión y con la tentativa acabada de peligro concreto parte del injusto de acción y parte del injusto de peligrosidad: el injusto de comienzo del riesgo. Consecuencia de todo ello es que la tentativa idónea comienza y termina a la vez en ambos delitos, que sólo se diferencian en el momento de la consumación³⁴. Su planteamiento se completa con tres argumentos: 1) el campo de la punibilidad se ampliaría, en otro caso, intolerablemente; 2) de lege lata sólo se mantiene la punibilidad de la tentativa acabada de peligro; 3) la consecución de una tentativa acabada de lesión implica la consecución de una tentativa acabada de peligro y viceversa, pues en ambos casos se trata de una situación en la que sólo determinadas circunstancias extraordinarias de salvación garantizan la desaparición de la lesión del bien jurídico³⁵.

En relación con los dos primeros argumentos, que son los que aquí nos interesan por su referencia a la cuestión del inicio de la fase de tentativa en los delitos de resultado de peligro, se ha de señalar que, siendo atendibles en relación con la inconveniencia político-criminal de la punición de esta figura, no oponen nada a la corrección dogmática - más bien la

³⁰ Vid. *infra* V.6.1.

³¹ "Objektive und personale...", *cit.*, pp. 215 y s., 361.

³² Pp. 198, 215.

³³ P. 216.

³⁴ P. 208.

³⁵ P. 207.

presuponen - de la tesis que deficiende dicha anticipación. Si la "auténtica realización del tipo"³⁶ en los delitos de peligro concreto es diferente y anterior en el tiempo a la de los correspondiente delitos de lesión, la cercanía inmediata "espacio-temporal o funcional" a ella, que es a su juicio el umbral de la fase de tentativa³⁷, será también lógicamente anterior, del mismo modo que, como el propio WOLTER destaca, es anterior la tentativa de lesión a la de homicidio en relación con un mismo comportamiento³⁸.

b) Si lo anterior es correcto, será difícil la apreciación de comportamientos lo suficientemente peligrosos como para considerarlos como tentativa del 348 bis a) (delito de peligro efectivo y grave) que merezcan, sin embargo, la calificación de actos preparatorios desde la perspectiva de los tipos de homicidio y lesiones. Antes de ejemplificar estas afirmaciones (bb) y dado que tanto el tipo del citado precepto como los de homicidio y lesiones se pueden realizar por comisión y por omisión, conviene plantear los problemas que suscitan las figuras de la tentativa y la frustración en los delito de omisión y resultado (aa).

aa) En los delitos de comisión la fase de tentativa comienza con la realización de actos positivos de ejecución exteriores y termina con la finalización de los mismos, de modo que la salvación del bien puede producirse con el simple desistimiento del sujeto activo. Finalizados los actos de ejecución entra la comisión delictiva en fase de

³⁶ p. 259.

³⁷ p. 259.

³⁸ p. 257.

frustración: el sujeto activo ha realizado todos los actos que deberían dar lugar a la lesión del objeto del bien jurídico-penal. Su evitación por parte del agente requiere un comportamiento activo de iniciación de un nuevo curso causal de eficacia opuesta al inicialmente puesto en marcha por él mismo. En los delitos de omisión y resultado, para los que la doctrina ampliamente mayoritaria defiende la posibilidad de tentativa y frustración³⁹, se han de realizar consideraciones equivalentes a las anteriores, pues su descripción parte del mismo artículo 3 del Código Penal. La diferente estructura de estos tipos delictivos obliga sin embargo a alguna reflexión añadida en relación con el momento del comienzo de la tentativa y a consecuencias diferentes en relación con la forma del desistimiento simple y del desistimiento activo.

³⁹ Cfr., por ejemplo: ESER, Schönke - Schröder, "Strafgesetzbuch...", cit., § 22, nm. 47; MALO CAMACHO, "Tentativa...", cit., p. 20; MIR PUIG, adiciones al "Tratado de Derecho Penal", de H. H. Jescheck, "Tratado de Derecho Penal", Barcelona (Bosch), 1981, p. 884. La posición se resume en la conclusión de BAGIGALUPO ZAPATER: "Resulta imposible concebir una aplicación del concepto de tentativa a los delitos impropios de omisión, tanto como a los propios de omisión. Lo impiden las especiales características del contenido de disvalor de la acción en la forma más grave y la imposibilidad de determinar el principio de ejecución (...). La falta de *desenvolvimiento activo de una voluntad de realización* en la omisión impide hablar de etapas de realización del delito omisivo. Tampoco puede establecerse un comienzo de ejecución, pues éste solamente podría construirse con el apoyo del 'comienzo de la lesión del deber de garantía'. Y la posición de garante solamente se relaciona con evitar el resultado, por lo cual en la medida en que éste es todavía posible, no puede haber conducta punible. En la omisión de una acción no hay, en todo caso, más que un conocimiento por el garante de las circunstancias de peligro para el bien jurídico y, en el mejor de los casos, una resolución. Ello no permite hablar de comienzo de ejecución" ("Delitos impropios de omisión", Buenos Aires - Pannadille -, 1971, pp. 156, 173).

El comienzo de la fase de tentativa, según el citado artículo, acontece cuando "el culpable da principio a la ejecución del delito por hechos exteriores"⁴⁰. El problema, de nuevo, radica en determinar cuándo podemos atribuir a una conducta efectivamente realizada el sentido del intento de un comportamiento delictivo omisivo⁴¹: el carácter de omisión ejecutiva desde la perspectiva de un determinado tipo penal. Podría pensarse que no cabe la tentativa omisiva, pues mientras el sujeto está a tiempo de cumplir con su deber de garantía no se puede decir que incumple éste y, una vez cumplido ese plazo, entraremos lógicamente en fase de frustración.

El razonamiento anterior no es, a nuestro juicio, acertado, pues podría llevarnos, por analogía, a negar la tentativa comisiva y a dejar vacío el artículo 3 del Código Penal; en ésta también está el sujeto a tiempo de desistir y de observar la norma de comportamiento que subyace al precepto en cuestión.

El problema se encuentra, pues, en determinar, al igual que en la tentativa comisiva, cuándo estamos ante un comportamiento que revela por su proximidad y peligrosidad

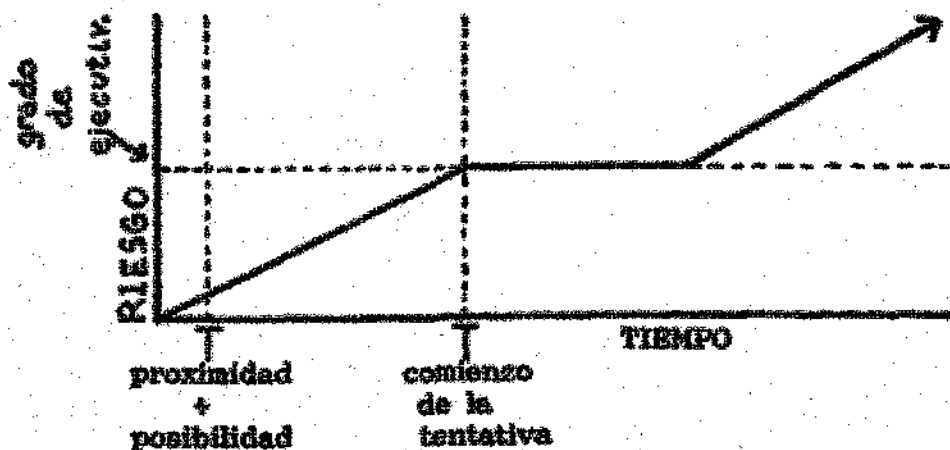
⁴⁰ En relación con el principio del hecho y los delitos omisivos, vid. RODRIGUEZ MOURULLO, "Derecho Penal...", cit., pp. 50 y s.; MIR PUIG, "Derecho Penal...", cit., pp. 177 y s.; SILVA SANCHEZ, "El delito de omisión. Concepto y sistema.", Barcelona (Bosch), 1986, pp. 140 y ss.

⁴¹ El concepto de omisión "aparece constituido por la atribución, a dicha conducta efectivamente realizada, de un determinado sentido, en base a que no responde a la pretensión (de protección activa) que dimana de un bien jurídico en una determinada situación y es recogida en un tipo penal" (SILVA SANCHEZ, "El delito de omisión...", cit., p. 135).

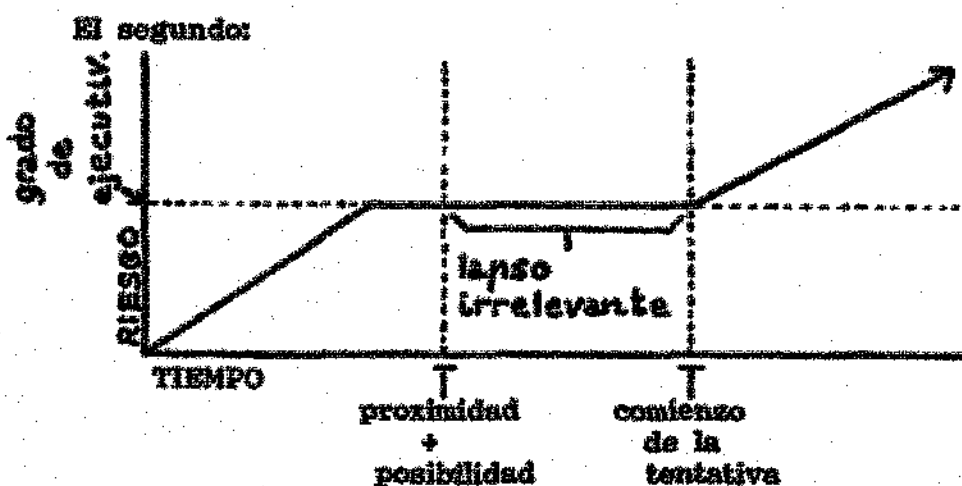
una voluntad inequívoca de consumación del delito⁴². En los tipos omisivos habrá que prestar especial atención a la constatación de la posibilidad y la obligatoriedad de la intervención salvadora del agente. Toda omisión ejecutiva presupondrá una elevación del riesgo a un grado relevante, ya que, si en un momento preciso ésto no sucede así porque no aumente el peligro con el paso de un cierto lapso de tiempo, atribuiremos el carácter ejecutivo a la previa no intervención en el momento de la citada elevación. Si dicha atribución aparece vedada por la inexistencia de posibilidad o de proximidad, habremos de imputar el carácter ejecutivo de la omisión al momento posterior en el que el riesgo se eleva, pues desde un punto de vista normativo es irrelevante el momento de la intervención mientras el curso peligroso permanezca estable: la demora en la actuación no aporta el requerido desvalor añadido de peligrosidad⁴³.

⁴² Cuando, como afirma TIEDEMANN, "el autor ha objetivizado suficientemente su decisión de no retorno" ("Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität. Allgemeiner Teil.", Reinbeck - Rowohlt -, 1.976, p. 226).

⁴³ El primer supuesto se expresaría gráficamente así:



El desistimiento en la tentativa por omisión consiste, al contrario que en los delitos de comisión y resultado, en una actuación de carácter positivo⁴⁴. La fase de frustración abarca desde que el garante dejó de tener la posibilidad de una actuación ordinaria en cumplimiento de su deber hasta que se produce el resultado descrito en el tipo, por lo que aquí no es lógicamente posible el desistimiento activo salvo por medio del recurso a medidas extraordinarias; si aún puede evitar el evento desvalorado con el ejercicio normal de las funciones de su institución, no ha terminado de ejecutar el delito y, si ya no puede hacerlo, sólo podrá hacer efectivo su arrepentimiento a través de recursos



STRATENWERTH considera que "la tentativa comienza cuando la demora en la intervención acrecienta el peligro (real o supuesto por el autor) respecto del bien jurídico" ("Strafrecht. Allgemeiner Teil.", I, Colonia - Berlin - Bonn - Múnich, Carl Heymanns, 1.981 - 3ª ed. -, p. 286, nm. 1.059). En sentido similar: ESER (Schönke - Schröder, "Strafgesetzbuch...", cit., § 12, nm. 50 y s.), JESCHECK (que añade "o aquel otro en que el curso casual escapa de las manos al autor", "Lehrbuch...", cit., p. 578), OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO Y HUERTA TOCILDO, ("Derecho Penal...", cit., p. 589).

⁴⁴ Cfr., por ejemplo, JESCHECK, "Lehrbuch...", cit., p. 578; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO Y HUERTA TOCILDO, "Derecho Penal...", cit., p. 589; WOLTER, "Objektive und personale...", cit., p. 315.

excepcionales. Tanto en la forma comisiva como en la omisiva supone la tentativa un menor grado de peligro y de proximidad al resultado que la frustración; en ambos casos, además, requerirá el desistimiento activo una mayor energía que el desistimiento simple.

Todas las consideraciones previas son válidas, a nuestro juicio, para los delitos omisivos de peligro efectivo y concreto en los que, a estos efectos, el resultado está constituido por la situación peligrosa no evitada.

bb) Para la calificación de un concreto comportamiento de un determinado sujeto obligado como de tentativa o de frustración de un delito contra la seguridad e higiene en el trabajo habrá que atender a su carácter comisivo u omisivo y al contenido preciso de su deber de cuidado o de su deber de garante. En el complejo marco de la actividad productiva la operación resulta con frecuencia complicada⁴⁵; excesivamente si tenemos en cuenta su inutilidad, dado que no creemos que tales conductas deban ser penalmente sancionadas⁴⁶. Veamos, sin embargo, algunos ejemplos.

⁴⁵ En este sentido, R. ROHR ("Die Gefährdung durch Verletzung der Regeln der Baukunde (art. 229 StGB)", Zurich - Diss. -, 1.960, p. 68).

⁴⁶ En este sentido, BENDEL ("Die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei der Verletzung der Regeln der Baukunde (art. 229 StGB)", Winterthur (P. G. Keller), 1.960, p. 105. En el Derecho suizo ROHR ("Die Gefährdung...", *cit.*, p. 68) y BENDEL (p. 105) afirman no conocer ni una sola sentencia que sancione por un comportamiento de tentativa o frustración de un delito de infracción de las reglas de la construcción con resultado de peligro.

Incorre en una tentativa de delito contra la seguridad e higiene en el trabajo del 348 bis a) el encargado de la organización de la actividad laboral que observa como un trabajador acude en patente estado de embriaguez y sin los preceptivos medios de protección personal a su peligroso puesto de trabajo, consistente en el manejo de una máquina de perforación cuyo empleo requiere un elevado grado de concentración. La fase de tentativa comenzará cuando crezca el peligro de que acaezca el resultado de grave peligro; esto es: cuando la lejanía del sujeto pasivo comience a hacer disminuir seriamente las posibilidades de una actuación salvadora⁴⁷.

Si el empresario ordena desmontar un complejo sistema de seguridad en un determinado lugar de trabajo en el que se va a trabajar necesariamente en breve, sin que este hecho dependa de dicho empresario, la tentativa del delito omisivo⁴⁸ contra la seguridad e higiene en el trabajo comenzará en el momento en que, iniciada dicha operación o terminada la misma, la no readopción de la medida aumente el peligro de un resultado de lesión grave de la seguridad e higiene en el trabajo: cuando la demora reste posibilidades de una adopción a tiempo de la medida⁴⁹.

⁴⁷ Un supuesto similar es el del comportamiento del encargado que observa como sus trabajadores se dirigen a realizar su actividad sobre un estrecho y destartado andamio sin barandillas en el octavo piso de un edificio en construcción.

⁴⁸ Este supuesto merece también la calificación comisiva. Al respecto, *vid. infra* V.A.L.A.a.

⁴⁹ Tomamos el ejemplo de las anotaciones de la comisión de especialistas del Ministerio de Justicia de la R.F.A. que realizó la propuesta a la Gran Comisión de Derecho Penal en la discusión previa al proyecto

Incorre sin embargo en un simple acto preparatorio, debido a la falta de suficiente peligrosidad y proximidad, el empresario que niega la partida presupuestaria correspondiente a la adquisición de material para la adopción de ciertas medidas elementales de seguridad.

Son también teóricamente observables supuestos de delito frustrado del 348 bis a)⁵⁰. Quien envía a un grupo de mineros a una profunda galería en la que no se han realizado las oportunas tareas de entibamiento y en la que por lo tanto cualquier actividad implica un grave peligro para su agente, comete un delito frustrado contra la seguridad e higiene en el trabajo si antes de llegar a la galería en cuestión los trabajadores detienen el aparato de descenso, deciden volver a la superficie, y se niegan a emprender la actividad ordenada⁵¹.

de Código Penal de 1962 ("Niederschriften...", *cit.*, p. 771). El proyecto de 1962 contemplaba en su § 334 un tipo relativo a la inutilización de los dispositivos de protección del trabajo ("Beeinträchtigung von Arbeitsschutz-vorrichtungen") en el que la tentativa era punible. ROHR propone otros dos posibles supuestos de tentativa: grúa cuyos topes han sido defectuosamente instalados - la consumación acontecería con el funcionamiento de la misma -; edificio construido con un material inadecuado y que puede derrumbarse al llegarse a una cierta altura en la edificación ("Die Gefährdung...", *cit.*, p. 68).

Puede resultar interesante constatar el dato de que nuestro Tribunal Supremo ha considerado que existía tentativa de delito contra la salud pública en el comportamiento de transportar carne en mal estado para hacer embutidos (STS 4.2.59, Ar. 335), en el de picar carne en mal estado para hacer embutidos (STS 18.1.64, Ar. 259) y en el de conducir animales en mal estado para llevarlos a la venta (STS 6.6.1905, CL 318). En relación con esta doctrina jurisprudencial *vid.* FARRE TREPAT, "La tentativa...", *cit.*, p. 207).

⁵⁰ Para ROHR, en relación con el art. 229 del Código Penal suizo, son "apenas imaginables" ("Die Gefährdung...", *cit.*, p. 68).

⁵¹ BENDEL propone, en relación con el art. 229 del Código Penal suizo, el supuesto del director de obra que dicta una instrucción contraria a las normas elementales de seguridad y que dará lugar previsiblemente a una puesta en peligro. Las órdenes no llegan a ser

7. La diferencia más notoria entre la estructura del delito de peligro y la de la tentativa y frustración del correlativo delito de lesión se suele situar en sus aspectos subjetivos⁵². Mientras que en las formas imperfectas de ejecución se exige la voluntad del autor de cometer el delito consumado⁵³ y se rechaza la punición de la tentativa y la frustración del delito imprudente⁵⁴, el delito de peligro admite tanto la forma dolosa como la imprudente, y no requiere para ésta última más voluntad en el autor que la

obedecidas por los trabajadores por la intervención de la Inspección ("Die strafrechtliche Verantwortlichkeit...", cit., p. 105). Como frustración de un delito omisivo habría de considerarse también la conducta del arquitecto que en el cumplimiento de su única y específica misión planificara un edificio sin las elementales medidas de seguridad, de modo que de no intervenir otros factores distintos de su propia y voluntaria rectificación, es objetivamente previsible el acaecimiento de un grave peligro para uno o varios trabajadores. ROHR califica el supuesto de tentativa inacabada de un delito del art. 229 del Código Penal suizo, cuya conducta típica consiste en la dirección (*Leitung*) o la ejecución (*Ausführung*) de una obra, pues considera la planificación como una parte de la dirección ("Die Gefährdung...", cit., pp. 67 y s.). La calificación es correcta si la actividad de dirección posterior a la planificación es necesaria para la continuación de la obra peligrosa.

⁵² Como afirma SILVA SANCHEZ ("Consideraciones dogmáticas...", cit., p. 3).

⁵³ Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, comentario al art 3, en Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo, "Comentarios...", cit., pp. 95, 124; FARRE TREPAT, "La tentativa...", cit., pp. 62 y ss., 130; MIR PUIG, "Derecho Penal...", cit., pp. 369, 374; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO Y HUERTA TOCILDO, "Derecho Penal...", cit., pp. 452, 454.

⁵⁴ La posibilidad de la aplicación de las formas imperfectas de ejecución a los delitos imprudentes es admitida por un amplio sector de la doctrina (como afirma FARRE TREPAT - "La tentativa...", cit., pp. 125, 133 -; vid. por ejemplo RODRIGUEZ MOURULLO, comentario al art 3, en Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo, "Comentarios...", cit., p. 148). No se defiende en cambio su punición (afirmación de nuevo de FARRE TREPAT - op. ul. cit., pp. 127 y s., 133 -; vid. por ejemplo, RODRIGUEZ MOURULLO, op. ul. cit., pp. 96, 148 y s.) salvo por la vía del error vencible de tipo (cfr. FARRE TREPAT, op. ul. cit., pp. 126 y ss.; MIR PUIG, "Derecho Penal...", cit., p. 369). La aplicación de las formas imperfectas de ejecución a los delitos que se cometen con dolo eventual es aceptada por la doctrina y la jurisprudencia (como afirma FARRE TREPAT - op. ul. cit., pp. 131 y s. -; por ejemplo: RODRIGUEZ MOURULLO, op. ul. cit., p. 98).

correlativa al comportamiento causante del resultado de peligro. Salta entonces a la vista que esta diferencia en el plano subjetivo aporta argumentos decisivos a la justificación de la creación de nuevos tipos de peligro y a la permanencia de los existentes. Se ha de tener en cuenta que los delitos de peligro se pueden cometer imprudente y dolosamente, y que los delitos dolosos de peligro comprenden tanto aquellos comportamientos en los que el dolo del autor se detiene en la situación de peligro, quedando el posible delito de lesión tan sólo en el ámbito de la imprudencia⁵⁵, como aquellos otros en los que, más allá, existe en el agente una voluntad de consecución del resultado lesivo. Pues bien: de estos tres grupos de atentados contra la seguridad de otro bien⁵⁶ sólo los comportamientos correspondientes al tercero quedarán subsumidos por los tipos de tentativa y frustración del delito de lesión. Este hecho cobra especial trascendencia para la comparación emprendida, dado que los comportamientos imprudentes en relación con el resultado de lesión son frecuentes en el ámbito que analizamos (b) y dado que, a pesar de que en los

⁵⁵ El dolo en relación con el peligro parece implicar, al menos, una actitud imprudente en relación con el posterior resultado de lesión. La causación del grave peligro, desvalorada ya por el legislador como resultado, supone una infracción del deber objetivo de cuidado en relación con el bien jurídico posterior. En sentido similar, HORN ("Konkrete...", cit., pp. 205 y 209).

⁵⁶ No parece posible configurar con una cuarta combinación (imprudencia y dolo) un cuarto grupo de comportamientos, pues no parece posible actuar imprudentemente en relación con el resultado de peligro y dolosamente en relación con el resultado de lesión con origen en dicho peligro: el dolo de lesión presupone el dolo de peligro. HORN indica que esta afirmación es unánime en la doctrina ("Konkrete...", cit., p. 204); al respecto, también, CRAMER (Schönke - Schröder, "Strafgesetzbuch...", cit., § 311, nm. 11).

delitos de peligro concreto el dolo de peligro supone, al menos, dolo eventual de lesión (a), el 348 bis a) no pertenece a aquél grupo⁵⁷.

a) HORN defiende la imposibilidad de que existan comportamientos que sean a la vez dolosos en relación con el peligro concreto e imprudentes con respecto a la lesión. El autor sólo tiene dolo de peligro cuando existe un dolo de lesión⁵⁸. Partiendo de su particular concepción de la situación de peligro concreto - sólo se da cuando la exclusión del resultado se presenta como inexplicable⁵⁹ - considera que ésta requiere "que el autor pueda evitar objetivamente la lesión pero subjetivamente no quiera hacerlo" o que "a pesar de su voluntad de evitación se sienta objetivamente incapaz de ello". En este segundo caso - en el primero existe como presupuesto dolo de lesión - el dolo en relación con la situación de peligro concreto alcanza lógicamente la representación del autor de la producción del posible resultado como independiente de su voluntad. "Y ello no es otra cosa que el dolo de lesión."⁶⁰

Si el dolo de peligro concreto es dolo de peligro muy grave y es, además, dolo en relación a la indominabilidad ordinaria propia y ajena del curso de riesgo, es patente

⁵⁷ Vid. *infra* V.6.1.3.a.

⁵⁸ "Konkrete...", *cit.*, p. 209.

⁵⁹ Vid. *infra* V.6.1.b.aa.

⁶⁰ *Op. ul. cit.*, p. 208. WOLTER defiende también la identidad de dolo de peligro y dolo de lesión e indica que esta postura es en Alemania aún atrevida y minoritaria ("Objektive und personale...", *cit.*, pp. 209 y ss.).

que, ya se defiende la tesis de la probabilidad, ya la del consentimiento, estamos definiendo, a la vez, una actitud de dolo eventual de lesión. Si el dolo eventual consiste en el conocimiento y en la voluntad de la alta probabilidad de acaecimiento del evento dañoso, parece obvia su coincidencia. Por otra parte, quien origina una situación de alta propensión al daño hasta el punto de dejarla escapar de su control, y conoce y quiere tanto la alta probabilidad como su falta de dominio, no podrá dejar de asumir el resultado de lesión⁶¹.

El dolo de peligro no concreto, sin embargo, no camina anudado al dolo eventual de lesión. Se puede conocer y querer la situación peligrosa derivada del propio comportamiento sin querer por ello, ni siquiera eventualmente, el resultado lesivo. La vida cotidiana nos

⁶¹ En este sentido, WOLTER ("Objektive und personale...", cit., p. 212). SILVA SANCHEZ cuestiona la tesis de HORN de identificación de dolo de peligro concreto y dolo eventual de lesión. Considera el autor español que difícilmente puede mantener HORN la inexistencia de situaciones de peligro concreto en los supuestos de desistimiento activo y en los de "intento de asustar". En relación con el primer caso se ve obligado el autor alemán a hacer depender el resultado objetivo de peligro del dato subjetivo de la falta de disponibilidad del autor para la evitación de la lesión ("Consideraciones dogmáticas...", cit., p. 39; cfr. HORN, "Konkrete...", cit., p. 208); en el segundo supuesto, a calificar de aparente la situación peligrosa, cuando la realidad demuestra con el frecuente acaecimiento del resultado lesivo su carácter real y objetivo ("Consideraciones dogmáticas...", cit., p. 3; cfr. HORN, "Konkrete...", cit., p. 209). Los ejemplos transcritos no son, a nuestro juicio, determinantes. No hay aún peligro concreto si hay posibilidad ordinaria de desistimiento activo. Y si éste se produce por una intervención extraordinaria del autor, en cuya eficacia, por lo tanto, no cabía confiar *ex ante*, no había de haber en él, previamente, un dolo eventual de lesión. Por su parte, el intento de asustar sólo generará una situación de peligro concreto cuando el autor haya perdido el dominio ordinario del hecho, en cuyo caso no podrá tampoco negarse la concurrencia de un dolo eventual de lesión si concurre dolo con relación a aquella situación.

nuestra frecuentes ejemplos de voluntad dirigida a la realización de un comportamiento peligroso en cierto grado para un bien en la confianza de poder evitar un resultado lesivo para el mismo, sin que de ninguna manera se asuma, apruebe o acepte su producción y sin que tampoco sea la probabilidad de conocimiento de la lesión de grado suficiente como para penetrar en el campo del dolo eventual. El tráfico rodado y la actividad laboral nos ofrecen múltiples ejemplos de comportamientos en los que el beneficio para el agente se deriva del mantenimiento de la situación peligrosa para bienes propios o ajenos y decae o incluso se torna en perjuicio desde el momento en que el peligro se convierte en una lesión para los mismos.

b) La segunda cuestión que enunciábamos es la de la determinación de la *actitud del autor de una lesión grave de la seguridad e higiene en el trabajo en relación con la posible consecuente lesión de la vida, la integridad física y la salud del trabajador*. Para su análisis es conveniente recordar que el interés principal del empresario, e indirectamente de sus delegados, se resume en la idea de beneficio. De este modo, mientras que la vulneración de la normativa de seguridad e higiene en el trabajo responde en la práctica totalidad de los supuestos a una determinada estrategia de tipo económico⁶² y es, en esa medida, objeto de la política empresarial, constituyen el accidente de trabajo y la enfermedad profesional eventos indeseables en

⁶² Vid. *supra* I.3.3.

cuanto fuente directa e indirecta de costes⁶³. La actitud volitiva directa del autor de una infracción en materia de seguridad e higiene es habitualmente positiva en relación con ella y con el riesgo que implica, y negativa en relación con el resultado de lesión que considera posible.

El problema surge a la hora de concretar la actitud subjetiva habitual del autor en relación con el resultado lesivo que se representa como posible; en determinar si la imputación del comportamiento que da lugar a este evento se ha de realizar a título de dolo (eventual) o a título de culpa (consciente)⁶⁴. Si el sujeto habría actuado del mismo modo - vulnerando la normativa de seguridad e higiene y creando un grave peligro para la vida, la integridad física o la salud de los trabajadores - aunque hubiera considerado seguro el resultado de lesión o muerte de uno o varios trabajadores - resultado sólo probable en el momento de su comportamiento - habrá en él, según la teoría del consentimiento, dolo eventual: el autor prefiere la muerte o lesión de dichas personas antes que adoptar las pertinentes

⁶³ Entre los primeros sitúa CASTILLO PEREZ "el pago de las medicinas, operaciones, hospital y rehabilitación; pago de indemnizaciones, pérdidas de producción directamente relacionadas con el accidentado, etc.". Las segundas se manifestarán "en forma de pérdidas en tiempo y en productividad o rendimiento. Las pérdidas de tiempo son consecuencia de la suspensión temporal de los trabajos, del tiempo empleado en ayudar al accidentado, investigación del accidente, etc. Las pérdidas en productividad están relacionadas con los daños causados a las máquinas, las interferencias en la producción, las reparaciones, las reacciones de tipo psicológico en otros trabajadores que disminuyen su rendimiento, etc." ("Impacto económico de la accidentabilidad", en Boletín de Estudios Económicos, vol. XXVI, 98, 1.976, p. 411). Vid. también supra I.3.3.

⁶⁴ En torno al dolo eventual en relación con los accidentes de trabajo, vid. ARROYO ZAPATERO, "Manual...", cit., pp. 136 y ss.

medidas de seguridad⁶⁵. La teoría de la probabilidad o de la representación se conforma con menos exigencias para afirmar la exigencia de dolo eventual⁶⁶: al autor de la conducta contra la seguridad e higiene en el trabajo le parece altamente probable la producción de la muerte o las lesiones, por lo que "cuenta con" su producción. Concurrirá simplemente imprudencia en el sujeto cuando no se resigne, no conforme o no asuma el resultado lesivo (primera teoría) o cuando su visión del grado de peligrosidad de la conducta le haga confiar en la no producción del mismo (segunda teoría)⁶⁷.

Ambas actitudes, dolosa e imprudente, en relación con los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales pueden darse, sin duda, en los responsables de la organización del trabajo que infringen la normativa de seguridad e higiene con peligro para sus subordinados. Creemos sin embargo que la segunda es ampliamente predominante⁶⁸. Las razones, dejando al margen otras

⁶⁵ Para el conocimiento de las posturas principales en el marco de esta teoría, vid GIMBERNAT ORDEIG, "Acerca del dolo eventual", *cit.*, pp. 244 y s., 246 y ss., 251 y s.

⁶⁶ Como afirma GIMBERNAT ORDEIG ("Acerca del dolo eventual", *cit.*, p. 244).

⁶⁷ En relación con la teoría de la probabilidad, cfr. GIMBERNAT ORDEIG, "Acerca del dolo eventual", *cit.*, pp. 244 y s., 249 y ss.

⁶⁸ HERZBERG aprecia que "si se pudiera traer plenamente a la luz la posición interna del causante en los accidentes de trabajo, no sería del todo extraña, probablemente, la punición por un delito doloso" ("Die Verantwortung für Arbeitsschutz...", *cit.*, p. 191, n. 75). ARBOYO ZAPATERO considera que "en los accidentes de trabajo se dan supuestos cercanos a las conductas subjetivamente más graves y merecedoras del más elevado reproche punitivo" ("La protección penal...", *cit.*, p. 223). En el mismo sentido se manifiesta C. P. SCHMIDT, si bien indica su carácter excepcional ("Die strafrechtliche

motivaciones de tipo ético, pertenecen al propio discurso económico de la empresa en una sociedad de libre mercado. Las consecuencias económicas del accidente, en primer lugar, son normalmente mayores y más difícilmente calculables que las que implica la adopción de las medidas de evitación. Lo que hace rentable la falta de seguridad, en segundo lugar, es precisamente el cálculo de probabilidad; si, siguiendo la teoría del consentimiento que aplica nuestra jurisprudencia, el autor elimina dicho margen de inseguridad, la fría racionalidad económica le hará optar por una conducta positiva de disminución del riesgo, salvo en los pocos supuestos en los que los costes del seguro accidente, además de previsibles, sean menores que los de las medidas de seguridad⁶⁹. La teoría de la probabilidad permite añadir algún matiz a la cuestión. En la mayor parte de los supuestos, la alta probabilidad de acaecimiento del accidente que implique la omisión de la medida de seguridad hará rentable ésta. Aparte de los supuestos en los que el accidente seguro suponga un menor coste que la medida, podrán darse casos en los que el alto coste de ésta justifique económicamente su omisión y aconseje la asunción del alto riesgo de un desenlace mayor. En cualquier caso, la

Verantwortlichkeit Betriebsangehöriger für Arbeits-unfälle", Bochum - Brockmeyer -, 1.986, p. 25).

⁶⁹ Se ha de recordar en este punto que existen en nuestro Derecho mecanismos tendentes a evitar el aseguramiento de ciertos costes derivados de accidente o enfermedad debidos a la infracción del nivel exigido de seguridad e higiene en el trabajo (vid. *infra* III.3.3, n. 36). BERMAN afirma, por ejemplo, en relación con una poderosa empresa de fabricación de automóviles, que "calcula los costes sistemáticamente, y se ha dado cuenta de que es más barato pagar indemnizaciones por la mayoría de las lesiones o muertes que tratar de prevenirlas" ("Muerte en el trabajo", México - Siglo XXI -, 1.983, p. 120).

imposibilidad de atenuar la pena en nuestro ordenamiento en los delitos cometidos con dolo eventual más allá del marco penal fijado y la peculiar dificultad de prueba de este elemento subjetivo⁷⁰ - más en los supuestos de tentativa y frustración, en los que el juicio hipotético de la teoría del consentimiento se realizan sobre un resultado no acontecido realmente - inclinan a nuestros tribunales en los casos dudosos, a la imputación a título de imprudencia en detrimento de la calificación dolosa, y a la consiguiente impunidad de las formas imperfectas de ejecución⁷¹.

D) Tratamiento jurídico de la tentativa y frustración de los delitos de homicidio y lesiones y tratamiento jurídico del delito contra la seguridad e higiene en el trabajo.

1. En el inicio de este epígrafe cuestionábanos la necesidad de la consideración de la seguridad e higiene en el trabajo como específico bien jurídico-penal a la luz de la protección penal que ya dispensan a este bien los tipos de homicidio y lesiones a través de sus figuras de tentativa

⁷⁰ Dato que destaca HERZBERG y que le hace desistir del estudio de la comisión dolosa del accidente del trabajo ("Die Verantwortung für Arbeitsschutz...", cit., p. 191, n. 75). Similar postura adopta C. P. SCHMIDT ("Die strafrechtliche Verantwortlichkeit...", cit., p. 25).

⁷¹ MUÑOZ CONDE destaca la renuencia de los tribunales a apreciar dolo en los comportamientos más intolerables del tráfico automovilístico (en MUÑOZ CONDE, BERDUGO DE LA TORRE y GARCIA ARAN, "La reforma...", cit., p. 49). ARROYO ZAPATERO llama la atención sobre el efecto de negación de la imputación a título de dolo que tiene la teoría del consentimiento cuando el acusado es un sujeto de buena posición social, como sucede en relación con los accidentes de trabajo: el juicio acerca del conocimiento y la voluntad del autor termina convirtiéndose en un juicio sobre su personalidad ("La protección penal...", cit., p. 223; cfr. al respecto también, GIMBERNAT ORDEIG, "Acerca del dolo eventual", cit., pp. 252 y ss.).

y frustración. Acabamos de llegar a la conclusión de que estos tipos sólo subsumen una pequeña parte de los comportamientos lesivos graves contra la seguridad e higiene en el trabajo. Pretendemos abordar ahora las diferentes consecuencias jurídico-penales que tiene el enfoque de los comportamientos comunes a ambas figuras desde una perspectiva u otra. Obsérvese que este diferente tratamiento punitivo podría justificar ya la existencia del delito de peligro con independencia de su capacidad para subsumir nuevos comportamientos¹².

La configuración de la seguridad como bien jurídico-penal afecta a la posibilidad de que el desistimiento exonere de pena (2), a la trascendencia de la concurrencia de más de un sujeto pasivo (3) y a los cauces de fijación del marco penal (4).

2. Ciertos comportamientos que se hallan tipificados tanto a través de las formas imperfectas de homicidio y lesiones como a través del artículo 348 bis a) y 499 bis encuentran sanción sólo por medio de éstos, aunque el principio de especialidad resolviera la concurrencia de leyes a favor de los primeros. Esto es así porque mientras que el artículo 3 del Código Penal establece que el desistimiento es una causa de exención de la punibilidad para la tentativa y la frustración, no existe ni creemos que deba existir una regla general de ese tipo para los delitos

¹² Siempre que las reglas de resolución de la concurrencia de normas no desplacen automáticamente el delito de peligro.

consumados⁷³. En los supuestos en los que, lesionada ya gravemente la seguridad e higiene en el trabajo y practicados todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito, el sujeto activo consigue voluntariamente evitar la lesión de la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores, persistirá el reproche penal por el desvalor de resultado provocado en forma de lesión a la seguridad e higiene en el trabajo⁷⁴.

Difícil parece, sin embargo, que sea posible aún el desistimiento del autor en relación con el homicidio o las lesiones cuando concurre ya el resultado de grave peligro del 348 bis a); máxime si se concibe el delito del 348 bis a) como de peligro concreto, caso en el que el desistimiento

⁷³ La regla transcrita supone una cierta contradicción inicial entre la valoración que supone la creación de un nuevo bien jurídico-penal y la bagatelización del mismo que supone el no apreciar devaliosa su lesión cuando el sujeto evita la lesión de otro bien jurídico. Habrá de analizarse, sin embargo, particularizadamente si existen delitos de peligro efectivo en los que el desvalor del hecho sea compensable y la lesión del bien jurídico-penal exonerable por razones de política criminal. No creemos que se de la citada posibilidad en relación con los delitos de peligro concreto en los que existe ya un cierto desvalor de resultado - o, si se quiere, si se considera el desvalor de peligrosidad como desvalor de resultado, un relevante y no enteramente compensable desvalor de resultado -.

⁷⁴ En este sentido, en relación con el arrepentimiento o desistimiento activo: SILVA SANCHEZ ("Consideraciones dogmáticas...", cit., pp. 3 y s.), CRAMER (en Schönke - Schröder, "Strafgesetzbuch...", cit., § 311, nm. 11). En el Código Penal alemán se admite, en ciertos delitos de peligro, la posibilidad de atenuación de la pena o incluso de exoneración de la misma en virtud del desistimiento activo del autor en relación con la causación de una lesión más allá del resultado de peligro ya ocasionado (§§ 316.6 y 315 b.6 StGB). En contra de la opinión de BERZ, que postula que en estos casos se debería determinar siempre la impunidad del autor ("Formelle Tatbestandsverwirklichung und materieller Rechtsgüterschutz", Münch - Beck -, 1986, pp. 98 y s.) defiende KINDHAUSER la vigente regulación del Código Penal alemán: se trata de calibrar en qué medida la conjuración de un peligro puede compensar en la medida de la pena la lesión de la vigencia de la norma ("Gefährdung...", cit., p. 220).

activo del autor requiere una medida extraordinaria de salvación.

Constituirán supuestos de frustración, grave peligro y desistimiento activo tanto comportamientos comisivos en los que el sujeto contrarresta su conducta inicial con un curso causal salvador extraordinario de eficacia posterior al resultado de grave peligro (ejemplo a)) como comportamientos omisivos en los que el garante adopta una medida extraordinaria de salvación que impide la concreción del grave peligro (ejemplo b)). No es fácil imaginar supuestos comisivos u omisivos en los que la duración de la fase de grave peligro - consumado ya el delito contra la seguridad e higiene en el trabajo concebido como delito de peligro no concreto⁷⁵ - permita el desistimiento simple del autor o la actuación ordinaria del garante en fase aún de tentativa en relación con el homicidio y lesiones. Sólo si la suspensión de la actividad tras la concurrencia del grave peligro y antes de su concreción es posible y se considera como medida ordinaria podrán admitirse casos de tentativa desistida de lesión y delito consumado de peligro.

Ejemplos. a) Ante la urgente necesidad de cumplir un importante compromiso de suministro de material, el empresario minero A envía a un equipo de picadores a una nueva y peligrosa galería en la que no se han realizado todavía las preceptivas tareas de entibamiento. A es consciente de la alta probabilidad de un accidente y, decidido a no detener en ningún caso la actividad, asume la posible muerte o lesión de algún minero. Se produce un derrumbamiento en la parte final de la galería del que milagrosamente salen ilesos todos los trabajadores; algunos de ellos quedan sin embargo encerrados y necesitados de urgente socorro por las escasas existencias de oxígeno. A decide paralizar la actividad y ordenar el rescate de los mineros atrapados, que finalmente se salvan.

b) El trabajador A realiza un trabajo de ornamento en el piso octavo de la fachada de un edificio sin las medidas de seguridad exigibles. La persistente lluvia, la estrechez del andamio y la ausencia de barandillas, de cinturón de seguridad y de red de protección configuran una situación concreta de grave peligro que advierte tanto el trabajador como el encargado de la obra (B), que no está dispuesto a detener esta actividad y que, dada la posibilidad de sustituir al operario en caso de accidente, asume la eventual producción de éste. En vista del empeoramiento de las

⁷⁵ Si se concibe como delito de peligro concreto es imposible que éste se haya consumado y que en relación con el delito de homicidio y lesiones nos encontremos aún en fase de tentativa.

condiciones meteorológicas, arrepentido de su inicial decisión, ante el inminente peligro de caída, B ordena situar la loneta de amortiguación en el lugar probable de caída y envía a otro trabajador (C) a que avise a A de que se retire de su peligrosísimo lugar de trabajo. Antes de que C se pueda comunicar con A, éste cae en la loneta y sale ileso del incidente.

3. La constitución de un nuevo bien jurídico-penal permite al legislador su *definición como bien jurídico individual o colectivo*. Mientras que concurrirán tantas tentativas de homicidio y lesiones como sujetos pasivos existan, el legislador ha considerado irrelevante el número de trabajadores puestos en grave peligro a efectos de delimitación del marco penal.

4. La propia naturaleza de la tentativa y la frustración sujetan la *fijación de la pena* a una estricta relación de proporcionalidad con respecto a la pena del delito consumado. Al configurarse el bien jurídico-penal como bien colectivo esa relación pierde rigidez y adquiere nuevos matices⁷⁶.

⁷⁶ Vid. *infra* V.7.2.3.b.

II.2.7. CONCLUSIONES.

1. Los bienes jurídico-penales del artículo 427 son la salud y la integridad física de los trabajadores. Esta afirmación no requeriría mayor detenimiento, ni este precepto una específica atención en nuestro trabajo, si no fuera por la existencia de una tesis minoritaria que, con argumentos teleológicos y de proporcionalidad, considera que el quebranto apreciable de la salud o la integridad física es una condición objetiva de punibilidad y que, por lo tanto, la seguridad e higiene en el trabajo es el objeto inmediato de protección de la norma.

2. De seguirse esta teoría, además de los inconvenientes propios de las condiciones objetivas de punibilidad impropias en relación con el principio de culpabilidad, se podría objetar la amplitud e indeterminación en que queda la descripción típica y la sospechosa concurrencia en la condición de dos características propias del resultado: el legislador liga causalmente la condición a la conducta; la condición sirve para determinar el concreto marco de la pena a imponer.

La postura criticada no consigue tampoco explicar la exclusión de la muerte de la descripción de la condición, ni la ubicación del precepto entre los delitos de lesiones. Tampoco, finalmente, vienen en su apoyo las razones de proporcionalidad que la motivan, pues, siguiendo su concepción del 427, merecen idéntica pena las lesiones a dos bienes jurídicos claramente diferentes.

3. El artículo 427 contiene un precepto superfluo. Los comportamientos que comprende están ya sancionados, y en la misma medida, por los preceptos generales de lesiones. Ni la función de advertencia de la inclusión de las infracciones de la normativa de seguridad e higiene en el trabajo entre las modalidades comisivas de las lesiones, ni esa misma función en relación con la inclusión en el tipo de los supuestos de dolo eventual, sirven de justificación a su existencia.

4. El bien jurídico-penal de primer precepto del artículo 499 bis es la indisponibilidad *in peius* de los derechos de los trabajadores reconocidos "por disposiciones legales o por convenios colectivos sindicales". Esta constatación explica la inclusión de los convenios colectivos en la remisión normativa y la solución concursal cuando se produce posteriormente un perjuicio económico o de otro tipo. No es, por lo tanto, la seguridad e higiene en el trabajo objeto inmediato de protección de este tipo penal.

5. Los términos en que está formulado el segundo precepto del artículo exigen una interpretación que acote racionalmente, en consonancia con el postulado de *ultima ratio*, el área de intervención penal. Este recorte sólo puede venir dado por la restricción de las modalidades de ataque al bien protegido. La atribución del adjetivo "maliciosa" a la forma y los ejemplos que el legislador incluye en el precepto sugieren que sólo serán típicos los comportamientos de engaño, violencia o amenaza, o aquellos otros cuya artificiosidad dificulte la reclamación de la

victima o el descubrimiento de la ilicitud por parte de los órganos encargados del mismo. La cuasi inherencia del abuso de necesidad en este tipo de conductas conduce a rechazar su inclusión en el elenco de modalidades típicas si no se quiere frustrar el fin restrictivo enunciado.

La seguridad e higiene en el trabajo es una de las condiciones inmediatamente protegidas por el precepto frente a este tipo de ataques, lo que podrá conducir a un concurso de delitos en el caso de que se dé alguno de estas modalidades y el resultado de grave peligro previsto en el artículo 348 bis a).

6. El artículo 489 ter tiene como bien jurídico-penal la seguridad de la vida, la integridad física y la salud de las personas. El diferente ámbito de potenciales sujetos activos y de modalidades típicas no hace posible la aplicación conjunta de ambos preceptos a una misma situación.

7. El bien jurídico-penal del precepto del artículo 348 bis b) es la seguridad de la vida, la integridad física y la salud de las personas. En los supuestos de concurrencia de esta norma con la del 348 bis a) se ha de entender que aquélla desplaza a ésta tanto por razones de especialidad, pues prevé un comportamiento especialmente peligroso y un resultado de peligro concreto, como por razones de alternatividad.

8. Los tipos de homicidio y lesiones protegen mediana y parcialmente la seguridad de la vida, la integridad física

y la salud de los trabajadores, bienes estos últimos que conforman sus bienes jurídico-penales. Mayor detenimiento requiere la comprensión de la relación existente entre las figuras de tentativa y frustración de homicidio y lesiones y la seguridad e higiene en el trabajo.

9. Las figuras de tentativa y frustración no establecen un objeto inmediato de protección diferente del objeto del correspondiente tipo de consumación. Esta tesis se fundamenta en dos datos que nos suministra el artículo 3 del Código Penal. El primero de ellos indica que la voluntad del agente ha de ir dirigida a la lesión del bien jurídico-penal del tipo consumado correspondiente y no únicamente a la seguridad de éste; el segundo, en la automática eficacia exonerante del desistimiento, independiente de la reponibilidad del pretendido bien jurídico, lo que revela una incompatibilidad con la valoración inmediata e incondicional que supone la configuración de éste.

10. La comparación de las estructuras objetiva y subjetiva de los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo, en cuanto delito de peligro efectivo y grave, y de la tentativa y frustración de homicidio y lesiones nos ha conducido a la conclusión de que el primero subsume tres grupos de supuestos que el segundo se muestra incapaz de abarcar.

El primero está constituido por los de escasa peligrosidad objetiva para la vida, la integridad física y la salud de los trabajadores, a través de las formas de la

tentativa y la frustración, pues el adelantamiento del resultado supone un adelantamiento de la consideración del desvalor de peligrosidad; este adelantamiento será tanto más insignificante cuanto más grave sea el peligro exigido en la descripción típica. No existen obstáculos dogmáticos para la apreciación de omisiones tentadas y frustradas en los delitos de peligro concreto y efectivo. La fase de tentativa comienza cuando la proximidad y la peligrosidad del curso de riesgo revelen inequívocamente la voluntad de consumación del omitente. La fase de frustración abarca desde que el garante dejó de tener la posibilidad de una actuación ordinaria en cumplimiento de su deber hasta que se produce el resultado descrito en el tipo, por lo que aquí no es lógicamente posible el desistimiento activo salvo por medio del recurso a medidas extraordinarias.

El segundo grupo lo componen aquéllos supuestos en los que la actitud del autor es imprudente en relación con la lesión de la seguridad e higiene en el trabajo. El tercero quedará integrado por aquéllos otros en los que el dolo del autor comprende el daño grave a la seguridad e higiene en el trabajo, pero no el resultado lesivo para la vida, la integridad física y la salud⁷⁷.

El primero de los supuestos carece de trascendencia, pues aparte de la dificultad de constatación de tentativas de delito contra la seguridad e higiene en el trabajo que no lo sean de homicidio y lesiones, su falta de gravedad

⁷⁷ En sentido similar en relación con las conductas de conducción suicida, SILVA SANCHEZ ("Consideraciones dogmáticas...", *cit.*, p. 4).

aconseja la retirada de la intervención penal en favor de la administrativa, que podrá, por otra parte, sancionarias no en relación objetiva y subjetiva con un resultado más grave, sino como simples comportamientos de denora de una intervención debida⁷⁸. Tampoco son numerosos y también son de difícil constatación los supuestos del tercer grupo. El segundo grupo de comportamientos indicado, sin embargo, tiene una más que considerable entidad, pues agrupa la gran mayoría de los comportamientos lesivos de la seguridad e higiene en el trabajo.

Si el delito contra la seguridad e higiene en el trabajo se concibe como delito de peligro concreto sólo queda el importante grupo de supuestos citado en último lugar como ámbito diferencial entre las figuras comparadas⁷⁹. El comienzo de las tentativas será prácticamente simultáneo y no existirán supuestos en los que el dolo de peligro pueda implicar sólo imprudencia respecto a la lesión.

ii. La configuración de la seguridad como bien jurídico-penal posibilita un tratamiento jurídico diferente al que suministran las reglas generales aplicables a la

⁷⁸ No como tentativa de "peligro concreto", sino como comportamientos de "peligro abstracto"; no como tentativas de puesta en peligro de un cierto bien, sino como comportamientos considerados per se peligrosos.

⁷⁹ Destacamos lo de "importante", pues la identidad de dolo de peligro concreto y dolo eventual de lesión no implicaría, como afirma WEBER, una remisión a los delitos de peligro concreto ("Die Verwerlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte", en ZStW, suplemento, Berlín - Nueva York, Walter de Gruyter, 1987, p. 22).

tentativa y a la frustración. La eficacia del desistimiento, la trascendencia de la concurrencia de más de un sujeto pasivo y los límites del marco penal son susceptibles de una consideración particularizada.

II.3. El artículo 348 bis a) y la seguridad e higiene en el trabajo.

II.3.1. EL BIEN JURIDICO-PENAL DEL 348 BIS A).

1. El bien jurídico-penal del artículo 348 bis a) es la seguridad de la vida y la integridad física de los trabajadores (2); se trata de un bien de carácter colectivo (3) que no incluye necesariamente en su contenido el bienestar del trabajador (4). Esta calificación tendrá consecuencias para la ubicación del precepto en el Código Penal (5) y para la calificación de los supuestos típicos de éste que lo sean además de homicidio o lesiones imprudentes (6).

2. El objeto inmediato de protección de un precepto penal deduce de la redacción que el legislador da al tipo penal¹. En los tipos de comisión y resultado constituirá éste, obviamente, un dato fundamental de la deducción. Lo mismo sucederá en los tipos de omisión y resultado, si bien en este caso la causa de la imputación de éste es la lesión por parte del sujeto activo de una institución que tiene como fin su evitación². En los delitos de mera actividad o de mera pasividad será bien jurídico-penal aquel objeto de valoración positiva vulnerado por la simple realización del comportamiento. Podrá estar constituido por el objeto de un derecho ajeno - como, por ejemplo, el honor -, por una

¹ Vid. supra II.1.4.2.

² Vid. supra II.1, n. 76.

institución - en los delitos de infracción de un deber - o por la simple regularidad de un tipo de conducta, que constituye también, en sentido amplio, una institución - por ejemplo, salvo interpretación correctera, en el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas -. En los delitos de peligro, efectivo o concreto, el bien jurídico-penal lo obtendremos a partir de la situación originada por el comportamiento típico y estará constituido, en todo caso, por la seguridad de otro bien³.

El artículo 348 bis a) incorpora un delito de peligro efectivo y grave para la vida o integridad física de los trabajadores. El objeto inmediato de protección será entonces la seguridad de estos bienes. La prueba de la corrección de estas afirmaciones estará constituida por la respuesta negativa a estas dos cuestiones: ¿es posible realizar el tipo del 348 bis a) y no lesionar la seguridad de la vida o de la integridad física de los trabajadores?; ¿es posible lesionar a través de las modalidades típicas la seguridad de la vida o de la integridad física de los trabajadores y no realizar el tipo del 348 bis a)? Los resquicios de duda que aún puede provocar la respuesta a esta última cuestión provienen de la falta de precisión de las dimensiones del bien jurídico.

³ Los delitos de peligro concreto son indudablemente delitos de resultado, con lo que su mención podía haberse obviado. También lo son, en cierto sentido, los delitos de peligro efectivo, aunque no incorporen a su desvalor global un desvalor de resultado, expresión que creemos que debe reservarse al que suponen la lesión y el peligro concreto.

Cuando el objeto de protección es parcialmente lesionable una correcta descripción del mismo requiere la precisión de sus dimensiones⁴. La seguridad de la vida y la integridad física de los trabajadores es uno de dichos objetos. Una protección penal del mismo respetuosa con el carácter de ultima ratio que debe poseer en un Estado democrático ha de restringirse a aquellos supuestos en los que sea lesionado de un modo particularmente grave; impone que se sancionen únicamente los comportamientos que dan lugar a un serio peligro. A esa solución nos conduce una correcta interpretación del artículo 348 bis a)⁵. Su bien jurídico-penal está constituido únicamente por la seguridad fundamental de la vida y la integridad física de los trabajadores.

La expresión "seguridad e higiene en el trabajo", tan utilizada hasta ahora en este trabajo y desechada a la hora de calificar el bien jurídico del precepto que se supone que se ocupa de ella; comprende, por lo tanto, algo más que un bien jurídico-penal: un determinado tipo de ataques al mismo⁶.

⁴ Vid. supra II.1.4.5.

⁵ Vid. infra II.6.1.3.a.

⁶ Indican que la seguridad e higiene en el trabajo es el bien jurídico protegido por el 348 bis a): FERNANDEZ MARCOS ("La seguridad e higiene en el trabajo ante la reforma...", *cit.*, p. 19), LOPEZ PEREZ y GALVAN DE GRANDA (*op. cit.*, p. 37), RODRIGUEZ RAMOS (comentario al art. 348 bis a), en AA. VV., "Código Penal comentado", Madrid - Akal -, 1.990, p. 658). ARROYO ZAPATERO ("Manual...", *cit.*, pp. 154 y s.), BUSTOS RAMIREZ ("Manual de Derecho Penal. Parte especial", Barcelona - Ariel -, 1.986, p. 81), LUZON CUESTA ("Compendio de Derecho Penal. Parte especial", Madrid - Dykinson -, 1.987, p. 237), MANZANARES SAMANIEGO y ALBACAR LOPEZ ("Código Penal. Comentarios y jurisprudencia", Granada - Comares -, 1.990 - 2ª ed. -,

3. El bien jurídico-penal del 340 bis a) tiene carácter colectivo⁷. Se deduce esta catalogación de la ubicación del precepto en el capítulo dedicado a los "delitos de riesgo en general" y de su referencia a la actividad de los "trabajadores"⁸. Con ella queremos aludir a la posibilidad de que la titularidad del objeto del bien jurídico-penal sea plural sin que ello suponga una pluralidad de infracciones penales y a una consideración inicial del desvalor del hecho con independencia del número de individuos afectados por el mismo, por lo que este dato carecerá de incidencia en la determinación de los límites del marco de la pena típica⁹. Titular del objeto del bien jurídico en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo es una colectividad determinada y unificada por la

p. 876) y MUÑOZ CONDE ("Derecho Penal. Parte especial", cit., p. 469) consideran que el bien jurídico es la seguridad en el trabajo.

⁷ En este sentido: ARROYO ZAPATERO ("La protección penal...", cit., p. 50), BUSTOS RAMIREZ ("Manual de Derecho Penal. Parte especial", cit., pp. 300 y s.), GONZALEZ ORTEGA ("La seguridad e higiene...", cit., p. 225). FERRAJOLI destaca que la salud en la fábrica es un derecho subjetivo del que es titular la colectividad obrera de la fábrica ("Defensa de la salud en la fábrica y artículo 9 del estatuto de los trabajadores", en AA. VV., "La salud de los trabajadores", cit., p. 110; en el mismo sentido se manifiestan BIANCHI D'URSO - op. cit., pp. 71, 74 - y MACCACARO - "Clase y salud", en AA. VV., "La salud de los trabajadores", cit., p. 84 -).

⁸ Como afirma PADOVANI, "la subsistencia de una relación de trabajo condiciona (...) la realización de la ofensa, pero no implica de por sí que la pluralidad de relaciones comporte una pluralidad de ofensas, cuestión ésta que es posible resolver sólo a través de un análisis del contenido y de la estructura del tipo" ("Diritto penale del lavoro. Profili generali.", Milán - Franco Angeli -, 1.983 - 2ª ed. -, p. 240).

⁹ Decimos "inicial" porque, además de que la magnitud del peligro será tomada en cuenta por el juez en la determinación final de la pena a imponer (art. 61.7 CP), caben mecanismos, como la pena proporcional, que relativizan esta afirmación. Para BUSTOS RAMIREZ radica, en general, la especificidad del bien jurídico colectivo en que afecta siempre a una masa de individuos o, por lo menos, a un colectivo ("Los bienes jurídicos colectivos", en RFDUC, 11, p. 188).

comun referencia a una realidad ambiental; la comunidad personal implicada en el riesgo sancionado¹⁰. El carácter colectivo no hace entonces referencia a la titularidad del bien jurídico-penal, rasgo poco específico en cuanto que éste constituye normalmente un concepto abstracto¹¹, ni a que la titularidad del objeto del bien jurídico-penal corresponda a una entidad colectiva o a la colectividad en general¹².

La opción que hace el legislador al configurar así el bien jurídico-penal nos parece acertada. Podía, desde luego, haber protegido la seguridad de la vida y la integridad física del trabajador como condición objetiva individualmente considerada¹³. Con ello habría estipulado,

¹⁰ Vid. BIANCHI D'URSO, *op. cit.*, pp. 73 y ss., 77 y s. 132.

¹¹ Vid. *supra* II.1.4.6.a.

¹² En relación con el 499 bis defienden BAJO FERNANDEZ y DIAZ-MAROTO que estamos ante "intereses del trabajador como perteneciente a una clase social o a un sector del mercado de trabajo" ("Manual...", t. III, *cit.*, p. 172, nm. 15). Creemos que el citado colectivo es titular del bien jurídico en el primer sentido expresado en el texto, pero no en el segundo de ellos: titular también en todo caso del objeto del bien jurídico.

¹³ Difícilmente como un derecho individual en el sentido de posibilidad de disposición individual sobre un objeto, pues, salvo las que tienen su origen exclusivo en el contrato de trabajo o en un convenio colectivo que no las haya declarado indisponibles, el resto de las condiciones laborales tendrán este carácter.

En el Código Penal austriaco existe un precepto (el § 39) que sanciona la dolosa o imprudente puesta en peligro de la vida, la salud o la seguridad corporal de otro. A pesar de su tenor literal y de la existencia de otros dos preceptos titulados "Dolosa puesta en peligro general" (§ 176) e "Imprudente puesta en peligro general" (§ 177), en los que "general" equivale a "una gran cantidad de personas", se interpreta aquél, no como comprensivo de un bien jurídico individual, sino de un bien jurídico limitadamente colectivo: se aplicará cuando los sujetos pasivos sean diez o menos de diez, quedando los demás supuestos abarcados por los §§ 176 y 177 (cfr. KIENAPFEL, "Grundriss...", p. 132, nm. 7 y p. 135, nm. 32; FOREGGER

sin embargo, una regulación menos acorde con la realidad laboral, en la que habitualmente los procesos de riesgo y la falta de condiciones de seguridad e higiene afectan a un colectivo de trabajadores¹⁴; con ello habría desconocido el marcado interés colectivo existente en los derechos laborales, cuya protección, también en los supuestos en los que se encuentra empleado un solo trabajador, se ha apoyado, desde la lucha por su reconocimiento, en una solidaridad que tiende a compensar la situación de desigualdad propia de la relación de trabajo¹⁵; con ello, se habría restado practicabilidad a un precepto especialmente necesitado de ella, al devenir mucho más compleja la aquilatación del desvalor de comportamientos que afectan frecuentemente a un colectivo de personas; con ello, finalmente, se habría dificultado decisivamente la conformación de una sanción que

y SERINI, "Strafgesetzbuch", Viena - Manz -, 1.984 - 3ª -, pp. 413 y s.).

¹⁴ En este sentido, ARROYO ZAPATERO ("La protección penal...", *cit.*, p. 51) y BIANCHI D'URSO (*op. cit.*, p. 74). Acerca del carácter colectivo de la seguridad e higiene en el trabajo afirma GONZALEZ ORTEGA afirma: "Y ello, no sólo porque la seguridad e higiene en el trabajo es un terreno en el que pueden confluír, idealmente, los intereses del conjunto de los trabajadores de una empresa o centro de trabajo. Es algo más. Se trata de un tema en el que los problemas de cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones empresariales se plantean, mayoritariamente, de forma colectiva; donde el comportamiento empresarial tiene una repercusión también frecuentemente colectiva y donde la obtención de un nivel adecuado de seguridad sólo puede decirse que se ha conseguido cuando es, asimismo, general." ("Derecho a la salud y control de los trabajadores", en *EL*, 1.990, 6/7, p. 83).

¹⁵ Cfr. OJEDA AVILES, "La renuncia de derechos del trabajador", Madrid (Instituto de Estudios Políticos), 1.971, pp. 115 y ss. En sentido similar, ARROYO ZAPATERO ("La protección penal...", *cit.*, p. 50) y BIANCHI D'URSO (*op. cit.*, pp. 87 y ss., 79).

sea a la vez proporcional y eficaz desde el punto de vista preventivo¹⁶.

Aunque el carácter colectivo del bien jurídico-penal no impide necesariamente la relevancia del consentimiento, la dificulta notablemente. El consentimiento en materia de condiciones de seguridad e higiene carece de eficacia exonerante porque son indisponibles los derechos reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario (artículo 3.6 ET) y porque las normas reglamentarias a las que se refiere el 348 bis a) se insertan en esta categoría¹⁷. La razón de fondo estriba en la posición subordinada del sujeto pasivo en la relación de trabajo¹⁸. No es, pues, su carácter colectivo la causa decisiva para ello¹⁹; lo único que

¹⁶ Vid. *infra* V.7.2.3.

¹⁷ Vid. *infra* V.4.2.C.a.bb.4.b. Cfr. VILLA GIL, "El principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales", en RPS, 86, 1.970, pp. 36 y s. Destaca este hecho la SAP (Orense) 6.11.86 (nº 272).

¹⁸ Cfr. ALONSO OLEA Y CASAS BAAMONDE, "Derecho del Trabajo", cit., pp. 860 y s.; OJEDA AVILES, *op. cit.*, pp. 107 y s.; VILLA GIL, "El principio de la irrenunciabilidad...", cit., pp. 25 y s. HERZBERG afirma que no se dan aquí los requisitos de la capacidad de consentir: emancipación (*Mündigkeit*) y pleno conocimiento del riesgo ("Die Verantwortung für Arbeitsschutz...", cit., p. 189). OJEDA AVILES sistematiza las teorías sobre el fundamento de la irrenunciabilidad laboral el siguiente modo (*op. cit.*, p. 108): "a) Teorías subjetivas, que derivan de la subordinación consecuencias jurídicas personales que provocan la limitación dispositiva. En este grupo se incluyen la teoría del vicio en el consentimiento, y la de la incapacidad jurídica relativa. b) Teorías objetivas, para las cuales lo que se trata de salvar del posible daño de una renuncia es algo superior al interés del singular renunciante. Tales son las teorías de la protección del interés colectivo de la categoría, del interés público y del interés de terceros."

¹⁹ Como parecen afirmar ARROYO ZAPATERO ("La protección penal...", cit., pp. 50 y s.), BAYLOS GRAU y TERRADILLOS BASOCO ("Derecho penal del trabajo", Valladolid (Trotta), 1.990, p. 50) y C. PEDRAZZI ("El bien jurídico en los delitos económicos", en AA. VV., "La reforma penal. Delitos socio-económicos.", Madrid - Univ. Complutense -, 1.985, p. 295).

exigiria este rasgo seria la dimension colectiva de la conformidad²⁰.

4. La consideracion como bien juridico-penal de la seguridad de la vida y la integridad fisica de los trabajadores frente a los riesgos provenientes de las condiciones en que realizan su prestacion no implica el simultaneo reconocimiento como objeto inmediato de proteccion del bienestar o de la salud psiquica del trabajador. Tampoco, desde otra perspectiva, forman estos últimos bienes parte necesaria del contenido de aquella²¹. Queremos con ello expresar que no ha de concurrir una sensacion de temor o de angustia en los sujetos pasivos del delito para que se cumpla el tipo. El resultado de peligro se afirma con el acaecimiento de una determinada situacion en la que un pronóstico objetivo revela como probable en cierto grado un evento dañoso. El grado de probabilidad y el carácter del daño vendrán indicados en el tipo. Apreciaremos entonces la característica de tipicidad en los comportamientos que sean conformes a la descripción de la conducta del 348 bis a) y que tengan como consecuencia la puesta en peligro de la vida de un trabajador aunque a éste,

²⁰ Diferente es la problemática de la disposición colectiva de bienes de carácter puramente individual. Creemos que se ha de distinguir también, de cara a los mecanismos de disposición, entre bienes colectivos en cuanto propios de un ente supraindividual y bienes que comparten un conjunto de individuos y que tienen un carácter directamente relevante para cada uno de ellos. BAYLOS GRAU y TERRADILLOS BASOCO indican, en relación con la seguridad e higiene en el trabajo, que "afecta a intereses individuales, pero legalmente contemplados en su dimensión colectiva y constitutivos de un bien jurídico transpersonal y estrictamente "laboral" ("Derecho penal del trabajo", cit., p. 50).

²¹ Vid. *supra* I.2.1.

por ignorancia o por temple, la situación no le haya producido la menor connoción.

Las anteriores consideraciones no niegan, como indicamos en su momento²², que la lesión del bienestar del trabajador es un suceso frecuentemente colateral a la lesión grave de la seguridad e higiene en el trabajo. Este hecho explica que el interés de los trabajadores no se sitúa únicamente en preservar la integridad de su salud, su integridad física y su vida, sino también en preservar la integridad de la seguridad de estos bienes²³, y refuerza a su vez la valoración positiva que este bien merece.

5. La actual ubicación del artículo 348 bis a) en el capítulo II ("De los delitos de riesgo en general") del título V ("De la infracción de las leyes sobre inhumaciones, de la violación de sepulturas y de los delitos de riesgo en general") es acorde con la naturaleza de su bien jurídico-penal²⁴. Sin embargo, si la ordenación de los delitos tiene como fin la facilitación de su conocimiento, parece aconsejable de *lege ferenda* agrupar en un mismo capítulo, tal como lo hace la PANCP de 1.983²⁵, la descripción de las

²² Vid. *supra* L2.1.1

²³ En este sentido, ARROYO ZAPATERO ("La protección penal...", *cít.*, p. 49).

²⁴ En este sentido, ARROYO ZAPATERO ("La protección penal...", *cít.*, p. 252).

²⁵ El art. 290 se encuentra en la sección primera ("De los delitos contra los derechos de los trabajadores") del capítulo III ("De los delitos laborales") del título XII ("De los delitos socioeconómicos"). JOVE JANE y MORALES PRATS critican la ubicación de este tipo de delitos en este título y se adhieren a la enmienda nº 482 (GRUPO SOCIALISTA) el Proyecto de Código Penal de 1.980, que proponía la

creación de un nuevo título bajo la rúbrica "De los delitos cometidos con ocasión de las relaciones laborales" (*op. cit.*, p. 15). En sentido crítico señalar en relación con la inclusión de este delito entre los delitos contra el orden socioeconómico se manifiestan ARROYO ZAPATECO, que propone al creación de "un título especial consagrado a la tutela de los derechos e intereses de los trabajadores" ("El Derecho Penal económico en la R. F. de Alemania", en AA. VV., "La reforma penal. Delitos socio-económicos.", Madrid (Universidad de Madrid), 1.985, p. 96). MORILLAS CUEVAS ("Los delitos laborales", en DJ, 37/40, vol. 2, 1.983, p. 122), MUÑOZ CONDE ("La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de ley orgánica de Código Penal", en CPC, 16, 1.982, p. 120) y QUINTERO OLIVARES ("Observaciones...", *cit.*, p. 666; si bien en "Los delitos laborales: perspectivas de reforma" se refiere sólo a delitos sociales que atañen directamente a derechos personales del trabajador - en AA. VV., "I Jornadas Italo-españolas. El nuevo Derecho Penal económico: aspectos fiscales y laborales", Barcelona, Signo, 1.986, p. 75) se manifiestan de acuerdo con la creación de un nuevo título dedicado a los delitos contra los derechos de los trabajadores. Partiendo de una crítica similar a la de JOVE JANE y MORALES PRATS, propone RODRIGUEZ RAMOS "la creación de un nuevo Título que podría denominarse 'de los delitos contra la calidad de vida' o 'contra los medios de vida' que incluyera, junto a estas figuras, los delitos ecológicos, urbanísticos, alimentarios, etc., solución más adecuada que la pretendida en el Proyecto, por considerar al trabajador persona antes que objeto de un mercado de trabajo" ("La protección del orbe laboral en el Proyecto de Código Penal de 1.980", en LL, 205, 1.981, p. 781). BUENO ARUS considera que "si no fuera por el deseo del legislador de dedicar dentro del Código Penal un apartado específico a la tutela del orden socio-económico, su lugar sistemático habría estado entre 'los delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución'" (*op. cit.*, p. 589). AYALA GOMEZ propone, con razón, sustituir la rúbrica del capítulo "De los delitos laborales" por la de "Delitos contra los derechos de los trabajadores reconocidos por las leyes" ("Observaciones críticas sobre el delito social", en RFDUC, 6, 1.983, p. 42). En su trabajo de Derecho comparado de 1.955 señalaba FROTZ que ningún Código Penal dedicaba a la protección de la fuerza de trabajo, en sentido amplio, un apartado especial (*op. cit.*, p. 282). En Alemania, en las discusiones de la Gran Comisión previas al Proyecto de Código Penal de 1.962, se debatió con cierto detenimiento la conveniencia de dedicar un capítulo a la protección de la fuerza de trabajo. El abanderado de esta posición fue R. LANGE, que alegaba el significado psicológico que tendría desde el punto de vista de la política criminal, los inconvenientes que tiene la dispersión para el lector interesado, y el alto valor y concreción que tiene el bien jurídico "fuerza de trabajo" ("Niederschriften...", *cit.*, pp. 526, 528, 781). Esta tesis fue apoyada por DÜNNEBIER (p. 525) y FRITZ (p. 527), y replicada por SCHWALM (pp. 524 y s.), JESCHECK (p. 528), BALDUS (p. 529) y por los especialistas de la comisión que hizo las propuesta para la discusión (pp. 768 y ss.). Se alegaron en contra razones técnicas (SCHWALM, p. 525; comisión de especialistas, p. 770), de impropiedad de la expresión "fuerza de trabajo" (JESCHECK, pp. 527 y s.; BALDUS, p. 529) y de falta de

conductas que se producen en el ámbito laboral y que afectan a los derechos de los trabajadores. No en vano el bien jurídico-penal del 348 bis a) es, actualmente, la seguridad de la vida y la integridad física de los trabajadores. Aunque el precepto protegiera, como creemos correcto²⁶, la seguridad de la vida, la integridad física y la salud de las personas, no por ello habríamos de rectificar la conclusión anterior, pues permanece la modalidad típica de ataque y sigue siendo un trabajador o un colectivo de trabajadores el sujeto pasivo habitual del delito²⁷.

La sección que conforma el artículo que analizamos se denomina "Delitos contra la seguridad en el trabajo". Por las razones ya expuestas acerca de la conveniencia de la utilización de la expresión "seguridad e higiene en el trabajo" debía ser ésta la que figurara en aquella rúbrica.

entidad de un capítulo que quedaría integrado por sólo dos preceptos (SCHWALM, p. 525).

²⁶ Vid. *infra* V.6.2.C.

²⁷ QUINTERO OLIVARES propone que los delitos económicos figuren en leyes penales especiales por razones de especialidad y mutabilidad ("Sobre los presupuestos y limitaciones de la legislación penal económica", en AA. VV., "Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez Vitoria", II, Barcelona - Bosch -, 1.983, p. 790). En contra de esta postura se ha alegado, con razón, que refuerza la impresión de que el delincuente de cuello blanco recibe un tratamiento diferente y más benigno (cfr., "Alternativ Entwurf...", *cit.*, p. 49; en relación con el delito de puesta en peligro en el lugar de trabajo, p. 87); la inclusión de estos delitos en el Código Penal fortalece la conciencia de su gravedad, promueve el efecto de prevención general al favorecerse su conocimiento, y conduce a un mayor interés de los especialistas por su estudio y análisis (cfr. estos argumentos, en relación con la inclusión de los delitos contra el medio ambiente en el Código Penal alemán, CUESTA ARZAMENDI, "La ley alemana de reforma del Código Penal para la lucha frente a la criminalidad contra el ambiente", en *Revista Vasca de Administración Pública*, 1.992, 4, pp. 237 y s.).

6. Si la seguridad de la vida y la integridad física de los trabajadores es el bien jurídico-penal del artículo 348 bis a) podría pensarse que, en el caso de que un comportamiento típico del mismo origen, además del grave peligro, un resultado de lesión de la vida o la integridad física, nos encontraríamos, dada la diversidad de bienes jurídicos, ante un concurso de delitos: homicidio o lesiones imprudentes y grave menoscabo de la seguridad e higiene en el trabajo²⁸. Este razonamiento no es, a nuestro juicio, correcto. La apreciación simultánea de dos normas no depende sólo de la existencia de bienes jurídico-penales diferentes, sino también del tipo de ataques a los mismos, de sus dimensiones y de la relación existente entre ellos. En ciertos supuestos la lesión de un bien jurídico-penal, con lo que ésta queda ya desvalorada con la constatación de aquélla.

El delito contra la seguridad e higiene en el trabajo de nuestro vigente Código Penal es un delito de peligro

²⁸ En este sentido: ARROYO ZAPATERO ("Manual...", *cit.*, pp. 166 y s.), BAYLOS GRAU y TERRADILLOS BASOCO ("Derecho penal del trabajo", *cit.*, p. 50), BOIX REIG (COBO DEL ROSAL, VIVES ANTON, BOIX REIG, ORTS BERENQUER, CARBONELL MATEU, "Derecho penal. Parte especial", *cit.*, p. 402), BUENO ARUS (*op. cit.*, p. 584), CONDE-PUMPIDO FERREIRO ("Contestaciones de Derecho Penal al programa de judicatura", Madrid - Colex -, 1.987, tomo 40, p. 16), MANZANARES SAMANIEGO y ALBACAR LOPEZ ("Código Penal...", *cit.*, p. 876), MUÑOZ CONDE ("Derecho Penal. Parte especial", Valencia - Tirant lo Blanch -, 1.990 -8ª ed.-, p. 470), RODRIGUEZ DEVESA ("Derecho Penal español. Parte especial", *cit.*, p. 1.116). A favor de la solución del concurso ideal de delitos entre el delito de puesta en peligro en la construcción y el de homicidio imprudentes o lesiones imprudentes: en Alemania, NEUMEYER ("Gefährliche Bauführung", en AA. VV., "Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, IX", Berlín - O. Liebmann -, 1.906, p. 180, n. 4); en Suiza, BENDEL (*op. cit.*, pp. 112 y ss., 121, 144), HURTADO POZO (*op. cit.*, p. 278).

efectivo cuyo injusto está constituido por un cierto desvalor de acción y un cierto desvalor de peligrosidad. Para que éste concorra se conforma el legislador con que se produzca una situación de grave peligro para la vida o de grave peligro de menoscabo relevante de la integridad física²⁹ de un solo trabajador. El hecho de que el grave peligro afecte a más trabajadores no aumenta sustancialmente este desvalor, como lo demuestra su irrelevancia a efectos de transformación del marco de la pena.

El injusto de los delitos de homicidio y lesiones suma al desvalor de acción y al desvalor de peligrosidad un cierto desvalor de resultado, que se añade a aquéllos y que, además, concreta el alcance del desvalor de peligrosidad. Como el desvalor de peligrosidad supone también la existencia de un grave peligro para la vida o la integridad física de una persona, habrá que concluir que la norma que sanciona el homicidio imprudente, o, en su caso, la que sanciona las lesiones imprudentes, desvaloran ya todo el injusto del comportamiento lesivo de la seguridad e higiene en el trabajo y de la vida o la integridad física del trabajador. El desvalor de peligrosidad que sancionan los preceptos de homicidio y lesiones no leves imprudentes es, al menos, equivalente al que sanciona el 348 bis a), como queda reflejado en las penas que estas normas prevén. Esta conclusión no se deriva necesariamente de la comparación de otros delitos de peligro para la vida, la integridad física y la salud de las personas con los delitos de homicidio y

²⁹ Vid. supra II.3.1.3 y V.7.2.2.b.

lesiones imprudentes. El delito de tráfico de drogas parece una buena prueba de ello.

Esta solución podría encontrar su excepción en los supuestos en los que el daño a la integridad física sea constitutivo de falta o de delito de lesiones leves del artículo 420.2; en ellos puede pensarse que el desvalor de peligrosidad del hecho no queda suficientemente abarcado por las normas correspondientes; que éstas sólo desvaloran las situaciones de peligro no excesivamente grave o de un menoscabo no relevante. La resolución jurídica de estos casos requeriría el recurso a un concurso de delitos que permitiera abarcar tanto el grave desvalor de peligrosidad como el desvalor de resultado³⁰.

II.3.2. GENESIS DEL PRECEPTO.

1. El artículo 348 bis a) fue introducido en el Código Penal a través de la Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial. Respondía a la necesidad, manifestada por el legislador en la exposición de motivos, de proveer a una mayor "protección penal del trabajo"³¹.

³⁰ Desvalor de resultado que parece no apreciar el legislador en la solución que adopta en el art. 340 bis c) en relación con los delitos contra la seguridad del tráfico.

³¹ Con referencia al nuevo precepto dice así la exposición de motivos de la L. O. 8/83, de 25 de junio: "Sin perjuicio de la subsistencia del actual art. 499 bis, la protección penal del trabajo venía planteando la necesidad de introducir un delito de peligro que, de una parte, no exija el grado de intencionalidad en la conducta que se deriva de aquel precepto, y, de otra, acentúe la obligación de prevenir el daño. A tal fin se introduce un tipo de estructura claramente omisiva, el nuevo artículo 348 bis a), en el que puede subsumirse la conducta del responsable de una actividad laboral que permita el incumplimiento de las medidas de seguridad, dando lugar a situaciones de concreto peligro."

Tras su numérica frialdad continuaban expresando los índices de siniestralidad, a pesar de su continuo descenso desde 1.974, unas condiciones de trabajo intolerables desde una perspectiva mínimamente sensible al valor de la vida, de la integridad física y del bienestar de las personas. En 1.982 fallecían 1.118 trabajadores en el más de medio millón de accidentes con baja acaecidos en los centros de trabajo; de estos accidentes más de 12.000 fueron graves³². Estos datos suponen que se producían una media de casi cincuenta accidentes con baja durante la jornada de trabajo por cada mil trabajadores³³. La tordez de las cifras no revelaba sino la insuficiencia del nivel de seguridad e higiene exigido en los lugares de producción y, sobre todo, la ineficacia de los mecanismos de protección del nivel normativamente determinado³⁴. Este juicio afectaba, naturalmente, no sólo a las medidas de autotutela colectiva y a los mecanismos contractuales y administrativos de protección, sino también a los mecanismos penales. Los tipos del 499 bis y los de homicidio y lesiones apenas subsumían en sus supuestos de hecho una parte de los comportamientos más graves lesivos de la seguridad e higiene en el trabajo: el primero, por su limitado catálogo de modalidades de acción³⁵; los segundos, por su exigencia de un resultado más

³² Vid. *infra* III.3.2 los cuadros estadísticos completos y sus fuentes.

³³ En concreto, 47¹. Vid. *infra* II.4.2 los cuadros estadísticos completos y sus fuentes.

³⁴ Para la relación entre índices de siniestralidad laboral y condiciones de trabajo, vid. *infra* III.3.2.

³⁵ Vid. *supra* II.2.2.

allá de la grave lesión de este bien jurídico³⁶. Por otra parte, los preceptos mencionados no transmitían con suficiente eficacia la intolerable peligrosidad de ciertos comportamientos en el ámbito de la empresa. En esta situación, el refuerzo de la protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo pasaba por su contemplación como bien jurídico-penal y, consecuentemente, por la creación de un tipo que sancionara las infracciones del deber de seguridad que den lugar a situaciones de grave peligro³⁷.

2. Además de por necesidades objetivas de protección, la consideración de la seguridad e higiene en el trabajo como bien jurídico-penal venía avalada por su indiscutible posición de *condición esencial de la vida comunitaria*³⁸ en el nuevo modelo de Estado en el que se constituye España a través de la Ley Fundamental de 1.978³⁹. Como indica ARROYO

³⁶ Vid. *supra* II.2.6. El Fiscal General del Estado, en su Memoria de 1.980, referida a 1.979, llamaba la atención acerca de la falta de racionalidad y realismo necesarios para hacer operante la única norma específica referida a los accidentes de trabajo (el art. 427), que hasta entonces, y también hasta ahora, permanecía inédita ("Memoria elevada al Gobierno de S. M. por el Fiscal General del Estado", Madrid-Reus -, 1.980, p. 97).

³⁷ Como con lúcida anticipación señaló ARROYO ZAPATERO ("La protección penal...", *cít.*, p. 50). En el mismo sentido se expresaba la motivación de la enmienda 1.021 (G. COMUNISTA) al proyecto de Código Penal de 1.980.

³⁸ Lo que "en tantas ocasiones ha declarado esta Sala" (STS 4.6.82, CL 774, cdo. 1º).

³⁹ Vid. *infra* IV.3.1. En este sentido: ARROYO ZAPATERO ("La protección penal...", *cít.*, pp. 51, 247), BAYLOS GRAU y TERRADILLOS BASOCO ("Derecho penal del trabajo", *cít.*, p. 27; afirman estos autores, creemos que incorrectamente, que el modelo constitucional "exigía" la introducción del art. 348 bis a); sobre la relación entre Constitución y Código Penal y sobre los requisitos que legitiman la intervención penal, *vid. infra* IV.2), BUSTOS RAMIREZ ("Manual de Derecho Penal.

ZAPATERO, es la nueva imagen del hombre como hombre en sus posiciones concretas y la nueva orientación del orden socioeconómico hacia fines sociales el motor normativo de la reforma del Código Penal de 1.983⁴⁰.

3. Estos factores impulsores de la intervención penal en esta materia no habían pasado inadvertidos para cierto sector de nuestra doctrina - en primer lugar y con especial lucidez, ARROYO ZAPATERO⁴¹, al que siguieron JOVE JANE y MORALES PRATS⁴² - y de la Fiscalía⁴³ que, con anterioridad a la reforma, postularon abiertamente la inclusión en nuestro Código Penal de un precepto destinado a la protección de la seguridad de la vida, la salud y la integridad física de los

Parte especial", *cit.*, p. 300) y GONZALEZ ORTEGA ("La seguridad e higiene...", *cit.*, pp. 207ss); también la motivación de la enmienda 1.021 (G. COMUNISTA) al proyecto de Código Penal de 1.980.

⁴⁰ "Manual...", *cit.*, p. 5.

⁴¹ "Presupuestos políticos criminales de la protección penal de la seguridad en el trabajo", en RIDP, 1.976, pp. 11 y ss.; "La protección penal...", *cit.*, pp. 248 y ss.

⁴² *Op. cit.*, pp. 32, 35.

⁴³ En la circular 5/1.965 se advertía ya la preocupante situación existente en la construcción en orden a la protección de la vida ("Memoria elevada al Gobierno Nacional por el Fiscal del Tribunal Supremo", Madrid- Reus -, 1.966, pp. 176 y s.). En la memoria de 1.968 se propone ya "incluir otros posibles tipos, quizás en la nueva rúbrica de los 'delitos de riesgo en general' que ha introducido la reforma penal de 8 de abril de 1967" (p. 82). En la de 1.969 se hace constar la postura de la FISCALIA DE BALEARES en el sentido de que "las infracciones en las leyes de seguridad e higiene en el trabajo deben recogerse en su gran mayoría en tipos delictivos y hacer que desaparezcan como infracciones administrativas" (p. 269). La FISCALIA DE MADRID aporta a la memoria de 1.975 lo siguiente: "Los accidentes de trabajo, en los últimos tiempos, ofrecen un balance escalofriante. Debería tipificarse un delito de riesgo contra la integridad física de los trabajadores, por incumplimiento de las disposiciones laborales. No sería necesario que se produjese un resultado; bastaría con el permitir que los trabajadores desempeñen su trabajo sin adoptar las medidas de precaución necesarias" (p. 219).

trabajadores frente a los peligros que dimanaban de las condiciones de realización de su prestación. Las primeras formulaciones en esta misma dirección con vocación inmediata de Derecho positivo se plasmaron en dos enmiendas al Proyecto de Código Penal de 1.980⁴⁴ y en el artículo 290 de la PANCP de 1.983⁴⁵.

4. La adecuación de la protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo a través de un precepto específico venía además confirmada por el ejemplo de los *ordenamientos jurídico-penales de los Estados de modelo constitucional similar al nuestro*⁴⁶. Incluso aquellos ordenamientos que, como el italiano, habían emprendido una vasta despenalización, habían dejado fuera de la misma la protección de la seguridad e higiene en el trabajo⁴⁷.

⁴⁴ N.º 482 (G. SOCIALISTA): "Los que permitan que los trabajadores desempeñen su actividad sin las medidas de seguridad exigibles y con infracción grave de las normas laborales, poniendo en peligro su vida o integridad física, serán castigados con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de seis a doce meses".

N.º 1.021 (G. COMUNISTA): "El empresario o encargado que infringiere dolosa o imprudentemente las normas de seguridad e higiene en el trabajo y pusiere con ello en peligro la vida o la salud de los trabajadores será castigado con la pena de arresto de seis a veinticuatro fines de semana y multa de seis a doce meses".

⁴⁵ "Los que, estando legalmente obligados, no facilitaren los medios para que los trabajadores desempeñen una actividad con las medidas de seguridad e higiene exigibles, con infracción grave de las normas reglamentarias y poniendo en peligro su vida o integridad física, serán castigados con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de doce a veinticuatro meses".

⁴⁶ En este sentido: ARBOYO ZAPATERO ("Manual...", *cit.*, pp. 7 y s.; "La protección penal...", *cit.*, pp. 91 y ss.), FERNANDEZ MARCOS ("La seguridad e higiene en el trabajo ante la reforma...", *cit.*, p. 17) y LOPEZ PEREZ Y GALVAN DE GRANDA (*op. cit.*, p. 3); también, la motivación de la enmienda 1.021 (G. COMUNISTA) al Proyecto de Código Penal de 1.980.

⁴⁷ Cfr. PADOVANI, "Diritto penale...", *cit.*, p. 291; SMURAGLIA, "Diritto penale del lavoro", Padova (Cedam), 1.980, p. 19 y "Il lavoro como

El Código Penal italiano acoge, por una parte, dos tipos de peligro presunto destinados a proteger la existencia y la integridad de los mecanismos de seguridad en los centros de trabajo y, por otra, una agravación de la pena del homicidio imprudente por la violación de la normativa de prevención de accidentes⁴⁸. Este último modelo fue adoptado por nuestro Proyecto de Código Penal de 1980⁴⁹.

El ordenamiento de la R. F. de Alemania sanciona penalmente los daños a determinadas instalaciones mineras que ponen en peligro la vida o la salud de otro y, al igual que los códigos penales suizo y portugués, la infracción de las reglas de la construcción que producen ese mismo resultado⁵⁰. El Proyecto Alternativo alemán, crítico con el reducido ámbito sobre el que se proyectaba el precepto del Código Penal, propone extender la protección penal de la seguridad a todo tipo de empresas y de fuentes de riesgo en el ámbito laboral⁵¹. Se protege también en leyes especiales la puesta en peligro por infracción del Reglamento de Industria y del Reglamento regulador del Tiempo de Trabajo, así como las leyes de Protección de la Maternidad y de Protección del Trabajo Juvenil⁵².

Los ordenamientos penales suizo y portugués, además de los preceptos mencionados, sancionan el apartamiento o la omisión de dispositivos de seguridad con resultado de peligro para la vida y la integridad física

bene protetto⁵, en AA. VV. (coord. M. de Aquilino y G. Palombarini), "Funzioni e limiti del Diritto penale. Alternative di tutela.", Padua (Cedam), 1984, pp. 410, 413; BIANCHI D'URSO, *op. cit.*, pp. 156 y s. Este último autor destaca críticamente la existencia de una subsiguiente despenalización de hecho. En España se ha manifestado recientemente SILVA SANCHEZ en contra de la despenalización de los delitos de riesgo en los que hay un auténtico dolo de peligro concreto ("Consideraciones dogmáticas...", *cit.*, p. 5, n. 65).

⁴⁸ Arts. 437, 451, 589 y 590 del Código Penal italiano. Para una mayor información acerca de éste y de los preceptos de otros ordenamientos extranjeros que se citarán a continuación en el texto, *vid. infra* V.4.1.A.b.2.a.a. y V.7.2.4.b. Cfr. el estudio al respecto de ARROYO ZAPATERO en "La protección penal..." (*cit.*, pp. 65 y ss.).

⁴⁹ Art. 176.

⁵⁰ §§ 317 y 323 del Código Penal alemán; art. 229 del Código Penal suizo; art. 263 del Código Penal portugués.

⁵¹ § 161.

⁵² § 145.2 del Reglamento de Industria; § 25 del Reglamento regulador del Tiempo de Trabajo; § 21 de la Ley de Protección de la Madre Trabajadora; § 58.5 de la Ley de Protección del Trabajo Juvenil.

ajenas⁵³. En la Ley Federal suiza de Seguros de Accidentes se castiga, además, la puesta en grave peligro por infracción de la normativa relativa a la prevención de accidentes y de enfermedades profesionales⁵⁴.

El Código de Trabajo francés, finalmente, establece la responsabilidad penal de los jefes de establecimiento, directores, gerentes y directivos por la infracción de las normas de seguridad e higiene en el trabajo. Esta responsabilidad podrá conducir a la pena de prisión en caso de reincidencia⁵⁵.

5. El proyecto del Gobierno que dio lugar a la Ley Orgánica de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal de 1.983 optó, con buen criterio, siguiendo las propuestas doctrinales apuntadas, por una protección de la seguridad e higiene en el trabajo amplia e inmediata. Se rechazaba así la línea marcada por el Proyecto de Código Penal de 1.980, que proponía la agravación de la pena en los supuestos de muerte y lesiones graves causadas por infracción grave o reiterada de las normas de higiene y seguridad en el trabajo⁵⁶. Contra este sistema surgen varias objeciones:

⁵³ Art. 230 del Código Penal suizo; art. 264 del Código Penal portugués.

⁵⁴ Art. 112.

⁵⁵ Arts. L. 263-2 y 4.

⁵⁶ El precepto (art. 176) decía: "Cuando la muerte o las lesiones graves fueren causadas por impericia o negligencia profesional, o por infracción grave o reiterada de las normas de higiene y seguridad en el trabajo, los Tribunales impondrán las penas previstas en el artículo anterior para los supuestos de imprudencia grave (dos a cuatro años), sin que puedan bajar de la mitad de su máximo". Una técnica similar utilizan los códigos penales italiano (arts. 589 y 590) y holandés (art. 309). Esta fórmula tuvo el apoyo de RAJO FERNANDEZ ("Derecho Penal económico...", cit., p. 544), DIEGO SANTOS (op. cit., p. 49) y de QUINTANO RIPOLLES ("Tratado de la parte especial del Derecho Penal", I, Madrid - Edersa -, 1.961, pp. 642 y s.). También mostró su apoyo a la misma la FISCALIA DE HUESCA ("Memoria elevada al Gobierno Nacional por el Fiscal del Tribunal Supremo", Madrid- Reus -, 1.974, p. 217). Las enmiendas 7 (UCD), 61 (MINORIA CATALANA), 1.534 (COALICION DEMOCRATICA), 446 (PSOE) y LO10 (PCE) pidieron la supresión de ésta regulación. Las tres

frente a los delitos dolosos, en general, el limitado efecto preventivo que tiene la elevación de las penas en los delitos imprudentes en los que, por definición, el sujeto confía en la evitación del resultado⁵⁷; frente a los delitos de peligro, la discriminación de comportamientos de similar desvalor en función de un resultado cuyo acaecimiento depende frecuentemente de factores ajenos a la voluntad del agente; frente a la agravación genérica en virtud de la "profesionalidad" de la imprudencia, comprensiva ya de muchos de los supuestos cuya pena se quiere ahora exasperar, la falta de una clara justificación del desigual tratamiento que merecen estas conductas en relación con las conductas imprudentes que se realizan en otros ámbitos vitales⁵⁸.

La propuesta se alejaba igualmente de la reserva de la protección penal de la seguridad para ámbitos laborales especialmente peligrosos, como minas y construcción, al estilo de los códigos alemán, portugués y suizo. Una norma de este tipo dejaría sin sanción comportamientos de desvalor

primeras por "la relación de dependencia que se establece en el proyecto entre la actividad profesional y la infracción de las Normas de Seguridad e Higiene en el Trabajo, que parece desprenderse de la cópula 'o'". El argumento parece difícil de aceptar, pues ni se establece tal dependencia ni 'o' es una cópula, sino que expresa precisamente lo contrario: una disyunción. Las del PSOE y PCE alegaban que no se debía imponer al tribunal reglas automáticas de valoración de la imprudencia. Estos dos partidos postularon la creación de un tipo específico protector de la seguridad e higiene en el trabajo (vid. *supra* II.3.2.3).

⁵⁷ Vid. *infra* (p. V.1.3) nuestra posición en contra. A favor: ARROYO ZAPATERO ("La protección penal...", cit., pp. 244 y s.), BOIX REIG (en COBO DEL ROSAL, VIVES ANTON, BOIX REIG, ORTIS BERENGUER, CARBONELL MATEU, "Derecho Penal. Parte especial.", cit., p. 388), GIMBERNAT ORDEIG ("¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?", en "Estudios de Derecho Penal", cit., p. 156).

⁵⁸ Vid. *infra* V.1.3.

similar al de los incriminados por el simple hecho de producirse en un sector de la producción que es estadísticamente menos peligroso. No existe, pues, justificación para proteger en distinta medida objetos del bien jurídico-penal igualmente amenazados.

Se desechaba asimismo la opción de creación de un tipo de peligro presunto, de mera actividad, dirigido a sancionar las infracciones más graves del deber de seguridad con independencia de que originen una situación especialmente peligrosa, tal como hace el ordenamiento italiano. La razón fundamental estriba, además de en las objeciones de legitimidad que despierta este tipo de delitos, que comprenden comportamientos que no son en realidad peligrosos⁵⁹, en el respeto al principio de necesidad de la intervención penal: en la vocación del Derecho Penal democrático de constituir la ultima ratio en la ordenación de la convivencia social⁶⁰.

Tampoco se asumió el criterio del Código Penal austriaco de dedicar sendos preceptos a la punición de la puesta en peligro dolosa y culposa de una "gran cantidad de personas o de bienes patrimoniales ajenos" (par. 176 y 177), y otro a la puesta en peligro dolosa o culposa de la vida, la salud o la seguridad corporal de otro (par. 89)⁶¹. Un artículo del tenor del citado en primer lugar carece del

⁵⁹ Vid. *infra* V.6.1.c.

⁶⁰ En relación con estos principios *vid. infra* IV.2.3.B.

⁶¹ El ordenamiento suizo incluye en su Código Penal un precepto que sanciona la dolosa puesta en inmediato peligro de otro (art. 129).

efecto preventivo que supone la descripción más específica del comportamiento sancionado, prevé un resultado indeterminado y de difícil constatación, y subsume en un mismo tipo conductas de diferente desvalor, con el riesgo de que las más leves arrastran al precepto a su inaplicación⁶². El segundo precepto es también indeterminado en la descripción del resultado de peligro; además, al proteger la seguridad como bien jurídico-penal individual, ignora las ventajas que aporta la configuración del bien como bien colectivo⁶³.

6. El proyecto del Gobierno decía así: "Los que estando legalmente obligados no vigilen o faciliten los medios para que los trabajadores desempeñen una actividad con las medidas de seguridad exigibles, con infracción grave de las normas reglamentarias y poniendo en peligro su vida o integridad física, serán castigados con la pena de arresto mayor o multa de 30.000 a 150.000 pesetas"⁶⁴. Retiradas las enmiendas de supresión del Grupo Popular en el Congreso (la número 83) y en el Senado (la número 28), que alegaban que "pretende tipificarse penalmente lo que ya son infracciones

⁶² En sentido similar, ARROYO ZAPATERO ("La protección penal...", cit., p. 248).

⁶³ KIENAPPEL critica la amplitud de este último precepto y destaca las objeciones que despierta desde la perspectiva del principio de determinación ("Grundriss...", cit., p. 132, nm. 3). En sentido similar, critica SCHUBARTH el art. 129 del Código Penal suizo ("Kommentar zum schweizerischen Strafrecht", I, Berna - Stämpfli -, 1.982, p. 242 y s., 245 y s., nm. 1, B, 26). El estudio de M. WILLFRAT muestra que los supuestos a los que se suele aplicar son la puesta en peligro de órganos de policía en el tráfico rodado y los disparos con armas de fuego ("Gefährdung des Lebens nach Art. 129 StrGB", en SchZSt., 1.968, pp. 286 y ss.)

⁶⁴ BOCC, Congreso de los Diputados, serie A, n.º 10-I (25.2.83), p. 55.

administrativos o laborales, sin que se justifique este cambio de naturaleza por un mero delito de peligro, que apunta hacia un claro sectarismo contra los empresarios⁶⁵, la discusión parlamentaria se centró en tres puntos: las modalidades de conducta típica⁶⁶, el objeto cuya puesta el peligro debía exigir el resultado⁶⁷, y la cuantía y el tipo de sanción⁶⁸. El texto fue el siguiente: "Los que estando legalmente obligados no exijan o faciliten los medios o procuren las condiciones para que los trabajadores desempeñen una actividad con las medidas de seguridad e higiene exigibles, con infracción grave de las normas reglamentarias y poniendo en peligro su vida o integridad física, serán castigados con la pena de arresto mayor o multa de 30.000 a 150.000 pesetas⁶⁹. En la reforma del Código Penal de 1.989 se elevó la multa a la de 100.000 a 500.000 pesetas⁷⁰.

II.3.3. ANTECEDENTES.

1. El artículo 348 bis a) no es pionero en la inmediata y específica protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo. Ya en el Código Penal de 1.928

⁶⁵ BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, nº 10-1.1 (14.4.83), p. 62. BOCG, Senado, serie II, nº 15.b (19.5.83), p. 35 y nº 15.c (26.5.83), p. 67.

⁶⁶ Vid. *infra* V.4.1.A.b.1.

⁶⁷ Vid. *infra* V.6.2.B.3.

⁶⁸ Vid. *infra* V.7.1.1.

⁶⁹ BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, nº 10-IV (26.3.83).

⁷⁰ L. O. 3/89, de 21.6, de Actualización del Código Penal (BOE 148, 22.6).

introdujo el legislador, junto con otros preceptos cuyo fin primordial era la protección de la seguridad colectiva ante los riesgos de la producción⁷¹ y la protección de la integridad de los aparatos de seguridad⁷², un artículo que tipificaba la imprudente puesta en peligro de la salud o la vida de los empleados en industrias peligrosas (art. 578).

El artículo 578 sancionaba con las penas de dos meses y un día a un año de prisión y multa de 1.000 a 50.000 pesetas a "los que dirigieren la instalación o instalaren aparatos de seguridad utilizados para proteger la vida o la salud de los empleados en minas, trabajos subterráneos o en cualquier género de industrias peligrosas dando lugar por su imprevisión, imprudencia o impericia a un peligro para la salud o la vida de aquéllos". Igual pena merecerán "los encargados de la conservación o reparación de los mencionados aparatos" y "los funcionarios encargados de su inspección", siempre que su comportamiento imprudente origine el mencionado peligro. El bien jurídico-penal del precepto es, sin duda, la seguridad de la vida y la salud de los trabajadores, si bien limita el tipo las modalidades típicas a la defectuosa instalación de aparatos de seguridad, y los sujetos pasivos de la acción a cierto tipo de trabajadores.

El artículo 567 castigaba con una pena de dos a seis años de reclusión al que maliciosamente destruyere o

⁷¹ Arts. 569, 570, 571 y 577.

⁷² Art. 567.

deteriorare aparatos de seguridad usados para la protección de la vida o la salud de los empleados en industrias peligrosas. La no exigencia de un resultado de peligro convierte la seguridad e higiene en el trabajo en una inadecuada descripción del bien jurídico-penal del precepto, que sería la integridad de los aparatos de seguridad. Como se puede observar, cabe la existencia de supuestos de hecho que se adecúan la tipo sin que exista necesariamente una lesión de la seguridad e higiene en el trabajo.

Dentro del mismo capítulo primero ("Estragos y delitos afines") del título noveno ("Delitos contra la seguridad colectiva"), incluyó el legislador una serie de comportamientos dolosos e imprudentes cuya tipificación perseguía la protección de la seguridad colectiva ante determinadas actividades de producción: construcción y demolición (artículos 568 y 570); construcción de ferrocarriles, caminos, canales, puentes, diques, pantanos, malecones y obras análogas (art. 570); construcción e instalación de aparatos destinados a la producción a aprovechamiento de energías naturales (arts. 571 y 577). Salvo en el supuesto del artículo 568, único doloso de entre los mencionados, los preceptos hacen referencia no sólo a la dirección y ejecución, como aquél, sino también a la conservación, reparación e inspección. Todos ellos exigen infracción de reglamentos o de "las reglas de seguridad debidas" o de "las reglas de fabricación", y un resultado de peligro para la vida o la salud de las personas. Destaca en estos preceptos, además de su excesivo casuismo, "que se

podía haber resumido fácilmente en fórmulas generales⁷³, la asimetría entre preceptos dolosos e imprudentes, y la expresa tipificación de éstos a pesar de la existencia de una cláusula general de punición de la imprudencia (art. 33).

2. Aunque no era la seguridad de la vida, la integridad física y la salud de los trabajadores frente a los riesgos dimanantes de la actividad laboral el bien jurídico-penal del recién derogado artículo 581⁷⁴, sí que lo eran otros objetos frente a otras modalidades estrechamente relacionadas respectivamente con aquel bien y con aquellas modalidades: la seguridad colectiva ante el peligro de incendio que proviene de la utilización de determinados objetos (art. 581.1ª) y las reglas de seguridad concernientes a determinadas actividades de depósito y producción (art. 581.3ª)⁷⁵.

⁷³ Como critican JIMENEZ DE ASUA y ANTON ONECA en el tomo II de "Derecho Penal conforme al Código de 1928" (Madrid - Reus -, 1.929, p. 192).

⁷⁴ L. O. 3/89, de 21.6, de Actualización del Código Penal (BOE 148, 22.6).

⁷⁵ El artículo 581 decía: "Serán castigados con la pena de multa de 1.500 a 30.000 pesetas:

1ª Los que contravinieren las reglas establecidas para evitar la propagación del fuego en las máquinas de vapor, calderas, hornos, estufas, chimeneas u otros lugares semejantes, o construyeren esos objetos con infracción de los reglamentos, ordenanzas o bandos, o dejaren de limpiarlos o cuidarlos, con peligro de incendio.

2ª Los que, infringiendo las órdenes de la autoridad, descuidaren la reparación de edificios ruinosos.

3ª Los que infringieren las reglas de seguridad concernientes al depósito de materiales, apertura de pozos o excavaciones.

4ª Los que infringieren los reglamentos, ordenanzas y bandos de la autoridad sobre elaboración y custodia de materias inflamables o corrosivas, o productos químicos que puedan causar estragos".

3. Una expresa tipificación de los comportamientos lesivos de la seguridad e higiene en el trabajo se hubiera incluido en el texto revisado del *Código Penal de 1983* si el Gobierno hubiera seguido los dictados de la ley de bases que dio origen al mismo: "dar al artículo 423 (...) una formulación en la que se sancione a los que por infracciones graves de las leyes de trabajo ocasionen o puedan ocasionar quebranto apreciable en la salud o en la integridad corporal de los obreros"⁷⁰.

II.3.4. CONCLUSIONES.

1. La lectura de la descripción típica del art. 348 bis a) nos conduce a la conclusión de que su bien jurídico-penal es la seguridad fundamental de la vida y la integridad física de los trabajadores. Esta constatación precisa no sólo la calidad del bien, sino también sus dimensiones. La expresión "seguridad e higiene en el trabajo", por lo tanto, no designa sólo el bien jurídico-penal del precepto señalado, sino que comprende también un determinado tipo de ataques al mismo.

El legislador ha conformado el bien jurídico-penal del 348 bis a) como un bien colectivo. Esta catalogación hace referencia, no a la titularidad del bien jurídico-penal, ni a que la titularidad del objeto del bien jurídico corresponda a una entidad colectiva, sino a la posibilidad de que la titularidad del objeto del bien jurídico-penal sea

⁷⁰ Art. 1, base 7^a, Ley 79/81, de 23.12, de Bases para la Revisión y Reforma del Código Penal y otras Leyes Penales. Las cursivas son añadidas.

plural sin que ello suponga una pluralidad de infracciones penales, y a una consideración inicial del desvalor del hecho con independencia del número de individuos afectados por el mismo. Esta opción se adapta correctamente a la realidad laboral, facilita la aplicación del precepto y posibilita la previsión de una sanción a la vez proporcional y preventiva.

La consideración como bien jurídico-penal de la seguridad de la vida y la integridad física de los trabajadores frente a los riesgos provenientes de las condiciones en que realizan su prestación no implica el simultáneo reconocimiento del bienestar o de la salud psíquica del trabajador como objeto inmediato de protección.

La actual ubicación del artículo 348 bis a) es acorde con la naturaleza de su bien jurídico-penal. Sin embargo, si la ordenación de los delitos tiene como fin la facilitación de su conocimiento, parece aconsejable de *lege ferenda* agrupar en un mismo capítulo la descripción de las conductas que se producen en el ámbito laboral y que afectan a los derechos de los trabajadores. La sección que conforma el artículo que analizamos se debería denominar "Delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo".

La calificación de un comportamiento típico del 348 bis a) que origina, además de un grave peligro, un resultado de lesión de la vida y la integridad física afronta un concurso aparente de normas que se ha de resolver a favor de las que incriminan el homicidio o las lesiones imprudentes.

Esta posición parte de que la solución del concurso de delitos no requiere sólo la diversidad de bienes jurídicos, sino que depende también de sus dimensiones y de la relación que tengan sus contenidos; en segundo lugar, considera que el desvalor de peligrosidad propio de los delitos de homicidio y lesiones imprudentes comprende ya el que supone los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo, que no aumenta sustancialmente por la existencia de más de un sujeto pasivo. Así parece indicarlo la cuantía de las respectivas sanciones. El recurso al concurso de delitos sólo será necesario para comprender todo el injusto del comportamiento típico del 348 bis a) constitutivo, a la vez, de falta o de delito de lesiones leves del artículo 420.ºa, pues estas normas sólo desvaloran las situaciones de peligro no excesivamente grave o de un menoscabo no relevante.

2. El legislador español optó, para el refuerzo de la protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo, por su configuración como bien jurídico-penal, rechazando acertadamente la vía del tipo de peligro presunto y la de la agravación del homicidio y las lesiones imprudentes. La primera de ellas despierta importantes objeciones de legitimidad; la segunda deja sin sancionar comportamientos contra la seguridad e higiene en el trabajo de similar desvalor a los incriminados y discrimina comportamientos imprudentes sin una clara justificación.

III. EFICACIA.

III.1. Introducción.

1. Visto el sistema español de protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo, nos corresponde ahora evaluar su eficacia; ésto es: su adecuación a un fin manifiesto de pervivencia del sistema social¹. Este fin, recordémoslo, es la indemnidad de cierto nivel de seguridad de la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores ante cierto tipo de ataques: los que provienen de las condiciones materiales, personales y organizativas de realización de la prestación laboral. Persiguir este fin supone también perseguir, indirectamente, la indemnidad del nivel de seguridad exigido por el ordenamiento jurídico, más elevado que aquél. Se ha de reiterar que el fin expuesto no figura entre los primordiales de todos los preceptos analizados - no lo hace en los de los artículos 407, 418 y siguientes, y 427 - y que los ataques que tipifican éstos no coinciden siempre con los que ahora exponíamos - el 409.12.2º y el 348 bis b) describen sólo una parte de los mismos -. Esta coincidencia se da únicamente, pues, en el artículo 348 bis a).

El acercamiento al objetivo planteado supone la superación de algunas *dificultades*. Debemos preguntarnos, en primer lugar, de qué hablamos cuando hablamos de eficacia

¹ P. E. NAVARRO destaca que "el estudio de la eficacia del derecho es un aporte relevante para la comprensión de la técnica de control social que plasman los instrumentos jurídicos", y que "avanzar en este terreno es una condición necesaria para intervenir racionalmente, mediante el derecho, en las relaciones sociales" ("La eficacia del Derecho", Madrid - Centro de Estudios Constitucionales -, 1.990, p. 12).

(2)²; habremos de diferenciar, en segundo lugar, entre la eficacia de un sistema normativo y la eficacia de sus concretas normas (3); finalmente, tendremos que enfrentarnos a la consecución de datos suficientes acerca de la aplicación efectiva de las normas y de los comportamientos conformes y desviados de las mismas (4).

2. El término "eficacia", aplicado a un sistema normativo, hace referencia a una relación de correspondencia entre los contenidos de las normas de este sistema y los comportamientos de los sujetos normativos. Salvo que establezcamos convencionalmente un criterio para ello, no se tratará entonces de afirmar de un sistema que es eficaz³ o que no es eficaz, sino de calibrar su relación de eficacia. Cuestión previa será la de determinar el contenido de la relación de correspondencia exigida entre contenido normativo (p) y comportamiento humano: si basta con que el sujeto produzca p (simple correspondencia); si es necesario además que el sujeto conozca la existencia de la norma (acatamiento); o si se requiere también que produzca p en virtud de la norma (cumplimiento)⁴.

Podemos convenir que una norma (N) es mínimamente eficaz cuando la mayoría de los sujetos en la mayoría de las

² Desgraciadamente, como afirma P. E. NAVARRO, "los debates sobre el concepto de eficacia son esporádicos y fragmentarios" ("La eficacia...", *cit.*, p. 15).

³ Basta para ello, según N. HÖBSTER, que el sistema penal estatal evite delitos o que éstos aumenten si se debilita o desaparece el sistema penal ("Zur Generalprävention als dem Zweck staatlichen Strafens", en GA, 1970, pp. 273 y s.).

⁴ Cfr. P. E. NAVARRO, "La eficacia...", *cit.*, p. 16.

ocasiones conforman su comportamiento a lo prescrito por N², constituyendo N, si no una razón excluyente en la motivación de los comportamientos, si al menos una razón de primer orden⁵. Si volvemos al problema concreto que nos ocupa, al sistema normativo de protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo, para la aplicación del baremo de eficacia mínima convenido, nos encontraremos con que los datos que precisamos se reducen básicamente a dos: número de comportamientos desviados y grado de aplicación efectiva de las normas. La inclusión de éste último es necesaria para calibrar la influencia real de la sanción penal en el proceso de motivación de los sujetos a los que se dirige la norma. Presuponemos la influencia prioritaria de la misma en caso de probabilidad razonablemente alta de aplicación, mayor que o junto a otras posibles razones de tipo ético, relativas a la producción, o de temor a otra clase de sanciones⁷. El grado de aplicación, naturalmente, no se mide

⁵ Cfr. P. E. NAVARRO, "La eficacia...", *cit.*, p. 23.

⁶ Debido a la sanción que contiene o al proceso de internalización de pautas de comportamiento que ha motivado (cfr. P. E. NAVARRO, "La eficacia...", *cit.*, pp. 88 y ss.). Para los conceptos de razón excluyente y razón de primer orden, cfr. la obra de J. HAZ "Practical Reason and Norms" (Londres - Hutchinson -, 1975).

Teóricamente cabe también la realización de un análisis de la eficacia de la protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo desde la perspectiva del fin global del sistema democrático: maximización de los márgenes de libertad. Se trataría entonces de la compleja comparación entre la provisión y la restricción de libertad que la intervención penal provoca. Para una mayor reflexión acerca de este concepto, *vid. infra* p.).

⁷ E. TIEDEMANN destaca la ausencia de datos empíricos acerca de la motivación real de las normas penales en los comportamientos humanos ("Welche strafrechtlichen Mittel...", *cit.*, p. C40). En sentido similar: W. HASSEMER, "Fines de la pena...", *cit.* p. 135; MURAGORRI LAGUIA, "Sanción penal y política criminal", Madrid (Reus), 1977, pp. 123 y s.; PÉREZ MANZANO, *op. cit.*, pp. 227 y ss., 230.

en cifras absolutas de sanciones impuestas, sino que constituye la relación de éstas con la cifra de comportamientos desviados. Una aplicación nula de la norma, por la ausencia de comportamientos prohibidos por la misma en su virtud, constituye el caso ideal de su eficacia⁸.

3. Cuando un tipo de comportamientos aparece prescrito por varias normas de un sistema, podrá calibrarse la eficacia de una de ellas, constantes los demás elementos del mismo, por la comparación de sus resultados con los del sistema previo a su inclusión. En nuestro análisis nos interesará especialmente evaluar la eficacia del nuevo 348 bis a) tomando como referencia el sistema anterior a su inclusión en el código, cuyo contenido se reducía, en la práctica, dado el limitado ámbito de protección del artículo 499 bis⁹, a las normas sancionadoras del homicidio y de las lesiones. Este interés no debe extrañar, como más tarde se destacará, pues este precepto constituye uno de los dos básicos del sistema y el único de ellos cuya conformación, por una parte, permite cierta maniobrabilidad y cuya legitimidad, por otra, es susceptible de cuestionamiento.

4. Nuestra indagación en torno a la eficacia de la protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo se centrará, en primer lugar, en la conformidad de los comportamientos reales de los sujetos normativos con los prescritos por la norma. Nos preguntaremos, en negativo, por

⁸ Cfr. H. KELSEN, "Teoría pura del Derecho", México (UNAM), 1978, p. 26.

⁹ O, al menos, su ambigüedad.

la existencia de conductas antijurídicas excesivamente peligrosas para la vida, la integridad física y la salud de los trabajadores en el ámbito de la actividad productiva. Para ello acudiremos a las cifras de delincuencia conocida (III.1); intentaremos calibrar a continuación las dimensiones de la cifra oculta de desviación en este área (III.3). Nos cuestionaremos, en segundo lugar, la influencia real del nuevo 348 bis a) en los sujetos a los que se dirige; para ello recurriremos a las cifras de aplicación real y a las cifras globales de siniestralidad con anterioridad y con posterioridad a 1.983 (III.4).

Pronto se verá que los principales escollos para nuestra investigación son la ausencia de cifras oficiales acerca de la aplicación real de las normas que estudiamos y la lógica dificultad de delimitar la cifra oscura de criminalidad, de dimensiones especialmente relevantes en los delitos de resultado de peligro y en ámbitos donde entre sujeto activo y sujeto pasivo existe una relación jerárquica: al temor de las posibles represalias que puede acarrear una denuncia o una querrela, se une la ausencia de un perjuicio material que impulse una acción tendente a la reparación.

III.2. Delincuencia conocida en materia de seguridad e higiene en el trabajo.

1. Las estadísticas oficiales que facilita la memoria anual del Fiscal General del Estado no precisan la aplicación del precepto que sanciona las lesiones laborales, ni de los que sancionan los comportamientos imprudentes en supuestos de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales; tampoco las causas seguidas por comisión del delito tipificado en el artículo 348 bis a) o por infracción del 499 bis 1ª.2ª en materia de seguridad e higiene en el trabajo. Estos delitos quedan englobados en los epígrafes "lesiones" (art. 427), "imprudencia punible (no tráfico)" (arts. 407, 420 y 421 en relación con el 556), "otros delitos contra la salud pública" (art. 348 bis a)) y "delitos contra la libertad y seguridad" (art. 499 bis 1ª.2ª). No hará falta señalar que los datos globales referentes a la criminalidad en esas áreas poca o ninguna luz puede aportar a la averiguación de las cifras que buscamos¹⁰.

¹⁰ Todo ello denota "una constante estimación del trabajador, en tanto que portador de un bien jurídico específico y diferenciado, como un concepto escasamente relevante, no merecedor de atención estadística particular en ninguno de los supuestos en que, con arreglo a los tipos penales vigentes, podría serlo" (MENA ALVAREZ, "Virtualidad práctica del artículo 348 bis a)", en AA. VV., "Protección penal de los derechos...", cit., p. 48). Similares dificultades de averiguación estadística constata, en la R. F. de Alemania, A. SCHUTZBACH (op. cit., p. 6). El Consejo de Europa ha recomendado a los Estados miembros la elaboración de estadísticas sobre criminalidad económica para la facilitación de investigaciones criminológicas (vid. en RUIZ VADILLO, "La reforma penal y la delincuencia económica. Especial referencia a la protección del consumidor.", en AA. VV., "Reformas penales en el mundo de hoy", Madrid - Universidad Complutense -, 1984, p. 29).

2. Nuestra impresión, derivada de la consulta de las sentencias del Tribunal Supremo, de las sentencias de las Audiencias Provinciales¹¹ y de los comentarios de los autores que han tratado estos temas es que los artículos 348 bis a) y 427 no se aplican¹², que el 499 bis 1^o.2^a no se aplica en materia de seguridad e higiene en el trabajo y que sólo el 565 tiene una cierta aplicación regular en la sanción de homicidios y lesiones imprudentes por infracción del nivel exigible de seguridad. No conocemos ni una sola sentencia que aplique el 348 bis a) o el 499 bis 1^o.2^a en esta materia¹³; en cuanto al 427, se ha hecho famosa la sentencia del Tribunal Supremo de 13.5.69¹⁴, lo cual constituye ya todo un indicio¹⁵. Los homicidios y las lesiones imprudentes, en cambio, cometidos en accidentes de trabajo son sancionados o discutida su sanción en más de

¹¹ Sentencias en apelación de las Audiencias Provinciales en materia civil y penal (recopiladas, seleccionadas y coordinadas por J. L. ALBACAR LOPEZ), Madrid (Ministerio de Justicia).

¹² En este sentido, en relación con el 348 bis a), MENA ALVAREZ (op. cit., p. 53). En la R. F. de Alemania destaca SCHÜNEMANN la baja aplicación del parágrafo 323 del Código Penal ("peligro en la construcción"): unas cincuenta sentencias anuales ("Grundfragen der strafrechtlichen Zurechnung...", cit., p. 4).

¹³ Acerca, en general, de la escasa aplicación del 499 bis, cfr. BUENO ARUS, op. cit., p. 583, JOVE JANE y MORALES PRATS, op. cit., p. 8, QUINTERO OLIVARES, "Observaciones...", cit., p. 666, SAINZ CANTERO, "Los delitos laborales...", cit., p. 337.

¹⁴ CL. 1.040.

¹⁵ La inaplicación del art. 427 ha sido frecuentemente destacada por la doctrina: ARROYO ZAPATERO, "Manual...", cit., p. 139; BUENO ARUS, op. cit., p. 582; BAYLOS GRAU y TERRADILLOS BASOCO, "Derecho penal del trabajo", cit., p. 111; JOVE JANE y MORALES PRATS, op. cit., pp. 3, 31; MUÑOZ CONDE, "Derecho Penal. Parte especial", cit., p. 117; QUINTERO OLIVARES, "Algunas consideraciones críticas sobre los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo en la reforma del Código Penal de 15.11.71", en RJCat, 2, 1.972, p. 312, n. 11.

medio centenar de sentencias del Tribunal Supremo entre 1.981 y 1.988, lo que desde luego no implica que no existan en relación con estos preceptos una cifra alta de criminalidad desconocida¹⁶.

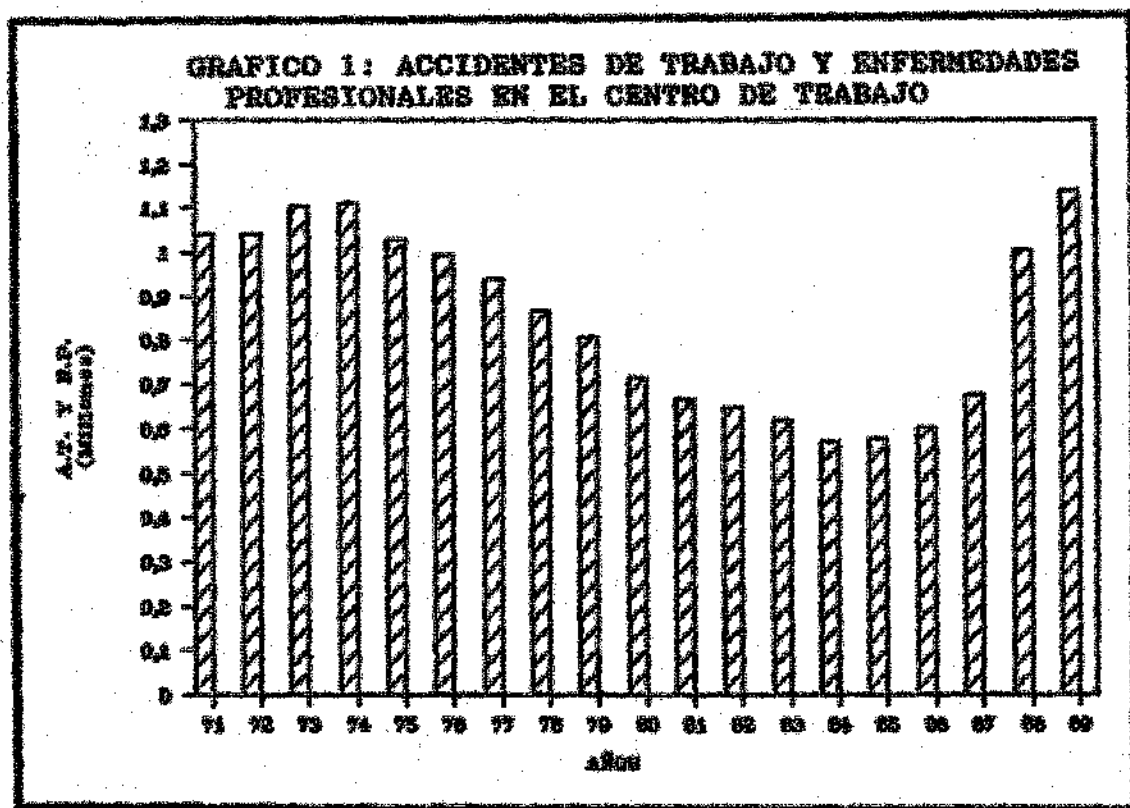
III.3. Delincuencia desconocida en materia de seguridad e higiene en el trabajo.

1. Podemos intentar una aproximación a la delimitación de las dimensiones de la cifra oculta de criminalidad en este área a través de tres series de datos: las cifras totales de siniestralidad laboral (2), el número de sanciones de recargo de las prestaciones por accidente de trabajo e por enfermedad profesional solicitados a partir de una presunta infracción en materia de seguridad e higiene (3), y el número de actas de infracción grave y muy grave levantadas por la Inspección de Trabajo en esta materia (4). Exponemos a continuación las cifras que hemos podido recabar

¹⁶ Según las estadísticas de la Fiscalía, el número de diligencias previas instruidas en 1.989 en materia de "imprudencias punibles (no tráfico)" fue de 14.579 y el número de procedimientos (incluyendo tanto los antiguos procedimientos por delitos menores y flagrantes y los sumarios de urgencia, como los sumarios ordinarios y los nuevos procedimientos abreviados), de 2.055. Aunque no sabemos siquiera con una mínima aproximación el porcentaje que las imprudencias en el ámbito laboral suponen respecto al total de esas cifras, sí cabe señalar que, junto con las imprudencias médicas, parece el más relevante. GUTIERREZ CARBONELL indica que "un porcentaje elevado de los accidentes laborales pasan a engrosar las cifras negras de las estadísticas y no llegan a los juzgados; que aquellos que, escasamente, entran, son defectuosamente instruidos y suelen concluir en archivo, no recurrido; que el exiguo número que pasa a juicio termina con sentencia absolutoria o con condena por falta y, ciertamente, no resulta exagerado afirmar que son raras las sentencias condenatorias por delito en esta materia" ("El Ministerio Fiscal y las imprudencias laborales" - comunicación al IV Congreso de la Asociación de Fiscales -, 1.984, cit. por Arroyo Zapatero, "Manual...", cit., p. 63).

y las limitaciones que ofrece la deducción de las que aquí buscamos¹⁷.

2. Aunque los datos globales referentes a la siniestralidad laboral no permiten una suficiente aproximación a la cifra que buscamos (a) si nos hacen vislumbrar una impresión global al respecto (b).



a) Por una parte, recogen las estadísticas los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales sin discriminación de su origen jurídico o antijurídico; por otra, no comprenden los supuestos de grave peligro que

¹⁷ SCHÜNEMANN expresa la ausencia de datos ciertos acerca de la cifra oculta de criminalidad respecto al delito de peligro en la construcción (par. 323 StGB) ("Grundfragen der strafrechtlichen Zurechnung...", *cit.*, p. 4).

nodesembocan en una lesión o en una enfermedad¹⁸. Se ha de constatar, además, el particular alejamiento de la realidad que muestran las estadísticas de enfermedades profesionales¹⁹ y el carácter normativo de este concepto²⁰.

- ¹⁸ La definición legal de accidente de trabajo (art. 84 LGSS) exige la existencia de una lesión corporal (cfr. ALONSO OLEA "La responsabilidad...", cit., pp. 5 y ss).
- ¹⁹ En la exposición de motivos de la proposición de ley de IU-IC sobre servicios de salud en el trabajo se afirmaba que "se practica un sistemático ocultamiento de las enfermedades laborales y profesionales" (BOCG, Congreso de los Diputados, serie B, nº 140.1 - 10.2.89-). En el mismo sentido se manifestó el ESPASA OLIVER en el Congreso de los Diputados (Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, nº 200 - 20.6.89 -, p. 11.330). CARCOBA ALONSO indica que "la inmensa mayoría de la patología laboral se diagnostica y atiende como enfermedad común". Sólo así se explica que con unas condiciones de trabajo más arriagadas que las de la R. F. A., como demuestra la cifra de accidentes de trabajo, tengamos, con una población activa algo inferior a la mitad de la del citado país, un número de enfermedades profesionales tres veces inferior al mismo. (Acerca, por cierto, de la poca fiabilidad de las estadísticas de enfermedades profesionales en la R. F. A. debido al problema de la relación de causalidad entre trabajo y enfermedad, y a la diferencia conceptual entre enfermedad profesional - *Berufskrankheit* - y enfermedad derivada del trabajo - *arbeitsbedingte Erkrankung* -, vid. R. KONSTANTY y E. REMMEL, "Arbeitsunfälle und arbeitsbedingte Krankheiten", en AA. VV., "Gesundheit...", cit., p. 69.) Las estadísticas en este campo se alejan tanto de la realidad que "en un pequeño taller de Madrid se superan el total de (enfermedades) graves por plomo que las estadísticas dan para toda España" ("Reflexiones sobre la responsabilidad penal por daños a la salud de los trabajadores", en AA. VV., "Protección penal de los derechos de los trabajadores", cit., pp. 55 y s.). El informe del GABINETE DE SALUD LABORAL DE UGT expone diferentes ejemplos de la diferencia entre la verdad oficial y la realidad constatada por informes técnicos solventes en relación con la brucelosis, el cáncer, las hipoacusias y las patologías producidas por las sustancias químicas. Según este informe "el pasado año el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene realizó reconocimientos médicos a más de 40.000 trabajadores, lo que supone el 0'5% del total de asalariados de este país. De dichas valoraciones médicas se les diagnosticaron patologías profesionales a un 4'32% de los trabajadores. Una sencilla extrapolación nos daría una cifra de más de 360.000 patologías de origen profesional en 1.988, cifra que no debe considerarse como descabellada teniendo en cuenta que en países como Dinamarca la relación entre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales es de 2 a 1" ("Evolución social en España", Madrid - Cuadernos ISE -, 1.988, pp. 124 y s.). KELMAN, refiriéndose a los Estados Unidos, indica que "la información sobre la extensión de las enfermedades profesionales derivadas de la exposición a productos químicos es escasa, porque la enfermedad

TABLA 1: ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES EN EL CENTRO DE TRABAJO, CON BAJA, GRAVES Y MORTALES²¹.

| AÑOS | CT | CTCB | CTG | CTM |
|-------|-----------|---------|--------|-------|
| 1.971 | 1.041.003 | 894.833 | 11.274 | 1.398 |
| 1.972 | 1.043.484 | 897.024 | 14.032 | 1.468 |
| 1.973 | 1.103.194 | 948.996 | 14.846 | 1.761 |
| 1.974 | 1.110.910 | 953.941 | 15.121 | 1.700 |
| 1.975 | 1.028.823 | 888.249 | 18.479 | 1.519 |
| 1.976 | 993.668 | 852.814 | 13.713 | 1.601 |
| 1.977 | 936.839 | 802.830 | 12.238 | 1.466 |
| 1.978 | 868.432 | 746.563 | 11.374 | 1.457 |
| 1.979 | 807.083 | 691.083 | 11.344 | 1.306 |
| 1.980 | 714.435 | 599.817 | 11.400 | 1.232 |
| 1.981 | 669.355 | 550.076 | 11.707 | 1.099 |
| 1.982 | 647.179 | 524.309 | 12.096 | 1.119 |
| 1.983 | 620.077 | 494.378 | 11.898 | 958 |
| 1.984 | 572.262 | 448.647 | 10.608 | 1.075 |
| 1.985 | 579.456 | 450.543 | 10.230 | 1.153 |
| 1.986 | 604.063 | 474.122 | 10.612 | 1.105 |
| 1.987 | 676.471 | 538.810 | 11.495 | 1.184 |
| 1.988 | 1.003.142 | 586.892 | 13.834 | 1.324 |
| 1.989 | 1.140.029 | 664.932 | 13.463 | 1.452 |

O sea: para la obtención de la cifra de comportamientos antijurídicos excesivamente peligrosos tenemos datos que se limitan a los comportamientos que ocasionan una lesión efectiva cuya antijuridicidad desconocemos y cuya peligrosidad, además, no es necesariamente excesiva²².

crónica aparece mucho después de la primera exposición, y, porque, a menudo, los síntomas de las enfermedades ocupacionales son idénticos a los producidos por las no ocupacionales" (op. cit., p. 2).

²⁰ No coincidente con el de enfermedad derivada de actividad laboral, pues aquél sólo comprende las expresamente recogidas en el cuadro oficial correspondiente (art 86 LGSS; R. D. 12.6.78) y no todas las contraídas a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena.

²¹ Fuente: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Dirección General de Informática y Estadística, Subdirección General de Estadística. A partir de enero de 1.988, los datos se obtienen en base a una nueva metodología (O. 16.12.87); el cambio metodológico supone una ruptura en las series históricas que afecta, fundamentalmente, al colectivo de los accidentes sin baja, ya que se simplifica el trámite de comunicación de este tipo de accidentes.

²² Comprenden también los accidentes sin baja, muchos de los cuales no implicarán necesariamente un proceso previo de riesgo de daño relevante para la vida, la salud o la integridad física.

b) No debemos, sin embargo, dejarnos vencer por el pesimismo acerca de la utilidad de estos datos de siniestralidad. Aunque el elevado número de accidentes de trabajo no es necesariamente indicativo de un elevado número de situaciones antijurídicas, como se deduce de la propia existencia de un margen de riesgo permitido y de comportamientos imprudentes no previsibles de las víctimas, si que lo es de un sistema que, o bien tolera un alto nivel de riesgo, o bien permite un alto grado de desviación. Como lo primero aparece en buena parte desmentido por la armonización de nuestras normas generales de determinación con las de otros Estados de la CEE y, posiblemente, por el aún insuficiente interés de la negociación colectiva por el tema de la seguridad, adquiere peso relevante el segundo factor²³. Por otra parte, el argumento de la posible baja

²³ De las estadísticas de la OIT ("Anuario de estadísticas del trabajo, 1.989 - 1.990", Ginebra - OIT -, 1.990 - 49ª ed. -) hemos entresacado las tasas de lesiones mortales por cada 1.000 personas ocupadas de los Estados de la CEE de los que constan estos datos. Las cifras corresponden a 1.987 (a 1.986 en el caso de la R. F. A.). Los datos hacen referencia a accidentes declarados (a accidentes indemnizados en el caso de Francia). Los datos son los siguientes. Dinamarca: 0,03; España: 0,12; Francia: 0,075; R. F. A.: 0,060; Reino Unido: 0,017. El Anuario advierte que "la presente información debe ser utilizada cuidadosamente, sobre todo cuando se establezcan comparaciones de carácter internacional. Puede haber diferencias no sólo en las definiciones de las lesiones profesionales que utilizan los países, sino también en la naturaleza de la fuente, los métodos seguidos para la recopilación o la notificación de la información y el alcance de dicha información" (p. 949). Si se parte de un sistema similar de determinación del nivel exigible de seguridad e higiene en el trabajo, la mayor tasa de nuestro país sólo puede deberse a un sistema de protección menos eficaz. ESPASA OLIVER (Agrupación IU) afirmaba en el Congreso de los Diputados que "los trabajadores españoles están sometidos a muchos más riesgos que los europeos, tienen un ambiente de trabajo mucho más polucionado que los trabajadores europeos, enferman mucho más que los trabajadores europeos, tienen más accidentes de trabajo y accidentes mortales que la media de los trabajadores europeos" (Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, nº 200 - 20.6.89 -, p. 11.131).

peligrosidad de los comportamientos previos a muchos de los accidentes y enfermedades parece sólo válido para los datos referentes a los que no ocasionan baja laboral.

GRAFICO 2: ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES EN EL CENTRO DE TRABAJO CON BAJA.

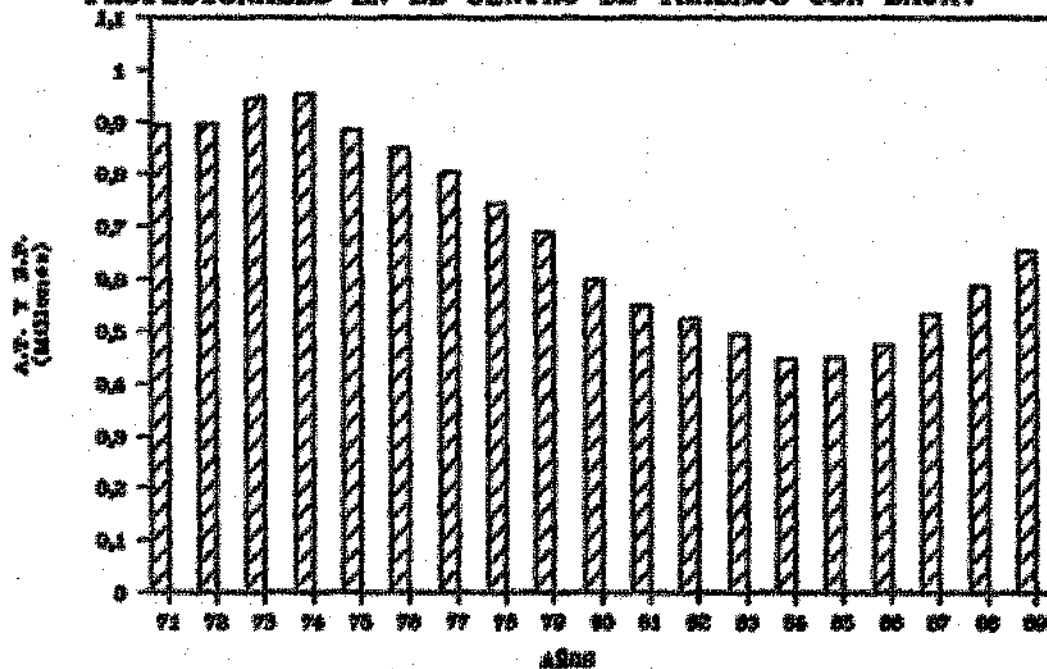


GRAFICO 3: ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES EN EL CENTRO DE TRABAJO GRAVES.

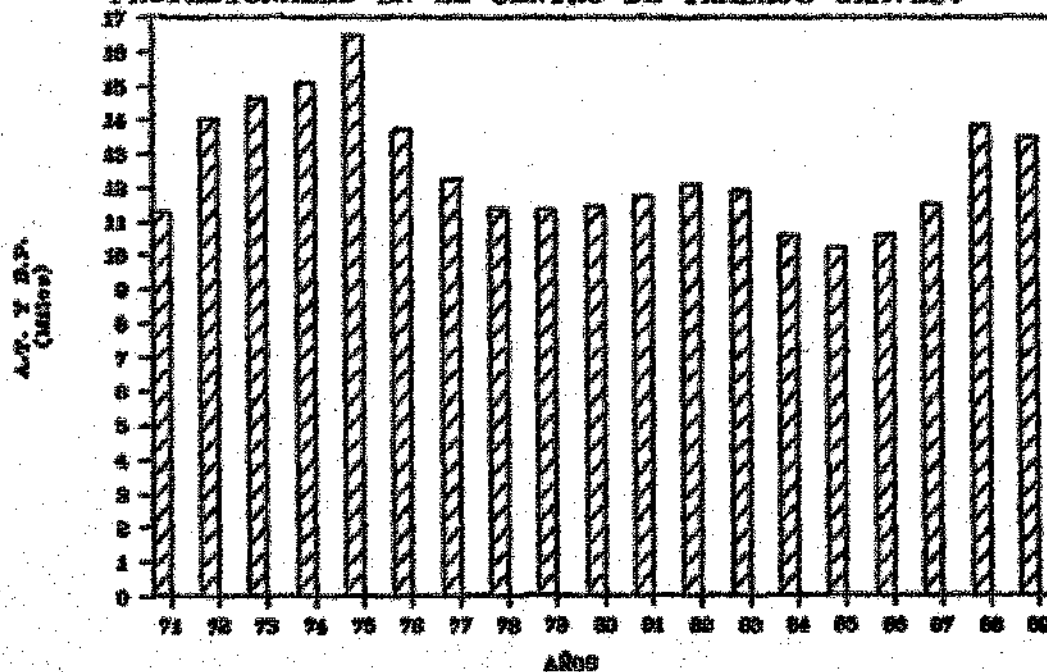
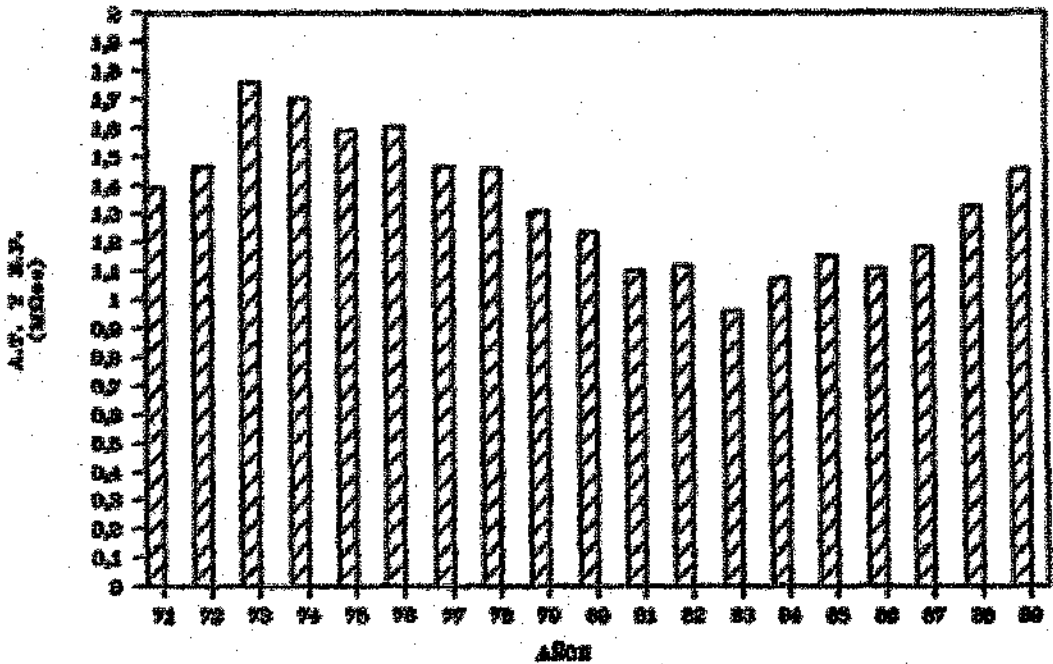


GRAFICO 4: ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES EN EL CENTRO DE TRABAJO MORTALES.



La elevada frecuencia de comportamientos antijurídicos que ocasionan accidentes de trabajo y enfermedades profesionales aparece confirmada por diversos estudios acerca de la relación entre condiciones de trabajo y siniestralidad laboral. De las conclusiones del valioso estudio de VALLS AZORIN acerca de los accidentes por contacto con la corriente eléctrica en España²⁴ merece la pena destacar los siguientes datos: en 282 de los 319 casos analizados (¡un 88'4%!) concurren entre las causas las "actividades o hechos de terceras personas", tales como falta de instrucciones concretas; falta de capacitación del operario; falta de supervisión del trabajo; herramientas, elementos de comprobación o de protección no disponibles o

²⁴ "Estadísticas sobre accidentes por contacto con la corriente eléctrica en España", Madrid (INSHT), 1983.

defectuosos; mantenimiento inadecuado; bloqueo de las protecciones; diseño incorrecto de los sistemas de protección; reparación incorrecta²⁵. Aunque no se especifica en el estudio la antijuridicidad de estos comportamientos, no es difícil su deducción en la mayoría de los casos a la vista de su descripción y de nuestra normativa.

En un estudio, realizado en tres empresas diferentes (montaje y reparación de ascensores, fabricación de calentadores de agua y gas, y fabricación de montacargas y cintas elevadoras) muestra LINAZA ARTIÑANO cómo el número anual de accidentes se reduce a la mitad - de 71 a 35 - tras la aplicación de un plan de seguridad consistente en la aplicación de diversas acciones de formación, adaptación al puesto de trabajo, protección personal, concienciación e información, y verificación del cumplimiento de las normas básicas²⁶. Su utilidad para los fines que aquí nos proponemos requeriría, desde luego, la determinación de cuáles de estas causas pueden encuadrarse dentro de los comportamientos antijurídicos contra la seguridad e higiene en el trabajo: sólo ciertos supuestos de inadaptación, de falta de protección personal, de falta de información y de falta de supervisión son considerados como infracciones administrativas en nuestro ordenamiento²⁷.

²⁵ "Estadísticas...", cit., pp. 33 y ss., 71.

²⁶ "Causas psicosociales del accidente de trabajo", Madrid (ed. del autor), 1.979 (2ª), pp. 414 y ss.

²⁷ SCHUTZBACH considera que el grueso de los accidentes de trabajo con daños personales en la República Federal de Alemania se debe primordial o únicamente a la infracción de los preceptos para la prevención de accidentes de las *Berufgenossenschaften*. El respeto

En la encuesta nacional de condiciones de trabajo de 1.987²⁸ se mencionen datos reveladores acerca del grado de incumplimiento empresarial en materia de seguridad e higiene: una de cada tres empresas no facilita a los trabajadores la práctica de reconocimientos médicos²⁹; un 16'9% de las empresas que tiene a su servicio entre 100 y 500 trabajadores y un 9'5% de las de más de 500 trabajadores incumplen la obligación de contar con un servicio médico de empresa³⁰; una de cada cuatro empresas que tienen a su servicio entre 100 y 500 trabajadores³¹ y el 15'49% de las de más de 500 no constituyen comité de seguridad e higiene³²; sólo el 17'9% de los trabajadores de empresas con plantilla de menos de 100 afirman que existen vigilantes de seguridad en su centro³³; más de un tercio de los trabajadores que utilizan máquinas lo hacen sin que éstas dispongan de mecanismos de seguridad³⁴.

de dichos preceptos evitaría los accidentes de trabajo (cit., p. 31). Las *Berufsgenossenschaften* son "corporaciones de Derecho público con capacidad jurídica y administración propia" que actúan como entidades aseguradoras y que tienen capacidad para la elaboración de preceptos para la prevención de accidentes y para la inspección y el asesoramiento en este campo de las empresas miembros. La pertenencia de las empresas a las mismas es obligatoria (cfr. los párrafos 4, 658.1, 708 y 712 de la *Reichsversicherungsgesetz - Reglamento de Seguros -*, y el 23.1 del libro cuarto del *Sozialgesetzbuch - Código Social -*; en general, al respecto, J. SPINNARKE, "Arbeitssicherheit", Múnich - Beck -, 1.978, pp. 13, 67).

²⁸ "Encuesta nacional de condiciones de trabajo", Madrid (INSHT), 1.988.

²⁹ Un 30'4% (p. 253).

³⁰ P. 237.

³¹ 26'4% (p. 29).

³² P. 29.

³³ P. 237.

³⁴ 36'44% (p. 138).

Datos de un último estudio: la encuesta sobre condiciones de trabajo en la industria de la madera, realizada por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, da como resultado que un 50'4% de los trabajadores desconoce los efectos sobre la salud de las sustancias que manipulan, mientras que el 61'6% desconoce las medidas de protección que deben adoptar. En un elevado porcentaje (78'6%) los trabajadores han buscado la información por su cuenta o a través de sus compañeros (39'7%). El 94'65% manifiesta, finalmente, que la empresa no les ha proporcionado la asistencia a cursos³⁵.

3. La cifra de sanciones de recargo de las prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional impuestas, en virtud el artículo 93 LGSS, por la inobservancia de medidas de seguridad e higiene en el trabajo³⁶, nos ofrece una buena aproximación al número

³⁵ Vid. en la revista Janus, 5, pp. 11 y ss. En la encuesta nacional de condiciones de trabajo se refleja que el 37'1% de los trabajadores entrevistados que manipulan y/o respiran sustancias tóxicas declaran no conocer los efectos de éstas sobre la salud. El 45'9% desconoce las medidas preventivas que se han de adoptar frente a estos riesgos ("Encuesta...", *cít.*, p. 114).

³⁶ La sanción, cuyo precedente se remonta al artículo 55 de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1.900, consiste en un recargo del 30% al 50% de las prestaciones económicas a que dan lugar los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales (cfr. en relación con el origen y la evolución histórica de este precepto, PENDAS DIAZ, "Responsabilidades en materia...", *cít.*, pp. 129 y ss.). El presupuesto es la inobservancia de las medidas preceptivas de seguridad e higiene en el trabajo: "cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador" (art. 93.1 LGSS). La responsabilidad del pago del recargo recae directamente sobre el

de infracciones graves en esta materia que dan lugar a una lesión o a una enfermedad, máxime si tenemos en cuenta que el nexo causal entre infracción y accidente o enfermedad no se presume, sino que ha de ser probado por el actor para que proceda la sanción³⁷. Seguimos desconociendo, sin embargo, la cantidad de aquéllas infracciones que no comportan estas consecuencias, o que, comportándolas, no anudan, por su lesividad, la obligación de prestación económica³⁸. Por otra parte resulta ingenuo suponer, más a la vista de los datos reseñados en el apartado anterior, que coincide el número de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales debido a comportamientos antijurídicos con el número de sanciones de

empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno (art. 93.2). El procedimiento lo iniciará el Instituto Nacional de la Seguridad Social (art. 2.1.f) del Real Decreto 2.809/82 de 24 de septiembre), que es el órgano sancionador, de oficio - por iniciativa propia, a propuesta de otra entidad gestora o por comunicación de la Inspección de Trabajo -, a instancia del trabajador o de otro presunto beneficiario de las prestaciones, o a instancia de la mutua patronal de accidentes de trabajo (art. 7 de la O.M. de 23.11.82).

³⁷ STS. 10.12.62 (Ar. 3.119); SSTCT 30.10.76 (Ar. 4.881) y 26.1.78 (Ar. 434). Una presunción de este tipo afecta a la prestación básica: opera en relación con la calificación de accidente de trabajo de toda lesión que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo (art. 84.3 LGSS). Cfr., en general, para este tema, PENDAS DIAZ, "Responsabilidades en materia...", *cit.*, pp. 186 y ss. ARROYO ZAPATERO destaca, sin embargo, la diferente regulación de la prueba, que implica que no toda responsabilidad en virtud de este precepto comporta una reponsabilidad penal ("La protección penal...", *cit.*, p. 106).

³⁸ Se ha de señalar, además, que las cifras que hemos obtenido referentes al año 1.989 no se refieren a recargos realmente impuestos, sino a las propuestas realizadas por la Inspección. Para la existencia de prestación ha de concurrir, al menos, una incapacidad laboral transitoria - asistencia sanitaria y privación de capacidad para el trabajo - (art. 125 a) LGSS; 1 y 17 de la Orden del Ministerio de Trabajo de 13.10.67, BOE 4.11; cfr. VILLA GIL, "Manual de Seguridad Social", Pamplona - Aranzadi -, 1.979 - 2ª -, p. 488: la asistencia no es sólo una medida de control, sino también un presupuesto objetivo de la situación protegida); el derecho a la prestación nace al día siguiente al de baja en el trabajo, debiendo el empresario pagar el salario íntegro del día de la baja (art. 129.1 LGSS; 8 de la Orden últimamente citada).

recargo; que sólo 489 de los 651.576 accidentes con baja en el centro de trabajo fueron debidos a la infracción de la normativa de seguridad³⁹.

4. Los datos que conocemos de la Inspección de Trabajo referentes al número de infracciones administrativas en materia de seguridad e higiene y salud laborales son de escasa utilidad para los fines que perseguimos. Las cifras que manejamos no están desglosadas en relación con la gravedad de la infracción. Se refieren, además, a las actas levantadas y no a las infracciones sancionadas, si bien es cierto que aquéllas, como se señaló en su momento, poseen, por disposición expresa de la LISOS (art. 52.2), presunción de certeza respecto de los hechos reflejados en las mismas⁴⁰. En cuanto a los datos que se refieren a 1.989 y que discriminan las actas en función del resultado lesivo, hemos de suponer, tras cotejarlos con las menos cuantiosas cifras de sanciones de recargo, que no siempre existe o se

³⁹ Las propuestas de recargo en 1.989 fueron 455; en relación con accidentes mortales fueron 156, 37 en relación con accidentes que ocasionan lesiones muy graves, 265 en relación con accidentes que ocasionan lesiones graves, 36 en relación con accidentes que ocasionan lesiones leves, en una propuesta no consta el resultado de la infracción. Se trata de un avance de datos realizado a 16.1.90. Fuente: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Dirección General de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social.

⁴⁰ En 1.985 se levantaron 17.464 actas, la sanción media fue de 35.396'22 pesetas; 1986: 14.510 actas, 54.540'85 pesetas; 1.987: 12.423 actas, 61.361 pesetas; 1.988: 19.049 actas, 98.469'76 pesetas (la cantidad en este último caso es aproximada). Fuente: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Dirección Genral de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social.

puede probar una relación de causalidad entre infracción y resultado⁴¹.

La capacidad de estas cifras para reflejar la realidad, al menos aproximadamente, debe ponerse en duda. Los factores que desalientan la denuncia individual del subordinado en una relación jerárquica, junto a la frecuente falta de capacidad colectiva de presión, no siempre suplida por la actividad sindical, hacen descansar el peso esencial de la actividad de denuncia en la Inspección de Trabajo, cuyas limitaciones personales y materiales inclinan a la consideración de la existencia de una cierta cifra oculta de infracciones administrativas⁴².

III. 4. La influencia del artículo 348 bis a).

1. *El artículo 348 bis a) no ha tenido un efecto preventivo-general apreciable. Ni se ha aplicado, como se ha visto, ni parece que su sola presencia en el Código Penal*

⁴¹ Se constatan 1.136 actas: 209 en relación con accidentes mortales, 55 en relación con accidentes de los que se derivan lesiones muy graves, 678 en relación con accidentes que ocasionan lesiones muy graves, 188 en relación con accidentes que ocasionan lesiones leves, en 6 actas no constan los resultados del accidente. Fuente: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Dirección General de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social.

⁴² El informe de UGT (GABINETE DE SALUD LABORAL DE UGT, "Evolución social...", cit., pp. 44 y ss.) destaca la "necesidad de una mayor eficacia en la actuación de la Inspección de Trabajo", que, si bien "está, ciertamente, cualificada", posee una plantilla "notoriamente insuficiente". La evolución de la cifras entre 1.986 y 1.988, por otra parte, no parece señalar a una mayor inobservancia de las medidas de seguridad, sino a un incremento de la actividad de inspección. Los centros de trabajo inspeccionados pasan de 175.886 en 1.983 a 455.693 en 1.988 (cfr. Gabinete de Salud Laboral de UGT, "Evolución social...", cit., p. 45). En el plan para 1.990 que presentó a la prensa S. CRESPO, subsecretario de Trabajo, se preveían 660.000 actuaciones de la Inspección de Trabajo en empresas (El País, 16.3.90, p. 78).

haya disuadido a los sujetos normativos del emprendimiento de los comportamientos que tipifica, lo que sin duda quedaría reflejado en las cifras globales de siniestralidad.

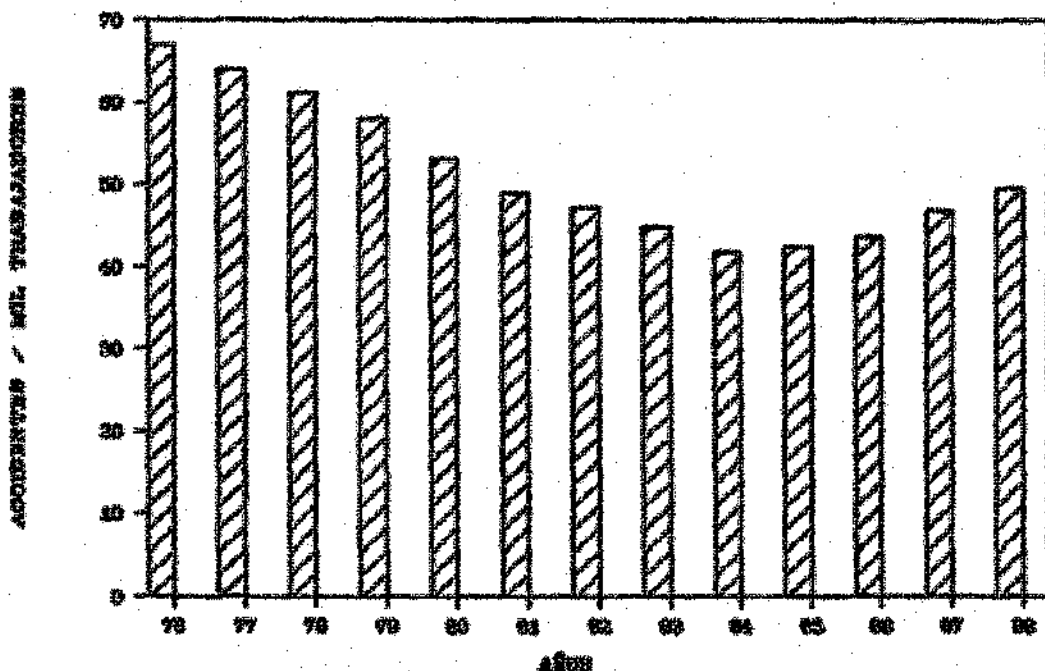
2. *La contemplación diacrónica de estas cifras indica que, supuesta la inmovilidad de otros factores jurídicos y extrajurídicos que afectan a la seguridad e higiene en el trabajo⁴³, la inclusión del artículo 348 bis a) en el Código Penal no ha tenido una repercusión positiva en la protección de la misma. Los índices de incidencia y frecuencia de accidentes de trabajo tienen una progresiva caída precisamente hasta 1.984, año en el que inician una continua ascensión hasta 1.988, último del que conocemos este tipo de datos; el índice de gravedad, en cambio, desciende desde 1.983 hasta 1.986 más de un 26%, pero sufre en el siguiente año una elevación de casi el 18%. La relación numérica accidentes de trabajo mortales - trabajador, de tendencia ascendente a partir de 1.983, corrobora la afirmación de que ese año no significó el arranque de la esperada variación estadística.*

⁴³ Hemos de matizar que la hipótesis de la inmovilidad de los factores que afectan a la protección de la seguridad e higiene en el trabajo, antes observada, aparece desmentida por la realidad, lo que añade una carga de relatividad añadida a las conclusiones recién esbozadas: fenómenos como la mecanización, la precarización de los contratos de trabajo, la relación de poder entre sindicatos y asociaciones empresariales, la determinación jurídica del nivel de seguridad y los mecanismos de sanción administrativa, por poner algunos ejemplos, han sufrido en estos últimos años variaciones que han influido positiva o negativamente en las condiciones reales de seguridad e higiene en los centros de trabajo. UGT destaca, por ejemplo, la influencia negativa que ha tenido en las condiciones de seguridad la utilización de nuevas tecnologías y modelos de organización, y la precarización del mercado de trabajo (Gabinete de Salud Laboral de UGT, "Evolución social...", cit., pp. 119 y ss.).

TABLA 2: INDICES DE INCIDENCIA, FRECUENCIA Y GRAVEDAD⁴⁴.

| AÑOS | II | IF | IG |
|-------|------|------|------|
| 1.976 | 67 | 31,2 | 1,49 |
| 1.977 | 64 | 30,6 | 1,53 |
| 1.978 | 61 | 29,8 | 1,47 |
| 1.979 | 58 | 28,6 | 1,40 |
| 1.980 | 53 | 26,2 | 1,25 |
| 1.981 | 49 | 24,6 | 1,08 |
| 1.982 | 47,1 | 23,7 | 1,02 |
| 1.983 | 44,8 | 23,5 | 1,07 |
| 1.984 | 41,8 | 22,1 | 1,07 |
| 1.985 | 42,4 | 22,8 | 0,95 |
| 1.986 | 43,6 | 23,7 | 0,79 |
| 1.987 | 46,8 | 25,3 | 0,92 |
| 1.988 | 49,6 | 26,8 | |

GRAFICO 5: INDICE DE INCIDENCIA.



⁴⁴ Fuentes: de 1.976 a 1.980, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo; de 1.981 a 1.988, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Dirección General de Informática y Estadística, Subdirección General de Estadística. Índice de incidencia: número de accidentes con baja acaecidos durante la jornada de trabajo por cada mil trabajadores; índice de frecuencia: número de accidentes con baja acaecidos durante la jornada de trabajo por cada millón de horas trabajadas; número de jornadas no trabajadas por cada mil horas trabajadas. Para el cálculo de los índices de gravedad correspondientes a 1.986 y 1.987 se ha descontado el número de horas trabajadas en el País Vasco.

GRAFICO 6: INDICE DE FRECUENCIA.

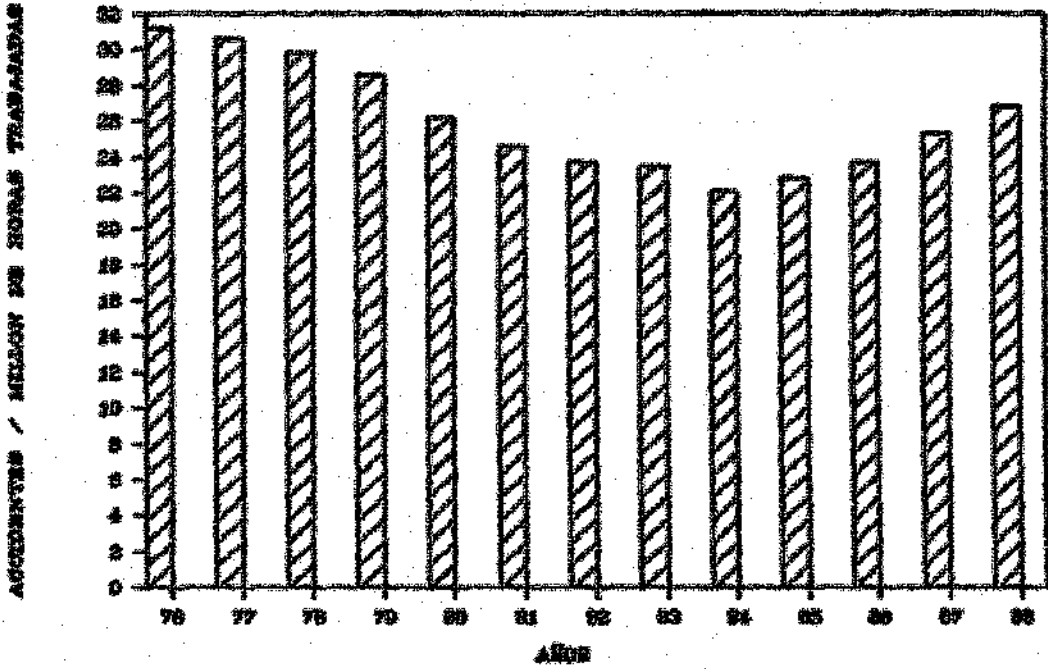


GRAFICO 7: INDICE DE GRAVEDAD.

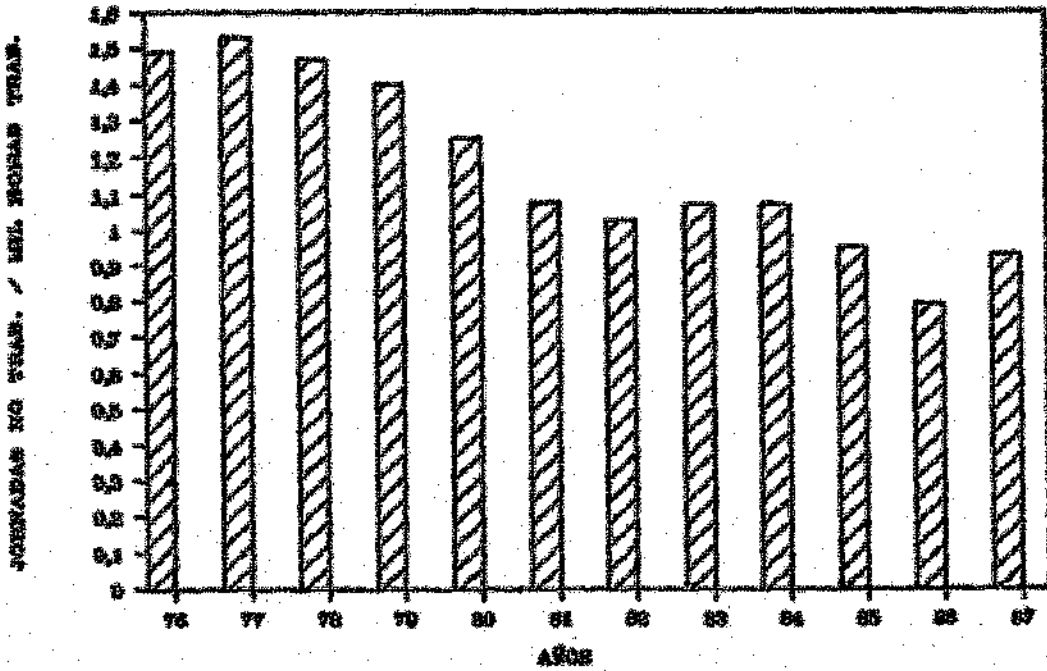
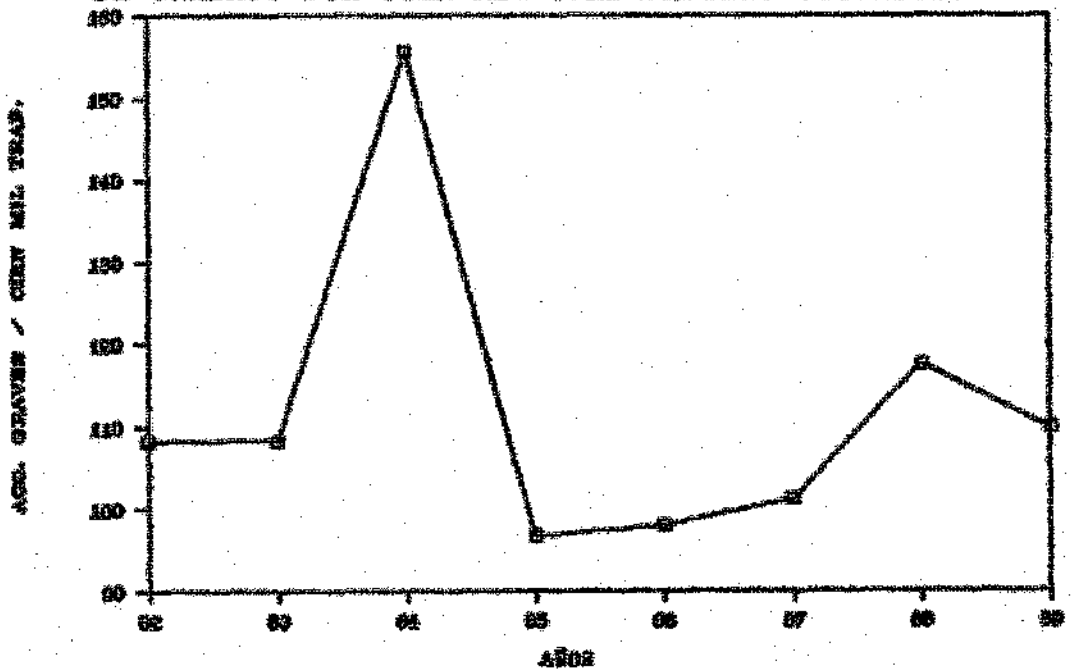


TABLA 3: TASAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO GRAVES (POR CIENTO MIL TRABAJADORES OCUPADOS) Y MORTALES (POR MILLON DE TRABAJADORES OCUPADOS) EN EL CENTRO DE TRABAJO⁴⁵.

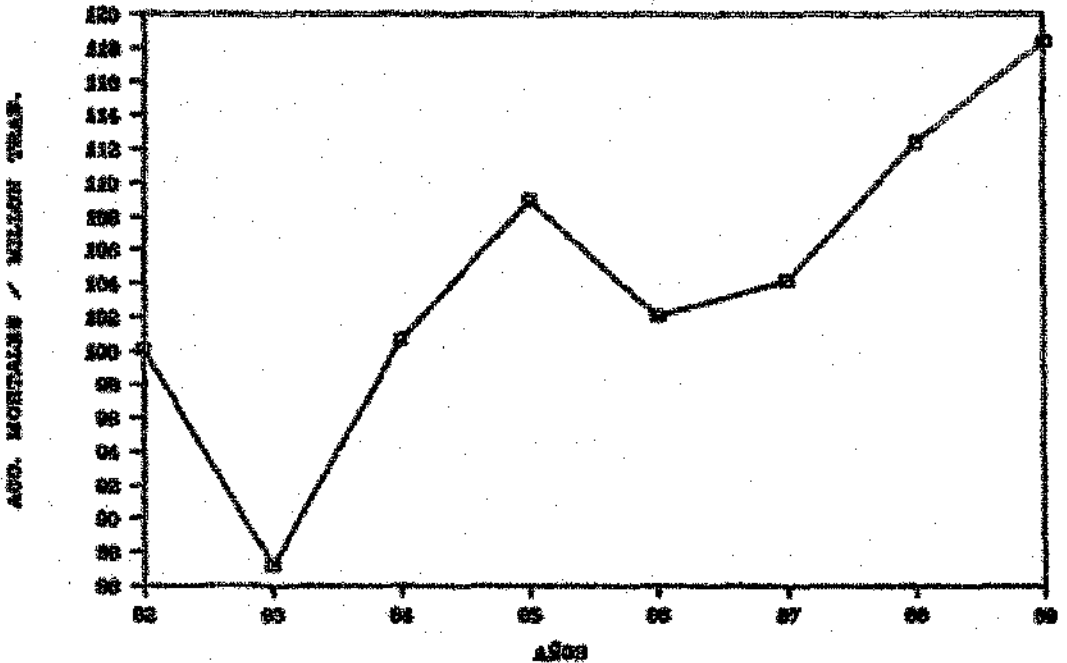
| AÑOS | G | M |
|-------|--------|-------|
| 1.982 | 108,27 | 100,1 |
| 1.983 | 108,32 | 87,2 |
| 1.984 | 155,68 | 100,7 |
| 1.985 | 96,78 | 109 |
| 1.986 | 98,07 | 102,1 |
| 1.987 | 101,23 | 104,2 |
| 1.988 | 117,59 | 112,4 |
| 1.989 | 109,83 | 118,4 |

GRAFICO 8: ACCIDENTES DE TRABAJO GRAVES EN EL CENTRO DE TRABAJO POR CIENTO MIL TRABAJADORES OCUPADOS.



⁴⁵ Elaboración propia con base en los datos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Dirección General de Informática y Estadística, Subdirección General de Estadística.

GRAFICO 9: ACCIDENTES DE TRABAJO MORTALES EN EL CENTRO DE TRABAJO POR MILLON TRABAJADORES OCUPADOS.



III.5. Conclusiones.

1. Para evaluar la eficacia del sistema de protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo se han de analizar la conformidad de los comportamientos de los sujetos normativos con lo prescrito en las normas que lo componen y la influencia de éstas en dichos comportamientos. El sistema será tanto más eficaz cuantos más sujetos se abstengan de realizar en el ámbito productivo comportamientos antijurídicos excesivamente peligrosos para la vida, la integridad física y la salud de los trabajadores en virtud de la existencia de los delitos de los artículos 348 bis a), 499 bis 1.2ª y 348 bis b), y de los de homicidio y lesiones. Dado que los preceptos relevantes del sistema son el primero y los últimos, y dado que de éstos sólo la

conformación esencial y la existencia del 348 bis a) parecen susceptibles de cuestionamiento - pues, obviamente, los tipos de homicidio y lesiones cumplen además una función diferente e indiscutiblemente legítima y necesaria -, hemos centrado en él los esfuerzos de nuestra indagación.

2. Apenas si existen datos oficiales acerca del número de atentados graves contra la seguridad e higiene en el trabajo. La consulta de las obras doctrinales y de las sentencias del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales sugieren una cierta aplicación en éste area de los preceptos que sancionan el homicidio y las lesiones imprudentes y una nula aplicación de los demás preceptos.

3. Los datos existentes acerca de la siniestralidad laboral, acerca de las sanciones de recargo de las prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional impuestas, en virtud el artículo 33 LGSS, por la inobservancia de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, y acerca de las infracciones administrativas en materia de seguridad e higiene y salud laborales, sugieren la existencia de un cifra oculta de criminalidad de dimensiones excesivas. Los diversos estudios en torno a la observancia empresarial de las medidas esenciales de seguridad parecen indicar que los comportamientos antijurídicos especialmente graves en este área suponen una cuota mucho mayor de los 664.932 accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en el centro de trabajo⁴⁶ que la

⁴⁶ En 1.989.

que reflejan las 488 propuestas de recargo⁴⁷ o las 942 infracciones administrativas constatadas a partir de un accidente con resultado de muerte o de lesiones graves o muy graves⁴⁸.

4. El artículo 348 bis a) permanece inaplicado, por lo que, a la vista del elevado volumen de criminalidad oculta, no parece posible que puedan cargarse en su haber los comportamientos coincidentes con lo que su norma prescribe. Por otra vía, la de las cifras de siniestralidad, se llega a similar conclusión, pues no se observa, tras su inclusión en el sistema, una disminución de los comportamientos lesivos del bien que se pretende proteger.

5. La insuficiencia de datos empíricos acerca de la eficacia del sistema penal de protección de la seguridad e higiene en el trabajo nos impide la extracción de conclusiones terminantes en relación con sus funciones manifiestas. Quizá sea más correcto hablar de impresiones que se sustentan, no en hechos comprobados, sino en indicios⁴⁹. La baja aplicación normativa y las excesivas

⁴⁷ En 1.989.

⁴⁸ En 1.989.

⁴⁹ PEREZ MANZANO afirma que "respecto del fin general de protección de bienes jurídicos, la prueba específica de la idoneidad del Derecho penal para su consecución deriva de una presunción basada en indicios" (op. cit., p. 227) y que "la prueba empírica sobre las consecuencias o efectos de la pena es relativa" (p. 232). Concluye, entonces, con BACIGALUPO ZAPATER ("Acerca de la personalidad y la culpabilidad en la medida de la pena", en Revista de Ciencias Penales, 1.973, pp. 194 y s.), que "nos vemos abocados a una cierta dosis de irracionalidad en Derecho penal sobre lo favorable a la sociedad" (p. 292). SCHÜNEMANN indica que si el legislador estuviera obligado a ejercitar su competencia normativa exclusivamente sobre la base de resultados cuantitativos precisos, sería imposible la

dimensiones de la cifra oculta de criminalidad imposibilitan cualquier juicio positivo acerca de la eficacia del sistema penal de protección la seguridad e higiene en el trabajo⁶⁰.

legislación, a la vista del poco bagaje empírico que poseen las ciencias sociales ("Unternehmenskriminalität...", cit., pp. 24 y s.).

⁶⁰ ARROYO ZAPATERO afirma que "sólo una ínfima porción de la responsabilidad criminal presente en la realidad de los accidentes de trabajo llega a ser depurada mediante la intervención represiva de la justicia penal" ("Manual...", cit., p. 62).

IV. LEGITIMIDAD.

IV.1. Introducción.

1. La indagación empírica anterior nos ha dejado el amargo regusto del fracaso. El sistema español de protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo apenas cumple sus funciones manifiestas. Cuando las cumple, lo hace, en desdoro del artículo que tipifica las lesiones laborales, por la intervención de los preceptos generales de homicidio y lesiones imprudentes.

El juicio de funcionalidad se torna, en consecuencia, especialmente severo para el artículo 348 bis a). Frente a las esperanzas de apuntalamiento del sistema que había concitado la introducción de los "delitos contra la seguridad en el trabajo", tenemos hoy la clara sospecha estadística de su nula influencia positiva en el mismo. Este hecho nos resultará particularmente inquietante si advertimos que el fin no alcanzado es el específico y primordial del precepto: la protección de la seguridad e higiene en el trabajo. Esta preocupación se agrava si constatamos, junto a la ausencia de funciones manifiestas, la presencia de una función latente consistente en el freno, a través de una protección penal aparente, de una dinámica social reivindicativa de la provisión de medios para la integridad del bien¹.

2. El fracaso del sistema de protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo puede deberse a uno o a

¹ En este sentido, MENA ALVAREZ, que califica el 348 bis a) de precepto *ad exhibendum* (op. cit., pp. 50 y s.); también, BAYLOS GRAU y TERRADILLOS BASOCO ("Derecho penal del trabajo", cit., p. 120).

ambos de sus componentes relevantes; dentro de los mismos, a sus aspectos sustantivos, a los de aplicación, o a ambos simultáneamente². Denominamos "aspectos de aplicación" a los relativos a la puesta en conocimiento de los órganos jurisdiccionales de los comportamientos ilícitos, al procedimiento de determinación de los hechos y de la responsabilidad, y a la interpretación de los elementos de la norma por parte de los mencionados órganos. Reservamos, por lo tanto, la expresión "aspectos sustantivos" a aquéllos que se refieren a la configuración legal del comportamiento delictivo.

Los datos que hemos consignado apuntan con claridad, como se ha señalado ya, al nulo papel protector desempeñado por el 348 bis a). Los tipos de homicidio y lesiones imprudentes, de existencia y configuración básica incontrovertidas³, presentan también algunas deficiencias en su sistema de aplicación, como ha sido puesto de manifiesto

² QUINTERO OLIVARES destaca, en relación con el Derecho penal económico, la importancia "superior a las leyes" de "los medios económicos y técnicos que se ofrezcan a los Tribunales, la organización y la eficacia de la Policía, etc.". Se trata, a su juicio, de instrumentos no jurídicos muy cerca de los jurídicos ("Sobre los presupuestos y limitaciones de la legislación penal económica", en AA. VV., "Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez Vitoria", t. II, Barcelona - Bosch -, 1983, p. 782).

³ La concreta configuración de los tipos de homicidio y lesiones imprudentes han sido objeto de discusión en dos aspectos: el primero hacía referencia a si comprendía, en la regulación de los delitos de lesiones anterior a la reforma del Código Penal de 1989, los supuestos omisivos y ciertos comportamientos concisivos (cfr. ARROYO ZAPATERO, "La protección penal...", *cit.*, pp. 120 y ss.); el segundo, a la conveniencia de crear un subtipo agravado en razón de la incobservancia de la normativa de seguridad e higiene (*vid. supra* II.3.2.5 e *infra* V.1.3).

per ARROYO ZAPATERO⁴. Si, de cara a configurar estrategias de mejora de la protección penal en este campo, aplicamos las tres posibilidades lógicas existentes a los dos elementos en juego - mantenimiento, supresión, transformación - y eliminamos de las nueve resultantes las tres que pasan por una inviable supresión del homicidio y lesiones imprudentes, las otras dos que contemplan el mantenimiento del ineficaz 348 bis a), y las otras dos que suponen el desaconsejable mantenimiento del (sistema de aplicación del) homicidio y lesiones imprudentes, dejaremos reducido el problema en torno al 348 bis a) a dos hipótesis: renovarse o morir⁵.

Puede pensarse que el fracaso del sistema de protección penal es deudor del fracaso del sistema prepenal: de los sistemas de protección civil, administrativa y colectiva de la seguridad e higiene en el trabajo. Se ha de señalar, por una parte, que existe una relación directa entre estos dos fenómenos a través de la existencia de una zona común referente a los factores de aplicación de las sanciones. Por otra parte, el funcionamiento del sistema penal exige, desde luego, un cierto grado de eficacia del sistema previo. Por la rigidez propia de un sistema cuya contundencia le exige un escrupuloso carácter garantista no parece que el penal, por sí sólo, pueda proveer a la protección de un bien cuya indemnidad se pone sistemáticamente en juego con la actividad productiva⁶. Cuestión distinta es la de que la propia

⁴ "Manual...", cit., pp. 62 y s.

⁵ Denominemos "A" al sistema de protección de la seguridad e higiene en el trabajo a través de los tipos de homicidio y lesiones, y "B" al sistema de protección de la seguridad e higiene en el trabajo a través de un precepto que contemple ésta como bien jurídico-penal. El apóstrofe significa transformación, y la negación, supresión. Tenemos las siguientes posibilidades en el orden enunciado en el texto: 1) no A / B; 2) no A / B'; 3) no A / no B; 4) A / B; 5) A' / B; 6) A / B'; 7) A / no B; 8) A' / no B; y 9) A' / B'.

⁶ En sentido similar, para el Derecho Penal económico en general, QUINTERO OLIVARES ("Sobre los presupuestos y limitaciones...", cit., pp. 782 y ss.). Como indica MIR PUIG "el intento de regular la

existencia del sistema penal presuponga la insuficiente eficacia de los sistemas previos, cuyo adecuado funcionamiento, como veremos, convertiría en democráticamente ilegítima la intervención penal.

3. La primera posibilidad pasa por la transformación de los aspectos sustantivos y de aplicación del 348 bis a). La segunda, por su derogación, que sería la consecuencia exigida por la atribución de una calificación de ilegitimidad de todo precepto penal cuyo bien jurídico-penal sea la seguridad e higiene en el trabajo.

Varios hechos pueden constituir la fuente de la citada ilegitimidad: la incoherencia del bien en cuestión con el sistema constitucional de valores; el Estado dispone de medios de menor intensidad coactiva para garantizar la indemnidad del bien; las características propias de la seguridad e higiene en el trabajo - del bien o del tipo de ataques implícitos en la expresión - hacen inviable una protección penal suficientemente eficaz del mismo; la imposibilidad de conciliar la intervención penal en este área con los principios esenciales propios del Estado democrático. El concreto análisis de estos factores requiere

economía mediante la intervención penal seguramente se halla destinado al fracaso. Sin modificaciones profundas del sistema económico, la ley penal, que raramente se aplicará en este ámbito, puede acabar convirtiéndose en coartada ideológica, o en arma políticamente utilizable en determinadas coyunturas" ("Sobre el principio de intervención mínima edel Derecho penal en la reforma penal", en RFDUC, 12, 1, 1.987, p. 246). SCHÖNEMANN señala que "una prevención suficientemente eficaz de los comportamientos de una dañocidad social intolerable en la vida económica no pueden alcanzarse ni solamente a través de la sanción penal ni solamente a través de estrategias no penales, sino únicamente a través de un adecuado engranaje de las posibles formas de lucha en estos planos" ("Alternative Kontrolle der Wirtschaftskriminalität", en AA. VV., "Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann", Colonia, Berlín, Bonn, Munich - Carl Heymanns -, 1.969, p. 629).

una justificación más sesgada de las exigencias de los principios de una intervención penal legítima (IV.2) y un ejercicio de aplicación de los mismos al área que analizamos (IV.3).

IV.2. Legitimidad democrática de la intervención penal.

IV.2.1. INTRODUCCION.

1. La necesidad de justificar la utilización del Derecho Penal se manifiesta especialmente en el Estado social y democrático de Derecho por el antagonismo existente, en línea de principio, entre un sistema estatal que, en cuanto democrático, afirma el principio de libertad como esencial para la sustentación de su modelo organizativo, y el recurso a un instrumento de control cuya eficacia reside en el carácter altamente coercitivo de sus normas¹. La coherencia de la presencia de la coerción en un área, al menos pretendida y programáticamente, de libertad requiere razones que avalen la dignidad de su reconocimiento² y que posibiliten así su legitimación: requiere, en suma, legitimidad, justificación³.

¹ Como afirma ROXIN, el verdadero problema reside en la cuestión de en qué medida existe en un Estado de Derecho una facultad para reprimir violentamente lo distinto, lo discrepante ("Sentido y límites de la pena estatal", en "Problemas básicos del Derecho Penal", Madrid - Reus -, 1.976, p.17).

² Reconocido el derecho general a la libertad, se presume, según RUIZ MIGUEL, que cualquier acción humana debe ser libre en iguales condiciones salvo prueba en contrario: lo que significa que la carga de la prueba pasa a quien pretende limitar cualquier libertad ("Sobre los conceptos de la libertad", en Anuario de Derechos Humanos, 1.983, p. 549).

³ Legitimación es el "hecho social de la aceptación o no de una legitimidad". (DIAZ GARCIA, "De la maldad estatal y la soberanía popular", Madrid - Debate -, 1.984, p. 26). Seguimos la equivalencia terminológica entre legitimidad y justificación que propone el autor citado (p. 26). Estimamos aquí más precisa la utilización del término "legitimidad" que la del término "fundamento" que emplea MIR PUIG ("Introducción a las bases del Derecho Penal", Barcelona - Bosch -, 1.976, p. 114 y ss.). Preferimos reservar éste para la determinación

2. El proceso racional que nos conduzca a la obtención de legitimidad ha de partir de la naturaleza instrumental del Derecho Penal. A partir de la misma, su justificación se hallará, por de pronto, en su funcionalidad en relación con los fines pretendidos por el agente que lo utiliza y en la propia justificación de dichos fines⁴; además, presupuesta la legitimidad del fin y la necesidad del medio, en la forma en cómo éste se manifiesta. El Derecho Penal se legitima así democráticamente por su utilidad para la obtención por parte del Estado de unos fines legítimos desde el punto de vista democrático - fines que apuntan invariablemente a la posibilitación de márgenes cada vez mayores de libertad para cada uno de los individuos que componen el cuerpo social -⁵

del hecho sobre el que se sustenta el Derecho Penal en cuanto derecho efectivo a punir por parte del Estado y que no es otro que su propio monopolio de la fuerza. Cuestión distinta es la de "tratar de dar razón de la fuerza" (DÍAZ GARCÍA, "De la maldad...", *op. cit.*, p. 21); a dicha actividad se refieren los términos "legitimar" y "justificar". El fundamento existe siempre; lo que puede faltar es cierto tipo de legitimidad.

⁴ Como destaca PEREZ MANZANO ("Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena", Madrid - Universidad Autónoma de Madrid -, 1.990, p. 221).

⁵ Puesto que "las cuestiones acerca del fin del Derecho y del fin del Estado son inseparables" (RADBRUCH, "Rechtsphilosophie", Stuttgart - K. F. Koehler -, 1.963 - 6ª ed. -, p. 146). En sentido similar, BUSTOS RAMÍREZ ("Los bienes jurídicos colectivos", en RFDUC, 11, p. 149), M. MARX ("Zur Definition des Begriffs 'Rechtsgut'", Colonia, Berlín, Bonn, Múnich - Carl Heymanns -, 1.972, pp. 25, 26 y 79), MIR PUIG ("Derecho Penal...", *cit.*, pp. 71 y s.), OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO ("Sobre el concepto...", *cit.*, pp. 301 y 400), RODRIGUEZ RAMOS ("Criterios políticos...", *cit.*, p. 26), ROXIN ("Sentido y límites...", *cit.*, p. 21), ZIPF ("Introducción a la política criminal", Madrid - Edersa -, 1.979, p. 34). Cabe afirmar con BAJO FERNÁNDEZ que "el Derecho no se justifica exclusivamente por su carácter instrumental al servicio de unos fines de orden en la comunidad, sino también por responder a un determinado punto de vista sobre la justicia" ("Una respuesta a ciertas críticas sobre el cometido dogmático del bien jurídico", en Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle - Cali, Colombia -, nº 3, 1.980, p. 69).

y por la coherencia de su forma de intervención con los principios que emanan de este criterio de legitimidad. La mencionada contradicción de partida entre los fines del Estado democrático y la limitación de libertad que el Derecho Penal supone⁶ - y cuya infracción implica, además, sanciones consistentes en la privación de libertad ambulatoria o de otros derechos fundamentales en que se concreta parcialmente el principio de libertad⁷ - hace que la mencionada utilidad se resuma en la estricta necesidad del recurso al Derecho Penal por parte del Estado. El Estado sólo podrá intervenir penalmente cuando ello sea necesario para el cumplimiento de sus funciones esenciales: cuando la intervención sea eficaz y cuando, a la vez, sea ineficaz el recurso a otros medios que impliquen un sacrificio menor de valores que él mismo pondera positivamente y cuya obtención,

⁶ Utilizamos aquí el término "libertad" de un modo descriptivo, como "posibilidad efectiva de realizar una acción o un conjunto de acciones" (RUIZ MIGUEL, "Sobre los conceptos...", *cft.*, p. 536). NORMAZABAL MALAREE pone de relieve "la contradicción que se genera en una sociedad democrática entre el Derecho penal como expresión pura de la coerción y la negación de dicha coerción con el reconocimiento jurídico de los derechos y libertades de los ciudadanos" ("Política penal en el Estado democrático", en ADPCP, 1.984, p. 343). En sentido similar se manifiestan GARCIA PABLOS ("El llamado 'Derecho político de nuevo cuño', sus presupuestos y directrices", en CPC, 1.977, p. 56) y C. S. NINO ("La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos", en DP, 45, 1.969, p. 31).

⁷ Destaca ambos aspectos de la contradicción Derecho Penal - libertad, RODRIGUEZ RAMOS ("Criterios políticos...", *cft.*, p. 35). FIANDACA señala que la pena no sacrifica solamente el valor de la libertad personal, sino también otros valores primarios como la dignidad social, y de hecho frustra un pleno desarrollo de la personalidad humana ("Il 'bene giuridico' come problema teorico e come criterio di politica criminale", en RIDPP, 1.982, pp. 61 y s.).

mantenimiento y propulsión constituyen la fuente de su propia justificación⁸.

Del planteamiento señalado nos interesa destacar dos criterios y una consecuencia: a) la justificación del Derecho Penal no reside simplemente en su adecuación instrumental a determinados fines - en su funcionalidad -, sino que comprende también la justificación de estos últimos y de la concreta forma de intervención; b) no busquemos cualquier tipo de justificación - cualquier tipo de razones -, sino que partimos del criterio de legitimidad democrática⁹, con lo que la justificación resultante no es sólo ni predominantemente técnica sino también y fundamentalmente política; c) el discurso acerca de la legitimidad del Derecho Penal en un Estado democrático implica la acotación de un campo de actuación penal (democráticamente justificada) y, simultáneamente, una reflexión acerca de la función del Derecho Penal¹⁰.

⁸ El Derecho Penal es, en este sentido, imprescindible para el mantenimiento del propio Estado (JACOBS, "Strafrecht...", cit., p. 35, nm.1; BUSTOS RAMIREZ y HORMAZABAL MALAREE, "Pena y Estado", en Papers, 13, 1.980, p. 121; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, "Sobre el concepto...", cit., p. 199). El Derecho Penal, emanación del Estado, es, de este modo, a su vez, sustentador del mismo (OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, "Sobre el concepto...", cit., pp. 343 y s.; BUSTOS RAMIREZ y HORMAZABAL MALAREE, "Pena...", p. 121), "autoconstatación general", "reafirmación de su existencia" (BUSTOS RAMIREZ y HORMAZABAL MALAREE, "Pena...", cit., p. 121).

⁹ Vid. al respecto DIAZ GARCIA, "De la maldad...", cit., pp. 127 y ss. Las aportaciones de la obra citada se seguirán aquí en buena parte.

¹⁰ Indica L. FERRAJOLI que "con el objeto de impedir las autojustificaciones ideológicas del derecho penal y de las penas, viciadas por falacias naturalistas o normativistas, es necesario que el fin sea reconocido como un bien extrajurídico - es decir, externo al derecho - y que el medio sea reconocido como un mal - esto es, como un costo humano y social que precisamente por eso ha de justificarse -. (...) Para que una doctrina de justificación no se

3. Partiendo de un criterio democrático de legitimidad (IV.2.2) es el objetivo de este capítulo la propuesta de unas líneas básicas para la elaboración de una teoría deontológica acerca de la función y del campo de actuación del Derecho Penal en un Estado democrático (IV.2.3) y la constatación de su reflejo en nuestra Constitución (IV.2.4). Nuestras ambiciones se verán satisfechas si al final de la lectura de las siguientes reflexiones se han facilitado elementos de juicio para la respuesta de las siguientes cuestiones : ¿cómo se justifica democráticamente la utilización del Derecho Penal?; ¿qué conductas pueden ser objeto de amenaza y sanción penales por parte del mismo?; ¿por qué criterios debe regirse la modalización de la intervención penal?; ¿qué función corresponde al Derecho Penal en dicho Estado?

IV.2.2. EL CRITERIO DE LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA.

1. La eficacia legitimadora del término "democracia" le ha hecho ser objeto de manipulación semántica por parte de los más diversos regimenes de organización política¹¹. A

convierta en una ideología de legitimación normativista, es necesario que los medios sean congruentes con los fines, de modo que las metas justificadoras del derecho penal puedan ser empíricamente alcanzadas con las penas y no lo sean sin las penas. Per además, para que ella no sea utilizada directamente como justificación apriorística, es asimismo necesario que los fines sean homogéneos con los medios, de forma que el mal procurado por las penas sea confrontable con el bien perseguido como fin y, del mismo modo, se pueda justificar no sólo la necesidad sino también la naturaleza y la medida como mal o costo menor en relación con la fallida satisfacción del fin" ("El derecho penal mínimo", en Poder y Control, O, 1.986, p. 30).

¹¹ En relación con esa manipulación en materia penal advertía JIMÉNEZ DE ASUA: "Si vamos a hablar de un derecho penal democrático, deberíamos ponernos de acuerdo primero sobre lo que significa la democracia, porque ahora todo el mundo habla de democracia... La

los efectos de nuestro trabajo podemos sintetizar sus posibles significados del modo que a continuación se expresa.

a) La democracia es un conjunto de reglas de mediación entre los diversos grupos sociales que se caracteriza por el principio de decisión mayoritaria y por el principio de libertad como presupuesto lógico de garantía y de límite del primero. Es "el modo por el que las razones individuales se contrastan en igualdad y libertad y se reducen a una cierta unidad a través del criterio de la mayoría, ésto es, se hace expresiva la soberanía nacional"¹².

b) La democracia es un sistema de organización política que hace posible la participación igualitaria y efectiva de todos los ciudadanos en la vida política económica y cultural del país. El Estado democrático de Derecho, encarnación de dicho concepto, dota de contenido material a los derechos y libertades fundamentales propios del Estado social de Derecho. Supone, desde otra

democracia es gobierno del pueblo, para el pueblo y por el pueblo" ("El Derecho Penal liberal y el totalitario", en "El Criminalista", 2ª serie, vol. III, Buenos Aires - Víctor P. de Zavalla -, 1.960, pp. 185 y s.).

¹² LOPEZ CALERA, "La legitimidad democrática del Derecho", en "Anales de la cátedra Francisco Suárez", n.º 16, Universidad de Granada, 1.976, p. 42. Por su parte J. M. COLOMER afirma que "la democracia no es ya entendida más que como un método de toma de decisiones políticas; un método que no se justifica por el buen fin que alcanza, sino que hace bueno el resultado, y, como bueno, lo hace aceptar a quienes lo habrían considerado malo de haber sido obtenido por otros medios. Se trata pues de unas reglas de juego ajenas a un fin moral" ("Finalismo moral o 'reglas del juego'", en El País, 21.5.1987, p. 22); en sentido similar, S. BASILE ("Los 'valores superiores', los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas", en AA. VV. "La Constitución española de 1.978", Madrid - Civitas -, 1.981 - 2ª ed. -, pp. 267 y s.).

perspectiva, la plenitud del Estado de Derecho¹³: "un intento de organización jurídico-política y de realización socioeconómica, en libertad y con igualdad, de los mejores postulados humanistas y hasta más profundamente liberales (críticos y pluralistas) del socialismo"¹⁴.

2. La distinción de ambos contenidos es relevante, pues, aunque el carácter absoluto del segundo y, por lo tanto, su permanente inalcanzabilidad le hacen inepto para la calificación de los modelos estatales vigentes, el contraste entre ambos nos permite apreciar cómo la legitimidad democrática en el primer sentido constituye un proceso dinámico que requiere continuo perfeccionamiento en la dirección que plantea el Estado democrático ideal, en el que, por otra parte, las reglas que constituyen la esencia de aquélla adquieren pleno sentido¹⁵. Nos encontraríamos así ante los dos polos de la legitimidad democrática¹⁶. Esto

¹³ "De modo que tal vez, según una línea de pensamiento consecuente, habría que reformular, tanto la idea de democracia como la de estado de derecho para afirmar, en conclusión, que democracia y estado de derecho son una misma cosa" (VIVES ANTON, "Introducción. Estado de Derecho y Derecho Penal", en "Comentarios a la legislación penal", t. I, Madrid - Edersa -, 1.982, p. 5, n. 9).

¹⁴ DIAZ GARCIA, "El Estado democrático de Derecho en la Constitución española de 1978", en *Sistema*, 41, 1.981, p. 46. MIR PUIG ("Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho", Barcelona - Bosch -, 1.982 - 2ª -, pp. 13 y 16) y OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO ("Sobre el concepto...", *cit.*, p. 353) hacen referencia a este segundo sentido con la expresión "democracia real". BUSTOS RAMIREZ se refiere a su contenido como de "libertad e igualdad materiales" ("Los bienes jurídicos...", *cit.*, p. 159).

¹⁵ *Vid.* DIAZ GARCIA ("Estado de Derecho y sociedad democrática", Madrid - Taurus -, 1.985 - 9ª ed. -, pp. 85 y ss.), que distingue entre democracia formal y democracia real o verdadera; la primera es base e inicio de la segunda (p. 145).

¹⁶ El polo mínimo ya constituye democracia y de ahí que haya que considerarlo, aún con sus insuficiencias, una conquista histórica. J.

significa que un Estado democrático puede ser siempre más democrático. Esto debería significar también que la aplicación de las reglas mínimas de la democracia habrán de conducir lógicamente a su propia autointensificación: a un continuo acercamiento al Estado democrático pleno. La constatación contraria exige una seria reflexión acerca de los factores que interfieren dicho proceso¹⁷.

El tema de la relación entre ambos modos de entendimiento de la democracia es complejo. De un lado, la participación libre en que se sintetiza el primero de los conceptos está en relación de reciprocidad con las cotas de igualdad social que en el sistema se alcancen, tanto en el aspecto económico como en el acceso a la cultura y a la información. En este sentido se muestra significativa la contribución del Estado social de Derecho para la

M. COLOMER señala en este sentido que "también como meras reglas de un juego que requiere participación igualitaria la democracia halla sus rectos límites en las relaciones no democráticas de una sociedad oligopólica, desigual, compuesta por receptores pasivos de las decisiones de las élites" ("Finalismo moral...", *cit.*, p. 22).

¹⁷ K. OFFE ha impugnado en este sentido "las condiciones de validez de la regla de la mayoría". A su juicio los partidos políticos, los sindicatos, el sufragio universal, el sistema parlamentario han fracasado en su intento de ser cauces eficaces de participación ("Legittimazione politica mediante decisione a maggioranza?", en AA. VV., "Democrazia, maggioranza e minoranza", Bologna - Il Mulino -, 1981, p. 81). J. M. COLOMER destaca como la idealización del pluralismo es desmentida hoy por la realidad" y cómo "se trata (...) de un pluralismo estructuralmente asimétrico, con presiones fragmentadas, canalizadas la mayor parte de las veces al margen del pequeño mercado electoral". De este modo, "los equilibrios sobre la base de las desigualdades existentes en la sociedad ponen (...) en cuestión lo óptimo de los fines obtenidos" ("Finalismo moral...", *cit.*, p. 22). En sentido similar se manifiesta SOLA DUEÑAS: "la democracia no es un todo acabado identificable con el statu quo, sino que está basada en un complejo equilibrio que también puede ser alterado por la obstrucción de las vías para su desarrollo" ("Desarrollo democrático y alternativas político-criminales", en *Papeles*, 13, 1980, p. 223).

consecución de la democracia real. De otro, la consecución de los anteriores objetivos, piedra angular de la democracia en el segundo de los sentidos, dependerá básicamente del aumento constante de la participación. Y en este sentido se tornan también esenciales las garantías democráticas mínimas para la conducción del Estado social a lo verdaderamente social. Es decir: una mayor participación efectiva requiere una mayor igualdad, pero una mayor igualdad requiere una mayor participación. Nos atreveríamos a decir, y perdónesenos el juego de palabras, que el Estado democrático mínimo o formal requiere del Estado social para su constante autosuperación hacia un Estado democrático real o pleno. A su vez el Estado social requiere del Estado democrático mínimo o formal para conocer que su labor es realmente social: social según lo quiere una determinada sociedad¹⁸.

3 El criterio relevante para evaluar la aplicabilidad del adjetivo democrático a un determinado modelo de organización estatal, para evaluar su legitimidad democrática, es el indicado en primer lugar. Convendrá que

¹⁸ En sentido similar afirma DÍAZ GARCÍA que "el Estado de Derecho constituye la mejor fórmula y el modo más justo para acceder a la democracia" ("Estado de Derecho...", cit., p. 20; aquí el Estado de Derecho representa aquel mínimo de organización democrática). En sentido similar se manifiestan VARGAS-MACHUCA Y QUINTANILLA: "La cuestión esencial para la izquierda en los países democráticos es que en éstos, además del poder económico que ostenta el propietario del capital, existen otras formas de poder, especialmente de carácter político, que tienen las dos siguientes ventajas para la estrategia socialista: primera, el poder político en los Estados modernos democráticos tiene suficiente entidad para contrarrestar el poder económico del capital; segunda, el poder político es susceptible de distribución igualitaria (e incluso compensatoria de la desigualdad de poder económico) en el marco del Estado democrático. De aquí los dos ejes fundamentales en torno a los cuales articular una política de izquierdas" ("La perplejidad de la izquierda", en "El País. Temas de nuestra época", 21.1.88, p. 8).

nos detengamos un poco más en el análisis de los principios que integran dicho criterio.

a) El principio de decisión mayoritaria en las cuestiones sociales fundamentales no requiere excesivas aclaraciones. Se trata de una regla aplicable al momento final¹⁹ de la formación de la voluntad colectiva racionalmente consecuente con el presupuesto de la coexistencia de una pluralidad de razones individuales y de puntos de vista sobre la justicia en una sociedad de hombres libres e iguales²⁰.

b) El principio de libertad política supone la aplicación del principio de libertad a la faceta pública del ciudadano, sujeto a la vez activo y pasivo de las normas de organización social. Consiste tanto en la posibilidad de todos de obtener la información concerniente a las diversas ofertas de organización política del conjunto social²¹ y de opción concreta ante una determinada cuestión, como en la posibilidad de elaboración de las propias opciones, de manifestación a los demás y de organización junto con otros ciudadanos de ideas afines para la formación de una

¹⁹ El matiz lo recogemos de BOBBIO ("La regola di maggioranza: limiti e aporia", en "Democrazia, maggioranza...", cit., p. 69).

²⁰ "Se entiende por régimen democrático, ante todo, un conjunto de reglas de procedimiento para la formación de decisiones colectivas, en las cuales está prevista y facilitada la participación más amplia posible de los interesados" (BOBBIO, "El futuro de la democracia", Barcelona - Plaza & Janés -, 1.985, p. 12; cfr. también pp. 21 y s.).

²¹ "La democracia se puede definir de las más diversas formas, pero no hay definición de la misma que pueda dejar de lado la inclusión, entre sus características, de la visibilidad o transparencia del poder" (BOBBIO, "El futuro...", cit., p. 11).

alternativa de poder a la mayoría dominante. Se trataría así de un principio de "simetría material de los participantes (es decir, de cada ciudadano) en relación con las fuentes significativas: información, organización, expresión²².

La implicación del principio, como ya se habrá advertido, es el escurpuloso respeto a la minoría disidente y a sus posibilidades de dejar de serlo por convertirse en mayoría decisoria²³. Sin la virtualidad de este principio en todas y cada una de sus manifestaciones queda vaciado el principio de decisión mayoritaria, pues solamente con ella se podrá saber cuando una determinada opción sigue siendo realmente la querida por la mayoría: cuando se ha confrontado con las demás alternativas expresadas en libertad²⁴. Mayoría presupone comparación y comparación

²² En expresión de FLORES D'ARCAIS ("El incierto porvenir del socialismo", *El País - Temas de nuestra época* -, 12.11.1987, p. 2). El TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ha manifestado que "las libertades del artículo 20 (...) no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito de funcionamiento del Estado democrático" (STC 12/81, de 31.3, BJC 12, p. 272; STC 104/86, de 17.7, BJC 64/86, pp. 1.048 y s.).

²³ JIMENEZ DE ASUA comentaba, en este sentido, que "la democracia, ante todo y sobre todo, tiene que reconocer la libertad y, lo que importa tanto como ella, el derecho a la disidencia" ("El Derecho Penal liberal...", *cit.*, p. 188). DIAZ GARCIA habla de "la absoluta necesidad del respeto a las minorías y a los individuos - en su libertad y otros derechos - para que pueda hablarse coherentemente de mayorías y de democracia" ("De la maldad...", *cit.*, p. 116). BOBBIO alude a la necesaria relación entre democracia y disenso ("El futuro...", *cit.*, p. 79).

²⁴ Cfr. DIAZ GARCIA, "De la maldad...", *cit.*, pp. 59 y s.; también en "Socialismo democrático y derechos humanos", en "Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático", Madrid (Civitas), 1.978, p. 133. En este sentido afirma BOBBIO que "las normas constitucionales que atribuyen estos derechos no son propiamente reglas del juego:

presupone conocimiento del que compara. Como afirma Díaz García, "sin libertad, y por de pronto sin libertad de opinión, no hay democracia, ni hay legitimidad democrática ni soberanía popular"²⁵.

c) El principio de libertad tiene aplicación también a la "faceta íntima" del ciudadano como "persona privada en busca de la plenitud, la experiencia enriquecedora o el sosiego"²⁶. Aquí sus implicaciones se centran en "la posibilidad del hombre de desarrollarse libremente, de vivir

son reglas preliminares que permiten el desarrollo del juego" ("El futuro...", *cit.*, p. 33).

²⁵ "De la maldad...", *cit.*, p. 86. DÍAZ GARCÍA ha insistido sobre la decisiva importancia del principio señalado para la construcción de un criterio de legitimidad democrática: la "dimensión crítica individual me parece la más decisiva, el verdadero núcleo de la ética, de la democracia y, en oposición a cualquier tipo de tiranías y absolutismos, la necesaria y más radical expresión de la libertad" (p. 33). *Vid.* también las pp. 70 y 133 de su "Socialismo democrático..." (*cit.*). En la misma línea considera LEIBHOLZ que "sólo puede la democracia alzarse contra la libertad político-individual, cuando pretende a la vez suscitar dudas y cuestiones acerca de su propia existencia (...). Ello es el óleo con el que se unge toda democracia (...), la síntesis de individualismo y universalismo ("Conceptos fundamentales de la política y de teoría de la Constitución", Madrid - Instituto de Estudios Políticos -, 1.964, p. 118). *Vid.* también, en el mismo sentido, DIEZ RIPOLLES, "El Derecho Penal...", *cit.*, pp. 30 y s.; GARCÍA PABLOS, "El llamado 'Derecho Penal...'", *cit.*, p. 61; RUIZ MIGUEL, "Sobre los conceptos...", *cit.*, p. 547. Señala ARAGON REYES que "la democracia es el principio legitimador de nuestra Constitución no sólo porque esa Constitución amane democráticamente, sino, sobre todo, porque el Estado que organiza es un Estado que asegura la democracia, es decir, un Estado en que la atribución de la soberanía al pueblo no sólo está declarada, sino garantizada a través de determinadas cláusulas constitucionales que permiten a ese pueblo seguir siendo soberano, permanecer como un pueblo de hombres libres e iguales en su libertad" ("Constitución y democracia", Madrid - Tecnos -, 1.969, p. 42).

²⁶ En expresión de F. SAVATER ("Crímenes del prejuicio. Razones y datos sobre las prohibiciones", en *El País* - Edición Internacional -, 7.12.87, p. 5).

su propia voluntad y su propia responsabilidad²⁷. Un sistema democrático que quiera ser coherente con los principios últimos que le inspiran y que no quiera terminar reducido a un totalitarismo democrático²⁸ ha de respetar también esta segunda vertiente del principio de libertad. Lo primero, porque precisamente el sistema de legitimidad democrática se sustenta sobre una concepción de la sociedad como conjunto de ciudadanos titulares de derechos e

²⁷ T. DEHLER, "El Derecho como base del orden en la sociedad moderna", en *Folia Humanística*, t. V, n.º 51, marzo de 1987, p. 197. G. S. NINO afirma que el principio de autonomía de la persona "establece que la libre elección y materialización de ideales de excelencia personal o de concepciones de lo bueno es intrínsecamente valiosa y, por tanto, debe ser promovida y no interferida por otros individuos" ("La derivación...", *cit.*, p. 30). TERRADILLOS BASOCO afirma: "Disidencia es, recuérdese, divergencia en las opiniones, pero también en las creencias y en las conductas. Penalizar lo distinto, o exarcarbar frente a ello el rigor punitivo, es incompatible con el pluralismo igualitario" ("Constitución y ley penal. La imposible convergencia", en *RPDUC*, 11, p. 665). *Vid.* también, ZIPP, "Introducción...", *cit.*, p. 98. ARAGON REYES recuerda que "característica muy singular del principio democrático (...) es que contenga en sí mismo la doble capacidad de operar como principio material y como principio estructural, o, mejor dicho, que posea ambas dimensiones" ("Constitución...", *cit.*, p. 101). El TRIBUNAL CONSTITUCIONAL señala que "la libertad ideológica (...) no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones. Comprende, además, una dimensión externa de agere licere, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito o padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos" (STC 120/90, de 27.6, RA 443/90, BOE 30.7, FJ 10).

²⁸ O en un "imperium paternale", que es "el peor despotismo imaginable" (KANT, "Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis", en "Kants gesammelte Schriften", Berlín - Walter de Gruyter -, 1969, vol. VIII, p. 291). KANT considera que la libertad política, en cambio, es aquella situación "en la que nadie me puede obligar a ser feliz a su modo (como él se imagina el bienestar de los otros hombres), sino que cada uno puede buscar su felicidad personal por la vía que mejor le parezca, siempre que al hacerlo no lesione la libertad de los demás a tender a ese fin, de forma que su libertad pueda coexistir con la de cualquier otro según una ley universal (es decir, la de no lesionar el derecho de los demás)" (p. 290; nótese el amplio sentido en el que emplea la expresión "libertad política").

intereses, capaces de tomar sus decisiones políticas en concordancia con sus inquietudes o ambiciones, y de autodeterminarse en lo concerniente a sus actividades privadas. La democracia parte de la dignidad igual de todos los ciudadanos y por ello se sustenta sobre la suma de las facultades de decisión de cada uno de ellos²⁹. Lo segundo, porque la omisión del respeto a este principio reduciría el sistema a la simple elaboración de reglas de imposición de conductas uniformes a los ciudadanos, aún cuando sus conductas alternativas fueren inócuas para los demás y para el sistema social en general³⁰. Dicha uniformidad tendería a eliminar la propia pluralidad política a través de la obturación del libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos³¹.

²⁹ Afirma C. ROXIN que "si cada individuo participa en el poder estatal con igualdad de derechos, tampoco puede estribar (su función) en corregir moralmente por medio de la autoridad a personas adultas, a los que sin embargo se concibe como no ilustrados intelectualmente e inmaduros moralmente" ("Sentido y límites...", *cit.*, p. 21). FLORES D'ARCAIS corrobora lo afirmado en el texto en feliz expresión: "Tomar en serio al individuo quiere decir ante todo tomar en serio al ciudadano, y, por tanto, tomar en serio la democracia" ("El incierto porvenir...", *cit.*, p. 3). Vid. también, en sentido similar, VIVES ANTON, "Introducción...", *cit.*, p. 3.

³⁰ Como afirma C. S. NINO, "imponer coactivamente o por algún otro medio de presión un ideal de vida o de excelencia personal implica una pérdida neta en la autonomía de esos u otros individuos, sin que esa pérdida se vea compensada por un aumento en la autonomía de esos u otros individuos" ("La derivación...", *cit.*, p. 31).

³¹ Afirma LEIBHOLZ que "una libre formación política de la voluntad del ciudadano (...) supone también una determinada medida de libertad ciudadana" ("Conceptos fundamentales de la política y de teoría de la Constitución", Madrid - Instituto de Estudios Políticos -, 1.964, p. 118). DIAZ GARCIA hace alusión al grupo de derechos fundamentales diferentes de los de raíz estrictamente política como derivación también de la regla de decisión mayoritaria, de la soberanía popular y de la propia legitimidad democrática ("De la maldad...", *cit.*, pp. 142 y s.).

Decía JOHN STUART MILL que "el principio de la libertad humana requiere la libertad de gustos y de inclinaciones, la libertad de organizar nuestra vida siguiendo nuestro modo de ser, de hacer lo que nos plazca, sujetos a las consecuencias de nuestros actos, sin que nuestros semejantes nos lo impidan, en tanto que no les perjudiquemos, e incluso, aunque ellos pudieran encontrar nuestra conducta disparatada, perversa o errónea (...). No se puede llamar libre a una sociedad, cualquiera que sea la forma de su gobierno, si estas libertades no son respetadas, y ninguna será completamente libre si estas libertades no existen en ella de una manera absoluta y sin reserva. La única libertad que merece este nombre es la de buscar nuestro propio bien a nuestra propia manera, en tanto que no intentamos privar de sus bienes a otros o frenar sus esfuerzos para obtenerlos. Cada cual es el mejor guardián de su propia salud, sea física, mental o espiritual. La especie humana ganará más en dejar a cada uno que viva como le guste más, que no obligarle a vivir como guste al resto de sus semejantes."³²

IV.2.3. NIVELES DE JUSTIFICACION DEMOCRATICA DEL DERECHO PENAL.

A) La protección de las condiciones de libertad del sistema.

1. El contenido del criterio de legitimidad democrática se ha ido plasmando en el reconocimiento de una serie de derechos y de mecanismos de organización política al hilo de las sucesivas transformaciones del Estado de Derecho³³. Estas transformaciones reflejan la evolución de

³² "Sobre la libertad", Barcelona (Orbis), 1.985, p. 41.

³³ Los derechos fundamentales "son elementos esenciales de un orden objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución" (STC 25/81, de 14.6, FJ 5). N. BOBBIO afirma que "un correcto funcionamiento de un régimen democrático es posible en el ámbito de esa forma de gobernar que, según una tradición que se remonta a los antiguos, se llama 'gobierno de las leyes'" ("El futuro...", *cít.*, p. 13). Y añade que "el

las relaciones globales de los grupos integrantes de la sociedad sobre la que el Estado se proyecta.

Este conjunto de derechos y de mecanismos institucionales no constituyen un firmamento atomizado de bienes, sino que configuran un cierto modelo de convivencia social. Cuando decimos de este modelo que está avalado por un criterio de legitimidad democrática, queremos decir que, junto al elemental principio de decisión mayoritaria, se garantizan unas condiciones mínimas de libertad para la virtualidad de éste; porque las condiciones esenciales de convivencia que el modelo impone, con las consiguientes restricciones del número de conductas posibles de los ciudadanos, son condiciones destinadas a asegurar ese mínimo de libertad que constituye el núcleo de una legitimidad democrática; que, en definitiva, éstas son condiciones de libertad.

Los objetos que resumen y encarnan el criterio de legitimidad democrática sustentan a su vez el contenido de las relaciones de regulación fundamentales del sistema democrático. La protección de aquéllos es la protección de éstos y la protección de la confianza general en su vigencia. De ello se deduce que la elaboración del catálogo de aquellos objetos constituye también la base sobre la que edificar un catálogo de bienes protegibles por el Derecho Penal de un Estado democrático. Dicho con otras palabras:

Estado democrático (...) es el tipo ideal de Estado de quien se coloca en el punto de vista del derecho" (p. 14). Y concluye: "la democracia es el gobierno de las leyes por antonomasia" (p. 221).

aquellos objetos fundamentan una teoría deontológica y material del bien jurídico-penal³⁴.

Las condiciones fundamentales de convivencia, expresadas en torno a una serie de objetos de protección, son fruto de un proceso de abstracción. Dicho proceso es un acto de idealización no sólo exigido por razones de técnica jurídica³⁵ o por la pedagogía de la explicación de las estructuras sociales, sino también elemento necesario para la comunicación política de intereses contrapuestos de los ciudadanos y de los grupos y clases en los que éstos se integran³⁶. Para el logro de un entendimiento mínimo que sirva de base al imprescindible compromiso social se requiere no sólo la simplificación de cara a la discusión global, sino también, en palabras de G. VATTIMO, la transferencia de las pasiones, los intereses y las necesidades " a un plano de presentabilidad (...), al plano en que puedan ser reconocidos y aceptados incluso por los otros (...). Lo inmediato del interés, vinculado a la lucha por la existencia, queda como atenuado y en suspenso" y se ubica en el contexto "de las representaciones compatibles sobre el que se puede basar el consenso". De otro modo la desnuda verdad de los intereses vitales lleva necesariamente al "choque de fuerzas y, en definitiva, al atropello". Así pues éste "auténtico acto de ascesis" es esencial para la democracia, entendida como el "conjunto de los procesos en que la representación universalizada de los intereses se acentúa explícitamente en la construcción racional del consenso"³⁷.

Sin embargo, como afirma ESCRIVA GREGORI, "la razón de protección de la ley no es una mera abstracción, sino la protección de cada uno de los bienes que pueden

³⁴ Vid. supra II.1.1.3.

³⁵ En este sentido: DIEZ RIPOLLES ("El Derecho Penal...", *cit.*, p. 103), ESCRIVA GREGORI ("La puesta en peligro de bienes jurídicos en el Derecho Penal", Barcelona - Bosch -, 1.976, p. 43), POLAINO NAVARRETE ("El bien jurídico...", *cit.*, p. 89), K. TIEDEMANN ("Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht", Tubinga, J. C. B. Mohr - Paul Siebeck, 1.989, p. 117).

³⁶ En este sentido, G. VATTIMO ("De la ideología a la ética", en *El País*, 8.1.1987, p. 9 y s.).

³⁷ "De la ideología...", *cit.*, pp. 9 y s.

resultar afectados concretamente³⁸ y que, en última instancia, se refieren al individuo, cuyo beneficio es la razón de ser del Estado y del Derecho democráticos³⁹. Procedamos pues a recorrer en sentido contrario el mencionado proceso que lleva desde los intereses vitales del individuo, desde sus unidades de función en relación con su proyecto personal de felicidad, a los citadas "condiciones fundamentales de convivencia" del Estado democrático que aquí hemos relacionado estrechamente con los bienes jurídicos penalmente protegibles en el mismo.

Partiremos a continuación de las condiciones esenciales que concretan el criterio de legitimidad democrática. Su rasgo común se constituye "a través de un unitario momento valorativo que caracteriza muy diversos objetos como bienes y con ello decide sobre su desarrollo jurídico así como sobre su rango"⁴⁰. Posteriormente, para su

³⁸ "La puesta en peligro...", cit., p. 43; vid. también DIEZ RIPOLLES, "El Derecho Penal...", cit., p. 106. W. HASSEMER ha insistido en un reciente artículo en la necesidad de una teoría personal del bien jurídico: "los bienes jurídicos son intereses humanos que requieren protección penal. Esto indica, ante todo, que la protección de las instituciones sólo puede llegar hasta el punto en que es condición de la posibilidad de protección de la persona (...). Un concepto personal de bien jurídico no rechaza la posibilidad de bienes jurídicos generales o estatales, pero funcionaliza estos bienes desde la persona" ("Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", en DP, 1989, 46/47, p. 282). En sentido similar afirma PORTILLA CONTRERAS que el Derecho Penal debe regirse por el "principio de individualización de la ofensividad", debiendo seleccionarse como bienes jurídicos personales sólo aquellos valores cuya vulneración represente la infracción de un interés reconducible directa o indirectamente al individuo" ("Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos", en CPC, 1989, 39, p. 745).

³⁹ Como afirma K. TIEDEMANN, "la (valiosa) relación entre hombres e intereses es el substrato que subyace en la idea de bien jurídico" ("Tatbestandsfunktionen...", cit., p. 115). O en palabras de MIR PUIG: "si el Derecho ha de proteger los sistemas sociales es sólo en cuanto que ello supone la defensa del individuo" ("Introducción...", cit., p. 139). N. BOBBIO destaca que "la doctrina democrática reposa sobre una concepción individualista de la sociedad" ("El futuro...", cit., p. 14).

⁴⁰ Vid. K. AMELUNG, Recensión..., cit., p. 139. La postura de W. HASSEMER ("Theorie und Soziologie des Verbrechens", Frankfurt - Athenäum -, 1973, p. 59 y ss.) y de G. FIANDACA ("Il 'bene giuridico'...", cit., p. 44) acerca de la relación de proporcionalidad

identificación, las subdividiremos en diversos grupos al hilo de las características que implica cada una de las calificaciones del Estado y que responden a sucesivas transformaciones históricas. Intentaremos después individualizar en cada grupo las principales condiciones que lo componen. Finalmente queda el descenso al individuo: cada condición tiene una influencia decisiva en la esfera vital del ciudadano y va a suponer el reconocimiento o la atribución de una serie de facultades o de posibilidades de comportamiento en relación con un determinado objeto o situación, la permanencia de una serie de circunstancias que condicionan su bienestar, la prestación de unos servicios por parte del Estado o de otros individuos con que el sujeto cuenta para la realización de sus aspiraciones. Estas posibilidades de comportamiento, circunstancias vitales y prestaciones ajenas que corresponden a cada individuo han sido objeto de un juicio de valor positivo y, en ese sentido, pueden ser calificadas como valores o bienes⁴¹. Por otra parte dicha calificación positiva proviene de su utilidad para las aspiraciones de individuo y, en ese otro sentido, son también unidades de función. Y precisamente por

inversa entre la utilidad del concepto de bien jurídico y la heterogeneidad de los objetos bajo él comprendidos es errónea, como afirma E. AMELUNG (Recensión..., cit., p. 139). Para la construcción del concepto es suficiente desde el punto de vista lógico un sólo rasgo común a los objetos bajo él comprendidos. Este reside en el citado momento valorativo (vid., en este sentido, RODRIGUEZ MOURULLO, "Derecho Penal...", cit., p. 276). Lo que sí carece de utilidad, a nuestro juicio, es la búsqueda de ulteriores rasgos comunes diferentes de los que se derivan de un desarrollo lógico de dicho rasgo unificador.

⁴¹ En este sentido, por ejemplo, RODRIGUEZ MOURULLO ("Derecho Penal...", cit., p. 19) y G. JAKOBS ("Strafrecht...", cit., p. 35, nm. 3; p. 39, nm. 12).

dicha utilidad son "interesantes" para el ciudadano: son también intereses⁴².

2. El Estado social y democrático de Derecho constituye un resultado provisional del intento de realización del criterio de legitimidad democrática en un modelo de organización política y social (d). Las condiciones esenciales de convivencia que implica se pueden catalogar, sin afán de exhaustividad, del modo que se expresa a continuación, en función de la definición de dicho modelo estatal como Estado de Derecho (a), como Estado social (b) y como Estado democrático (c).

a) El Estado social y democrático de Derecho, en cuanto *Estado de Derecho*, mantiene en lo esencial el esquema de la división de poderes, el sometimiento de los mismos y de los ciudadanos a la ley y la consecuente responsabilidad jurídica de todos ante los tribunales, y el reconocimiento de una serie de derechos fundamentales individuales: derecho a la vida y a la integridad física (artículo 15 de la Constitución española de 1978), derecho a la libertad de circulación y residencia (art. 19), inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones (art. 18.2, 3 y 4), derecho a la libertad de pensamiento y de conciencia (art. 18), derecho a la libertad religiosa y de creencias y a la manifestación externa del culto (art. 16), derecho a la

⁴² Como afirma E. MARQUARDT, "el concepto de interés está indiscutiblemente vinculado con el de bien, y en lo sucesivo hemos de emplearlos como sinónimos, tal cual lo hace la doctrina moderna" ("Valor y bien jurídico", en "Temas básicos de Derecho Penal", Buenos Aires - Abeledo-Parrot -, 1976, p. 57).

seguridad jurídica - legalidad de las penas, garantías procesales - y a la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos (arts. 17, 24 y 25), derecho a la no discriminación (art. 14), derecho a la propiedad privada (art. 33.1)⁴³.

La fórmula "Estado de Derecho" constituye una prestigiosa expresión que todo tipo de organización estatal desea atribuirse⁴⁴. Podríamos resumir y

⁴³ La Revolución Francesa, en cuanto revolución esencialmente burguesa, tras como consecuencia jurídico-institucional la formulación del denominado Estado de Derecho, cuyos postulados esenciales sirven de cobertura ideológica y fáctica al progreso de los intereses de dicha clase social (vid. DIAZ GARCIA, "Estado de Derecho...", *cit.*, pp. 27 y ss., y PEREZ LUÑO, "Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución", Madrid - Tecnos -, 1.984, p. 222). A través de la separación de poderes, de la primacía de la ley y del control judicial de la Administración se supera la inseguridad que provocaba la posibilidad de ingerencia arbitraria del Estado absolutista; por otra parte, la titularidad de la generación de las leyes, correspondiente teóricamente a la voluntad popular, pasa en la práctica a los sujetos propietarios y contribuyentes; finalmente, se reconocen una serie de derechos subjetivos individuales, entre los que destaca el "sagrado" o "inviolable" derecho de propiedad. El Estado queda pues controlado, marginado de la sociedad - Estado abstencionista -, y reducido su papel a la garantía del "libre" juego cultural, social y económico - Estado guardián -, en el que la clase poseedora burguesa participaba con todas las ventajas. El Estado liberal de Derecho sirve así de marco ideal para el desarrollo del sistema económico capitalista. Para BOBBIO "el Estado liberal es aquel que ha consentido la pérdida del monopolio del poder ideológico a través de la concesión de los derechos civiles, entre los primeros, del derecho a la libertad religiosa y de opinión política, y la pérdida del monopolio del poder económico a través de la concesión de la libertad económica, y ha acabado por conservar únicamente el monopolio de la fuerza legítima, cuyo ejercicio, no obstante, queda limitado por el reconocimiento de los derechos del hombre y por los distintos vínculos que dan origen a la figura histórica del Estado de derecho" ("El futuro...", *cit.*, p. 147).

⁴⁴ Prueba de ello son, sin ir más lejos, los intentos del Estado franquista por legitimarse como Estado de Derecho (como curiosidad vid. el libro "España, Estado de Derecho", sin autor, subtítulo "Réplica a un informe de la Comisión Internacional de Juristas", publicado en Madrid por el Servicio Informativo Español en 1.984) y el interés opuesto del constituyente español de afirmar como innovación fundamental la consolidación de dicho modelo (vid. el preámbulo y el artículo 1.1). PEREZ LUÑO ("Derechos humanos...", *cit.*, p. 240) recuerda en este sentido el retorno a la utilización del término tanto en los antiguos Estados del denominado socialismo real

clasificar los contenidos con que se ha utilizado y se utiliza del siguiente modo.

aa) Estado de Derecho (*Rechtsstaat*) es un Estado en el que impera la ley, o en el que rige formalmente el principio de legalidad, o que funciona a través de cauces jurídicos (*Gesetzstaat*). La utilización de la expresión en este sentido es criticable, pues, dado que el Derecho es un instrumento insustituible por parte del Estado, conduce a una identificación entre Estado y Estado de Derecho, privándole de la función legitimadora que había sido causa de su nacimiento⁴⁵.

bb) Estado de Derecho es la expresión de un determinado conjunto de mecanismos jurídicos a través de los cuales fluye la actividad estatal. Dichos mecanismos responden a una determinada concepción filosófica del hombre y de la comunidad política - el Estado como ente racional al servicio del individuo⁴⁶ -; constituyen una técnica de libertad⁴⁷. Consisten básicamente en: separación de los poderes estatales, primacía de la ley como expresión de la voluntad general, sometimiento de la Administración a la ley y control judicial del mismo, reconocimiento jurídico-formal de una serie de derechos y libertades fundamentales⁴⁸.

como por los pensadores marxistas de los países occidentales. La expresión fue también aplicada al sistema nacionalsocialista alemán (O. KOELLREUTER, "Der nationale Rechtsstaat", Tubinga, - J. C. B. Mohr -, 1932) y al sistema fascista italiano (F. D'ALESSIO, "Lo Stato fascista come Stato di diritto", en "Scritti giuridici in onore di Santi Romano", Padua - Cedam -, 1940, vol. I, pp. 133 y ss.).

⁴⁵ En este sentido crítico, DIAZ GARCIA ("Estado de Derecho...", *cít.*, pp. 31 y s.), MIR PUIG ("Función de la pena...", *cít.*, p. 20, n. 3) y PEREZ LUÑO ("Derechos humanos...", *cít.*, pp. 220 y 239).

⁴⁶ Vid. PEREZ LUÑO, "Derechos humanos...", *cít.*, pp. 219 y s.

⁴⁷ Vid. J. BALLESTEROS, "Los principios básicos de la Constitución (I): el Estado social y democrático de Derecho", en AA. VV., "Estudios sobre la Constitución española de 1978", Valencia (Universidad), 1980, p. 33.

⁴⁸ Vid., por ejemplo, H. KELSEN, "Teoría pura del Derecho", México (UNAM), 1981, p. 315: "Si se reconoce en el Estado un orden jurídico, todo Estado es un Estado de derecho, dado que esta expresión es pleonástica. En los hechos, es empleada para designar cierto tipo de Estado, a saber, aquel que corresponde a las exigencias de la democracia y de la seguridad jurídica. 'Estado de derecho' en este sentido específico, es un orden judicial y la administración está regida por leyes, es decir, por normas generales, dictadas por un parlamento elegido por el pueblo, con o sin participación de un Jefe de Estado situado en la cúspide del gobierno, siendo los miembros del gobierno responsables de sus actos, los tribunales independientes, y encontrándose garantizado

cc) Estado de Derecho es el modelo en el que se realizan plenamente todas las exigencias del Estado de Derecho en el segundo de los sentidos. Se trataría de un "verdadero", "auténtico", "puro" o "material" Estado de Derecho⁴⁹, en el que la ley expresa realmente la voluntad general, pues todos participan en su elaboración en igualdad de condiciones de formación e información y los derechos fundamentales no sólo disfrutan de una garantía jurídico-formal sino también de una efectiva realización material. Sería pues equivalente al Estado democrático de Derecho en la formulación de DIAZ GARCIA o al Estado social y democrático de Derecho en la de ABENDROTH: organización jurídica y política en la que adquieren pleno sentido las nociones de democracia y socialismo⁵⁰.

La reflexión en torno a estos diversos significados conducen a la constatación de que todo Estado es un Estado de Derecho en el primero de los sentidos y de que ningún Estado es un Estado de Derecho en el último de ellos. La función legitimadora - y deslegitimadora - de la fórmula exige así su utilización según el contenido reflejado en segundo lugar. La distinción conceptual es, sin embargo, útil, pues pone de manifiesto cómo este Estado de Derecho, en la configuración semántica que adoptamos, es tan sólo un mínimo o punto de partida y cómo un Estado puede ser más o menos de Derecho en la medida en que su organización avance hacia el tercero de los significados: aunque sea ya un objeto no deja por ello de ser un proceso⁵¹.

ciertos derechos y libertades de los ciudadanos, en especial la libertad de creencia y de conciencia y la libertad de expresión". En sentido similar: S. BASILE ("Los 'valores superiores', los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas", en AA. VV., "La Constitución española de 1.978", Madrid - Civitas -, 1.981 - 2ª ed. -, pp. 267 y s.), DIAZ GARCIA ("Estado de Derecho...", *cit.*, pp. 31 y ss.), GARRORENA MORALES ("El Estado español como Estado social y democrático de Derecho", Madrid - Tecnos -, 1.987, pp. 157 y ss.), PEREZ LUÑO ("Derechos humanos...", *cit.*, pp. 238 y s.).

⁴⁹ Expresiones utilizadas por DIAZ GARCIA las dos primeras ("Estado de Derecho...", *cit.*, p. 20), JIMENEZ DE PARGA ("La 'Pacem in terris' y el Estado de Derecho", en AA. VV., "Comentarios universitarios a la Pacem in Terris", Madrid - Tecnos -, 1.964) y DIEZ RIPOLLES ("El Derecho Penal...", *cit.*, p. 30) respectivamente.

⁵⁰ DIAZ GARCIA, "Estado de Derecho...", *cit.*, pp. 19 y s., 111 y ss.; W. ABENDROTH, "El Estado de Derecho democrático y social como proyecto político", en AA. VV., "El Estado social", Madrid - Centro de Estudios Constitucionales -, 1.986, pp. 30, 37 y ss., 40 y ss.

⁵¹ En relación con esta última idea, cfr. DIAZ GARCIA, "Estado de Derecho...", pp. 86.

b) El Estado social y democrático de Derecho en cuanto Estado social⁵² se compromete a paliar las principales disfunciones del sistema socioeconómico capitalista; emprende una política fiscal de reestructuración y equilibrio de las rentas; interviene directamente en la producción, bien como empresario, bien con la imposición de determinadas condiciones para el ejercicio de la misma - no solamente en lo concerniente a la relación entre precios, beneficios y salarios, sino también en relación con las condiciones en que se realiza la prestación laboral y con el control de los efectos nocivos que la actividad empresarial produce al medio ambiente y a la conservación racional de los recursos naturales -; asume la prestación de determinados servicios esenciales para el bienestar de los ciudadanos (por ejemplo, en el campo de la sanidad, de la

⁵² E. FORSTHOFF ha afirmado la incompatibilidad en el plano constitucional de Estado de Derecho y Estado social. Mientras la Ley Fundamental consagra el primero, el segundo adquiere su vigencia en el plano de la realidad política, de la actividad de la Administración ("Problemas constitucionales del Estado social", en AA. VV., "El Estado social", *cit.*, p. 45). Desde nuestro punto de vista, la incompatibilidad señalada se produce entre el Estado liberal y el Estado social, que asignan funciones antagónicas al Estado. Sin embargo el Estado de Derecho, entendido como un conjunto de mecanismos jurídico-políticos, es teórica y prácticamente, compatible con el Estado social. Se podría afirmar incluso que, por una parte, el Estado de Derecho, con sus mecanismos de control de poder, supone una condición de garantía de socialidad auténtica del Estado social (intervención en la sociedad en la dirección que ésta quiere) y que, por otra, a su vez, el Estado social dota de contenido real a ciertos principios del Estado de Derecho (reconocimiento de derechos fundamentales, ley como representación de la voluntad general). En contra de la posición de E. FORSTHOFF: W. ABENDROTH ("El Estado de Derecho...", *cit.*, p. 30), DIAZ GARCÍA ("Estado de Derecho...", *cit.*, p. 83), PEREZ LUÑO ("Derechos humanos...", *cit.*, p. 229), C. BOXIN ("Franz von Liszt y la concepción político-criminal del proyecto alternativo", en "Problemas básicos...", *cit.*, p. 65: "la fórmula empleada por nuestra Ley Fundamental del 'Estado social de Derecho' no es un mero aglutinamiento de principios heterogéneos, sino que por el contrario designa dos partes de un todo que correctamente se considera inseparable").

vivienda, de la educación, del transporte, de la cultura en general); asiste específicamente a las capas de la población especialmente perjudicadas por el sistema - por ejemplo, desempleados y ancianos -. En torno a la actividad social del Estado surgen una serie de derechos económicos, sociales y culturales: derechos sobre las condiciones de trabajo (derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, derecho al descanso necesario - art. 40.2 -), derecho de huelga y a la libre sindicación (art. 28), derecho al medio ambiente (art. 45), derecho a la atención sanitaria y a la protección de la salud (art. 43), derecho a las prestaciones sociales en caso de necesidad (art. 41), derecho a la educación (art. 27). Con más retórica que realismo (garantía jurídico-formal más efectiva realización material), de la que tampoco están exentas en mayor o menor medida algunos de los derechos recientemente citados, se proclaman también el derecho al trabajo (art. 35), el derecho a la vivienda (art. 47) y el derecho a la cultura (art. 44)⁵³.

El esquema organizativo liberal marginaba en la práctica a la mayor parte de la población tanto de la efectiva participación política⁵⁴ como de una participación mínimamente digna en los beneficios de la producción. La miseria y la explotación que sufren amplios sectores sociales alentaba la necesidad de un cambio y un consecuente proceso de concienciación y organización de las clases no poseedoras⁵⁵. La

⁵³ Sobre los caracteres del Estado social de Derecho, vid. DIAZ GARCIA, "Estado de Derecho...", cit., pp. 83 y ss.; E. FORSTHOFF, "Problemas constitucionales...", cit., pp. 48 y ss.; PEREZ LUÑO, "Derechos humanos...", cit., pp. 223 y ss.

⁵⁴ Vid. DIAZ GARCIA, "Estado de Derecho...", cit., p. 29; PEREZ LUÑO, "Derechos humanos...", cit., p. 242.

⁵⁵ BUSTOS RAMIREZ y HORMAZABAL MALAREE destacan cómo "las aspiraciones sociales de los desposeídos, que hasta la fecha sólo se

hegemonía de la clase burguesa es puesta cada vez más en cuestión: al Estado burgués se le impone la lucha política y económica de las clases dominadas⁵⁶. La consecuencia histórica de este proceso es la superación del modelo liberal a través del Estado social de Derecho.

El paso de un Estado guardián y abstencionista a un Estado decididamente interventor en pos de la evitación de las principales disfunciones del sistema socioeconómico capitalista⁵⁷ se presenta tanto como una concesión de la clase burguesa, hasta entonces absolutamente hegemónica, como una conquista de las clases subalternas⁵⁸. Aquella se ve obligada a ceder en lo menos para mantener lo más - sistema económico de producción capitalista -; a ampliar las funciones del Estado para conservar su legitimación; a ir buscando, al hilo de las transformaciones en la correlación de fuerzas de la sociedad civil, sucesivos puntos de equilibrio político que, de un lado, hicieran más aceptable el sistema vigente y por otro, eliminaran la imperiosidad de la necesidad de un cambio radical de estructuras por parte de las clases no dominantes. La democracia liberal, altamente demagógica, se transforma así en democracia social en la medida en que se va dotando al principio de igualdad y a los derechos fundamentales de contenido material. La propia lógica del capital se presenta a su vez como factor que avala la conveniencia del cambio organizativo estatal: en primer lugar por la exigencia de una economía de consumo que plantea un sistema de producción expansivo; en segundo lugar porque como afirma ABENDROTH, siguiendo a KEYNES, "una gran parte del producto social ha de ser desviado hacia actividades improductivas, si es que se desea funcione la estructura de la propiedad capitalista en una relativa plena ocupación"⁵⁹.

habían manifestado espontáneamente por el apremio de sus necesidades, encuentran ahora, desde 1848 en adelante, un cauce político científico" ("Pena...", *cit.*, p. 106).

- ⁵⁶ Vid. N. POULANTZAS, "Poder político y clases sociales en el Estado capitalista", Madrid (Siglo XXI), 1976, p. 242.
- ⁵⁷ En este sentido, por ejemplo, BUSTOS RAMIREZ ("Los bienes jurídicos...", *cit.*, p. 153).
- ⁵⁸ Para K. MARX el Derecho obrero, manifestación típica del Estado social, es una "primera concesión arrancada a duras penas al capital" ("El Capital. Crítica de la economía política", México - Fondo de Cultura Económica-, 1973, vol. I, p. 409). Vid. también PALOMEQUE LOPEZ, "Derecho del Trabajo e ideología", Madrid (Akal), 1980, pp. 81 y s.
- ⁵⁹ "El Estado de Derecho...", *cit.*, p. 32; vid. también DIAZ GARCIA, "Estado de Derecho...", *cit.*, p. 65; PEREZ LUÑO, "Derechos

c) El Estado social y democrático de Derecho en cuanto Estado democrático se caracteriza como mínimo por el método de decisión mayoritaria para la resolución de las cuestiones comunitarias esenciales; por la consecuente protección y promoción del ejercicio de los derechos y libertades políticas de los ciudadanos (libertad de expresión del pensamiento - art. 20.1 -, derecho de reunión - art. 21 -, derecho de asociación - art. 22 -, derecho a la participación en las elecciones - art. 23 -, derecho a la información - art. 20.1.d, 3 y 5 -, derecho de petición - art. 29.1 -); por el respeto y la protección del ejercicio de la autodeterminación vital en el ámbito privado (respeto a la dignidad moral de la persona y al libre desarrollo de su personalidad - art. 10.1 y 15 -: derecho al honor y a la fama - art. 18.1 -, derecho a la objeción de conciencia - art. 30.2 -, derecho de asilo - art. 13.4 - y derecho a la

humanos..."; cit., p. 223. BOBBIO describe del modo siguiente el paso del Estado liberal al Estado social. "Cuando los que tenían derecho a voto eran sólo los propietarios, resultaba natural que pidiesen al poder público el ejercicio de una sola función primaria: la protección de la propiedad. De aquí nació la doctrina del Estado limitado, del Estado carabinero o, como se dice hoy, del Estado mínimo, y la configuración del Estado como asociación de propietarios para la defensa de ese derecho natural supremo que era precisamente para Locke el derecho de propiedad. Desde el momento que el voto fue extendido a los analfabetos, se hizo inevitable que éstos pidiesen al Estado la institución de escuelas gratuitas y, por tanto, que cargase con unos gastos que eran desconocidos para el Estado de las oligarquías tradicionales y la primera oligarquía burguesa. Cuando el derecho al voto se extendió también a los no propietarios, a los que no poseían nada, a aquellos que no tenían más propiedad que la de su fuerza-trabajo, la consecuencia lógica era que éstos pidiesen al Estado la protección contra el paro y luego, sucesivamente, seguros sociales contra las enfermedades, para la vejez, medidas en favor de la maternidad, piscos baratos, etc. De esta manera, el Estado de los servicios, el Estado social, fue, guste o no guste, la respuesta a una pregunta llegada desde abajo, a una pregunta, en el pleno sentido de la palabra, democrática" ("El futuro...", cit., p. 43).

nacionalidad - art. 11.2 -, derecho a la autodeterminación sexual⁶⁰ - arts. 10.1, 15, 18, y 20.4 - ⁶¹.

Muchas de estas manifestaciones del Estado social y democrático de Derecho en cuanto Estado democrático son atribuibles a su condición de Estado de Derecho. Hemos querido, sin embargo, enfatizar, en el marco de este último, el postulado de primacía de la ley y del control judicial de la Administración como requisitos de seguridad jurídica. Y de ahí, también, una serie de derechos que actúan como círculos de exclusión de la intervención estatal. El concepto de democracia reivindica especialmente el postulado de la ley como expresión de la voluntad general: de ahí que enfaticemos, en este marco, la participación libre e igual de todos los ciudadanos en la formación de la voluntad política y en los derechos que tienden a garantizar la misma.

d) La fórmula del *Estado social y democrático de Derecho*, que ha suscitado un importante consenso en la práctica política y en la doctrina científica como expresiva de un cierto modelo de organización estatal, ha dado lugar, paradójicamente, a no pocas interpretaciones divergentes de su contenido. Visto desde cierta perspectiva, se trataría de

⁶⁰ G. FIANDACA hace referencia a este derecho como derivado de principios de indiscutible relieve consuetudinario ("Il 'bene giuridico' come problema...", *cit.*, p. 66).

⁶¹ GARRORENA MORALES indica que los contenidos fundamentales de la calificación democrática del Estado que hace la Constitución son: "1) un concreto criterio respecto del problema de la residencia de la soberanía, 2) una concepción plural de la sociedad, y 3) una paralela visión participativa del proceso político" (*op. cit.*, p. 120).

un afortunada expresión cuya ambigüedad ha permitido su aceptabilidad por grupos sociales ideológicamente enfrentados⁶². No queda claro, a la vista de la misma, si estamos ante una manera precisa de denominar el Estado social por referencia a sus orígenes o a sus límites democráticos, o ante un Estado democrático de Derecho entendido como modelo de organización política que satisface todas las exigencias materiales de un criterio de legitimidad democrático, o ante un Estado social "orientado hacia" o "con posibilidades de" convertirse en Estado democrático de Derecho.

DÍAZ GARCÍA interpreta que la fórmula contenida en el artículo 1.1 de la Constitución no es sino un modo de referirse al Estado democrático de Derecho, "en el que se pretende (...) la transformación en profundidad del modo de producción capitalista y su sustitución progresiva en el tiempo por una organización social de caracteres flexiblemente socialistas (...) para dar paso, a través de vías pacíficas (...) y de libertad (...) a una sociedad donde consecuentemente pueden implantarse muy superiores niveles de dicha igualdad y libertad real, donde democracia (otra vez formal y real) y socialismo no solamente sean compatibles sino que se fortalezcan y consoliden

⁶² En ello reside buena parte de la utilidad de este tipo de términos y no al contrario, como afirman M. S. GIANNINI ("Stato sociale: una nozione inutile", en "Scritti in onore de G. Mortati", vol. I, Milano - Giuffrè -, 1977, pp. 139 y ss.) y PÉREZ LUÑO ("Derechos humanos...", p. 238). Recordamos la similar eficacia que alcanzó el término "nacionalidades" del artículo 2 de la Constitución española de 1978.

mutuamente⁶³. GARRORENA MORALES, por contra, entiende que el constituyente español ha pretendido establecer simplemente una referencia al Estado social de Derecho en cuanto modelo actualmente vigente en el ámbito de las democracias occidentales y punto de llegada de un proceso histórico⁶⁴.

Podría pensarse que lo que, como superación del Estado social de Derecho, pone de manifiesto el Estado social y democrático de Derecho es el establecimiento de un tercer área de consenso - añadido al mantenimiento de las paredes básicas del sistema socioeconómico capitalista y a la misión del Estado de evitación de las principales disfunciones de aquel para todos o para determinadas capas de la población - : el reconocimiento de las posibilidades endógenas de transformación pacífica del sistema socioeconómico a través de la aplicación de las reglas de la democracia y del aumento de las cotas reales de participación que provoca el Estado social⁶⁵. El Estado social y democrático de Derecho

⁶³ "El Estado democrático de Derecho...", *cit.*, p. 46. A esta posición parece sumarse VIVES ANTON: el Estado social y democrático de Derecho pretende ir más allá del Estado liberal y del *Welfare State*, "un Estado de Derecho fundado en la idea, otrora esgrimida y que ahora resurge, de democracia real" ("Introducción...", *cit.*, p. 45).

⁶⁴ *Op. cit.*, pp. 217 y ss., con una amplia exposición del intercambio de argumentos. En la STC de 14.7.81 se habla del "Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)" (RI 4, BJC 6, FJ 5º, p. 331).

⁶⁵ En este sentido afirma SOLA DUEÑAS que "un texto constitucional - y ésta es su mayor virtud desde el punto de vista democrático formal - es susceptible de un desarrollo 'alternativo' (entendida en este caso la expresión como la posibilidad de que el grupo elevado democráticamente al poder en cada momento ponga en práctica sus propias concepciones políticas)" ("Desarrollo democrático...", *cit.*, p. 222). N. BOBBIO destaca como una de las ideas de la democracia la de

no sería tanto un instrumento de clase⁶⁶ como el Estado de una sociedad dividida en clases⁶⁷, que, si bien surge sobre un sistema que beneficia esencialmente a un determinado grupo social, le impone a éste una cierta y creciente limitación en su dominio y la posibilidad de llegar a perderlo. Dicha posibilidad depende hoy más que nunca de la capacidad de unión, concienciación, organización y desenmascaramiento de los grupos alternativos, necesaria para el acceso al poder que posibilita el juego democrático⁶⁸. El adjetivo "democrático" no tendría así como finalidad la simple alusión al origen liberal-pluralista del Estado social de Derecho, ni, por lo tanto, la consecuente consagración definitiva de éste, ni del modelo socioeconómico neocapitalista que bajo él subyace, sino la manifestación de la posibilidad de una orientación del mismo hacia el Estado democrático de Derecho - en el sentido que asigna a esta expresión DIAZ GARCIA -.

Las discusiones que rodearon los trabajos del poder constituyente en la elaboración de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania y de la Constitución española de 1978 son en este sentido suficientemente significativas:

la "renovación gradual de la sociedad a través del libre debate de las ideas y el cambio de las mentalidades y del modo de vivir" ("El futuro...", *cit.*, p. 48).

⁶⁶ K. OFFE, "Strukturproblem des kapitalistischen Staates", Frankfurt (Suhrkamp), 1972, p. 90.

⁶⁷ N. POULANTZAS, "Poder político...", *cit.*, p. 242.

⁶⁸ Posibilidad que niega K. OFFE que pueda producirse por dicha vía, puesto que una de las funciones o "rendimientos de selección específicos" (*spezifischen Selektionsleistungen*) del aparato del Estado capitalista es la exclusión de la actividad de los intereses contrapuestos ("Strukturproblem...", *cit.*, p. 77).

ni las fuerzas conservadoras hubieran aceptado una orientación explícita del Estado social de Derecho hacia el Estado democrático de Derecho, ni los partidos de izquierda una consagración sin más del Estado social de Derecho⁶⁹. Este punto de equilibrio queda por lo demás reflejado en diversos artículos de ambas constituciones referentes a los pilares fundamentales del sistema económico: reconocimiento

⁶⁹ ABENDROTH narra con cierto detalle el proceso de discusión ("El Estado de Derecho...", *cit.*, pp. 21 y ss.) y concluye (p. 25) que "como no era posible a la vista de la posición de los Aliados hacer triunfar las reivindicaciones relativas a la estructura de la propiedad, a la dirección de la vida económica y a la organización social, hubo que conformarse con afirmar el sistema liberal de derechos fundamentales en su mayor parte e incluir, al menos como contrapeso, la fórmula del Estado de Derecho democrático y social. Quedó así claro que ese Estado que ahora nace, en modo alguno quería instaurar el orden social y económico que sirvió de base a la aparición del Tercer Reich". ALZAGA VILLAAMIL ("La Constitución española de 1.978. Comentario sistemático.", Madrid - Ed. del Foro -, 1.979, p. 266) y BAJO FERNANDEZ ("Marco constitucional del Derecho Penal económico", en "Comentarios a la legislación penal", t. I, Madrid - Ederza -, 1.982, p. 236) hacen referencia a la postura del Partido Socialista alemán (SPD), que propugnaba en aquel entonces la estatización de los medios de producción y rechazaba el concepto de economía social de mercado. DIAZ GARCIA ("El Estado democrático de Derecho...", *cit.*, p. 220) y PEREZ LUÑO ("Estado de Derecho y derechos fundamentales", en AA. VV., "Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema", Sevilla - Universidad -, 1.979, pp. 161 y s.) indican que la formulación correcta habría sido la de concebir el Estado español como "Estado social de Derecho en transición hacia el Estado democrático de Derecho", si bien reconocen que no era aceptable para las fuerzas conservadoras (PEREZ LUÑO, *op. ul. cit.*, p. 236; DIAZ GARCIA, *op. ul. cit.*, p. 220).

La ambigüedad de nuestra Constitución en materia económica - materia íntimamente relacionada con el modelo de Estado - es unánimemente reconocida por la doctrina (BAJO FERNANDEZ, *op. ul. cit.*, p. 236; ALZAGA VILLAAMIL, *op. ul. cit.*, p. 306; CAZORLA PRIETO, comentario al art. 38, en AA. VV., "Comentarios a la Constitución", *cit.*, n. 30, pp. 740 y s.; FONT GALAN, "Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1.978", en Revista de Derecho Mercantil, 152, 1.979, p. 212; GARCIA COTARELO, "El régimen económico-social de la Constitución española", en AA. VV., "Lecturas sobre la Constitución española", Madrid - UNED -, 1.979 - 2ª ed. -, p. 74 y s.). BAJO FERNANDEZ constata las afirmaciones de los partidos de izquierda en el sentido de que la Constitución no es un obstáculo para la aplicación de sus programas económicos (*op. ul. cit.*, p. 236).

del derecho a la propiedad privada y a la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, junto a la limitación del contenido de los mismos por su propia función social y por las exigencias de la economía general y de la planificación⁷⁰.

En este sentido afirma DIAZ GARCIA que "el punto de partida (...) es (...) el Estado social (neocapitalista) de Derecho, pero la meta a lograr, el Estado posible, podrá ser para la izquierda - dentro siempre de la Constitución - el Estado democrático (socialista) de Derecho"⁷¹. GARCIA PELAYO cifra la posibilidad señalada en una interpretación progresista de las expresiones "propiedad privada" y "libertad de empresa" (ésta, por ejemplo, como "facultad de cada empresa, con independencia de su status social o jurídico")⁷². PEREZ LUNO admite también la orientación posible del artículo 1.1 y de otros artículos de la Constitución española hacia "la transformación, en sentido democrático, del orden económico, social y político"⁷³. Este autor, sin embargo, no ve en ello el rasgo específico del Estado social y democrático de Derecho, sino una potencialidad del propio Estado social de Derecho, puesto que considera la primera noción como equivalente a la segunda⁷⁴. GARCIA

⁷⁰ Véanse los artículos 9.3, 15, 20 y 28 de la Ley Fundamental de Bonn, y los artículos 9.2, 33, 38, 40.1, 61, 122, 129.2 y 131 de nuestra Constitución. En el sentido del texto, FONT GALAN ("Notas...", *cit.*, p. 236) y GARCIA COTARELO ("El régimen económico...", *cit.*, pp. 78 y ss.).

⁷¹ "El Estado democrático de Derecho...", *cit.*, p. 180, n.7.

⁷² GARCIA PELAYO, "Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución", en AA. VV., "Estudios sobre la Constitución española de 1978", Zaragoza (Pórtico), 1.979, pp. 32 y ss., 39. BAJO FERNANDEZ afirma que, si bien el punto de partida de la Constitución es un sistema neocapitalista, es admisible la citada posibilidad de transformación, aunque con exclusión de "un sistema económico de planificación total, centralizada e imperativa que ahogara cualquier iniciativa empresarial autónoma" y que no respetara la libertad de empresa ni siquiera en la forma que simplemente la identifica con un cierto grado de autonomía ("Marco constitucional...", *cit.*, pp. 242 y ss.).

⁷³ "Derechos humanos...", *cit.*, p. 236. Para MIR FUIG la fórmula supone la orientación material del Estado social hacia la democracia real ("Función de la pena...", *cit.*, p. 22).

⁷⁴ "Derechos humanos...", *cit.*, p. 236, n. 83.

GOTARELO entiende, en relación al modelo económico de nuestra Ley Fundamental, tan estrechamente vinculado, como se ha dicho, al modelo de Estado, que "nuestro texto constitucional no responde con claridad a la cuestión de qué modelo económico y social se pretende alcanzar, sino que, más bien, plantea una disyuntiva transitiva desde la economía de mercado hacia una economía socialista planificada que, evidentemente, podrá ser algo más que la llamada 'economía social de mercado, en el camino del régimen mixto' (...). En todo caso, si supera a la 'economía social de mercado' es algo que sigue estando bastante alejado de lo que la doctrina más avanzada suele atribuir al 'Estado democrático de Derecho'". Defiende así la posibilidad de la "instauración de un sistema estatal o, incluso, autogestionario"⁷⁵. En sentido similar se pronuncia ABENDROTH: "Un programa social, que siguiendo la orientación de la Ley Fundamental quiera llevar a la práctica el Estado de Derecho democrático y social, debe estar concebido teniendo como última meta la transformación global de la sociedad, y sustituir con una economía planificada en interés de toda la sociedad la aparente economía de mercado limitada"⁷⁶.

Especialmente interesante se revela la sentencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL de 8 de abril de 1.981 en la que se lee: "el Estado social y democrático de Derecho establecido por el artículo 1.1 de la Constitución que, entre otras significaciones, tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes..."⁷⁷. O la más reciente del TRIBUNAL SUPREMO de 17 de febrero de 1.987 (sala sexta) en la que se afirma como "propias de un Estado social y democrático de Derecho (...) las posibilidades de reforma del ordenamiento"⁷⁸. La sentencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL de 24 de julio de 1.984 que afirma que la "igualdad real, cuya procura encomienda el artículo 9.2 a todos los poderes públicos (...) es una finalidad propia del Estado social y democrático de Derecho"⁷⁹. Las de 10.11.81 y 16.7.87 indican que la

⁷⁵ "El régimen económico...", *cit.*, pp. 83 y 75; en este sentido también J. BALLESTEROS ("Los principios...", *cit.*, pp. 42 y s.).

⁷⁶ "El Estado de Derecho...", *cit.*, pp. 30 y 40 y ss.

⁷⁷ BJC, 1981, n.º 2, p. 94.

⁷⁸ La Ley 1987-2, p. 822.

⁷⁹ La Ley 1984-4, p. 96.

fórmula exige desigualdades de trato para alcanzar los objetivos por ella misma prescritos⁸⁰.

3. *Una norma penal y, en general, toda norma coactiva será ilegítima en cuanto tal si la norma de comportamiento que prescribe no sirve a la ampliación de los márgenes de libertad propios de un sistema democrático de convivencia: si su fin de protección no se proyecta sobre alguno de los objetos que dimanen del criterio de legitimidad democrática*⁸¹. Como afirma NINO, "el principio de autonomía parece proveer una justificación *prima facie* de la pena". Del mismo "no sólo se infieren ciertas normas prohibitivas, sino también la permisión de imponerlas coactivamente cuando

⁸⁰ Para el análisis de la jurisprudencia constitucional en torno a la fórmula, cfr. el trabajo de COSSIO DIAZ, "Estado social y derechos de prestación" (Madrid -, Centro de Estudios Constitucionales -, 1.990, pp. 122 y ss.).

⁸¹ "El balance entre la autonomía que se pierde y la que se gana imponiendo ciertas pautas intersubjetivas de conducta, debe hacerse en forma cuantitativa: esa imposición estará justificada si ella redundará en que más gente goce de más autonomía que la autonomía que gozarían ciertos individuos si no se les impusiera coercitivamente los *standards* intersubjetivos en cuestión" (C. S. NINO, "La derivación...", *cit.*, p. 31). RUIZ MIGUEL considera que existen tres razones para limitar la noción de libertad como concepto valorativo: la idea de igualdad en la libertad, la conflictividad práctica de los valores y la necesidad de graduar o jerarquizar valorativamente las distintas libertades ("Sobre los conceptos...", *cit.*, p. 542). VIVES ANTON afirma que "la libertad se concreta en una serie de bienes e intereses que representan las condiciones externas- materiales - de su ejercicio. Por lo que la idea del Derecho como orden de coexistencia de las libertades comporta una opción acerca de la función primordial del Derecho Penal, que no puede ser otra que la de protección de ese conjunto de bienes e intereses reconocidos por el Derecho como correlatos materiales de la libertad. De este modo, la esencia de la infracción del Derecho - el injusto - aparece desde el plano constitucional caracterizado como ataque a la libertad ajena (a la coexistencia de libertades); y, a la vez, y precisamente por ello, como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico." Y concluye: según la legitimidad democrática "el injusto del delito ha de caracterizarse como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos son, exclusivamente, las condiciones exteriores de la libertad" ("Introducción...", *cit.*, pp. 24 y s.).

ello redunde en un incremento de la autonomía que se da en la sociedad, o sea, cuando la autonomía que se pierde al imponer esas normas se compensa al impedir que se restrinja en mayor grado la autonomía de otra gente como consecuencia de los actos prohibidos por esas normas"⁸². Indica OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO que los "intereses a proteger y a destutelar por el Derecho Penal serán, precisa y respectivamente, aquellos nacidos y recibidos y aquellos puestos en vías de extinción a causa de las mismas transformaciones materiales de la sociedad que han dado origen al Estado social y democrático de Derecho. Lo cual (...) no implica un inconcreto criterio de averiguación de los bienes jurídico-penales. O, por menos decir, no implica una inconcreción mayor que la que pueda aquejar (...) al método de singularización de los fundamentos y finalidades del propio Estado social y democrático de Derecho"⁸³.

B) La necesidad de la intervención.

1. Hemos visto con anterioridad que el Estado democrático parte de la pluralidad de conductas, de actitudes vitales y de opiniones como "legítima expresión principista de la discusión libre de los problemas sociales"⁸⁴. La libertad y la pluralidad, contradictorias en línea de principio con la propia existencia de la normatividad en cuanto imposición coactiva de tipos de

⁸² "La derivación...", *cit.*, p. 37.

⁸³ "Función y límites...", *cit.*, p. 15.

⁸⁴ G. STRATENWERTH, "Strafrecht...", *cit.*, p. 38, nm. 63.

conducta en determinadas áreas de convivencia⁸⁵ y contradictorias también con la imposición estatal de privación de libertad ambulatoria (o de su restricción, o de privación patrimonial), fuerzan al Estado democrático, que las acoge como punto de partida, a una reducción máxima de las conductas prohibidas⁸⁶. La intervención penal se justifica así no sólo por el objeto de protección, sino también por la absoluta necesidad de la misma para la salvaguardia e integridad de dicho objeto⁸⁷. De ahí se

⁸⁵ Como afirma G. JAKOBS, "cada norma jurídica tiene la finalidad de limitar una libertad de hecho dada y aceptada del autor potencial, para la protección de la víctima potencial" ("Nötigung durch Drohung als Freiheitsdelikt", en AA. VV., "Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag.", Tubinga, J. C. B. Mohr - Paul Siebeck, 1.974, p. 69. PEREZ LUÑO menciona también el citado antagonismo entre libertad y ley ("Derechos humanos...", *cit.*, p. 212).

⁸⁶ Cfr. MUÑOZ CONDE, "Introducción al Derecho Penal", Barcelona (Bosch), 1.975, pp. 80 y ss.; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON, "Derecho Penal. Parte general.", *cit.*, p. 70; MIR PUIG, "Sobre el principio de intervención mínima...", *cit.*, p. 243; RODRIGUEZ RAMOS, "Criterios políticos...", *cit.*, pp. 34 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, "Constitución ...", *cit.*, p. 656. De "Derecho excepcional" hablan DIEZ RIPOLLES ("El Derecho Penal...", *cit.*, pp. 30, 72, 86 y 90) y GARCIA PABLOS ("El llamado 'Derecho...', *cit.*, pp. 61 y 63).

⁸⁷ Volvemos a insistir en que el criterio de justificación de la necesidad es consecuencia de los principios del Estado democrático (en este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, "Función y límites...", *cit.*, p. 15) y que, como afirma GARCIA PABLOS, el Derecho Penal, en principio, puede ser utilizado para tutelar al Estado "frente a toda clase de amenazas graves y menos graves" ("El llamado 'Derecho...', p. 54).

Cfr. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON, "Derecho Penal. Parte general", *cit.*, p. 70; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, "El llamado 'Derecho...', *cit.*, pp. 53 y 65; GIMBERNAT ORDEIG, "¿Tiene un futuro...", *cit.*, pp. 150, 153, 154, 156; GOMEZ BENITEZ, "Sobre la teoría del bien jurídico (aproximación al ilícito penal)", en RFDUC, nº 89, p. 105; JESCHECK, "Lehrbuch...", *cit.*, p. 22; R. MAURACH y H. ZIPPf llegan a afirmar que "existe unanimidad en que la justificación de la pena reside en su necesidad" ("Strafrecht. Allgemeiner Teil I", Heidelberg - C. F. Müller -, 1987 - 7ª ed. -, p. 63); MIR PUIG, "Introducción...", *cit.*, pp. 124 y s.; MUÑOZ CONDE, "Introducción...", *cit.*, pp. 74 y s.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, "Sobre el concepto...", *cit.*, pp. 199 y 200; PEREZ MANZANO, *op. cit.*, pp. 216, 222; BOXIN, "Sentido y límites...", *cit.*, p. 22.

deriva también su carácter fragmentario. Una norma penal sustituible sin menoscabo de su función por otra norma que prevea sanciones que privan de libertad en menor medida, o por normas o medios que no impliquen ninguna de dichas privaciones, carece de justificación desde la perspectiva del criterio de legitimidad democrática⁸⁸ (2). Tampoco está justificada la norma penal que, sin ser sustituible por otra medida, sea, sin embargo, ineficaz para la protección del objeto en cuestión (3). Las tres condiciones que exigía M. E. MAYER para la justificación de la protección penal cobran toda su vigencia: que se trate de un bien digno de protección (*Schutzwürdigkeit*) - como vemos en el nivel de justificación anterior -, necesitado de protección (*Schutzbedürftigkeit*) y con capacidad de ser protegido (*Schutzfähigkeit*)⁸⁹.

3. La primera derivación del principio de necesidad de la pena es el *principio de última ratio*. Con él se quiere decir que sólo es legítimo el recurso al Derecho Penal para la evitación de comportamientos contrarios a las condiciones fundamentales de convivencia cuando resulta ineficaz la utilización de otros mecanismos jurídicos y extrajurídicos de consecuencias menos lesivas de los derechos de los

⁸⁸ Tiene razón OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO cuando afirma que estos principios de fragmentariedad y subsidiariedad "son la vía de introducción en el Derecho Penal del germen de su deseable, pero todavía no previsible, extinción futura" ("Función y límites...", cit., p. 11).

⁸⁹ "Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts", Heidelberg (Carl Winters), 1.923 (2ª ed.), pp. 22 y ss. Insiste en la actualidad del pensamiento de MAYER, MUÑOZ CONDE ("Introducción...", cit., pp. 72 y ss.).

individuos que llevan a cabo comportamientos desviados. Lo contrario sería una "huida al Derecho Penal" y una "elusión" de la sociedad de "sus tareas creadoras de tipo político-social"⁹⁰.

3. Afirmar la necesidad de la pena para la consecución de un fin es afirmar implícitamente la funcionalidad de la misma en relación con dicho fin. La eficacia de la pena es un presupuesto lógico de su necesidad⁹¹. La norma penal que, por las razones sustantivas o procesales que fueren, no consiga desplegar con un mínimo de eficacia la labor protectora de un bien legítimo debe replegarse: si la sanción se aplica con cierta frecuencia pero carece de efecto preventivo, la norma no estará intercambiando coacción por algún efecto positivo; si el problema radica en que son mínimas las probabilidades de aplicación, el sufrimiento que aporta la pena al sujeto activo del delito, además de inútil, levanta serias objeciones desde la

⁹⁰ C. ROXIN, "Franz von Liszt...", *cit.*, p. 45. En relación con el carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal, *vid.* G. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON, "Derecho Penal. Parte general", *cit.*, p. 70; FIANDACA, "Il 'bene giuridico'...", *cit.*, pp. 75 y s.; W. HASSEMER, "Theorie und Soziologie...", *cit.*, p. 198; MIR PUIG, "Introducción...", *cit.*, pp. 127 y ss.; C. S. NINO, "La derivación...", *cit.*, p. 38; T. PADOVANI, "La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni", en "Dei delitti e delle pene", I, 1984, pp. 124; RODRIGUEZ MOURULLO, "Derecho Penal...", *cit.*, p. 20; RODRIGUEZ RAMOS, "Criterios políticos...", *cit.*, p. 33; ROXIN, "Sentido y límites...", *cit.*, pp. 21 y s.

⁹¹ GARCIA PABLOS afirma que "la 'pena' es un 'instrumento' que, sin perjuicio de otros límites, carece de justificación si carece de eficacia" ("El llamado 'Derecho...' ", *cit.*, p. 66). MIR PUIG considera que "el principio de necesidad conduce (...) a la exigencia de utilidad" ("Introducción...", *cit.*, p. 72). En sentido similar, MUÑOZ CONDE, "Introducción...", *cit.*, p. 75; C. S. NINO ("La derivación...", *cit.*, p. 38); PEREZ MANZANO, *op. cit.*, p. 220; ROXIN, "Franz von Liszt...", *cit.*, p. 45.

perspectiva de una actuación de la justicia respetuosa con el principio de igualdad.

El análisis de la eficacia de la pena requiere una reflexión acerca del funcionamiento de ésta. ¿Cómo garantiza la pena la indemnidad del bien jurídico del precepto en el que se inserta? Fundamentalmente con la amenaza de sanción y con la imposición de la misma como confirmación de la seriedad de la amenaza. La amenaza crea, por una parte, una motivación negativa en la generalidad de los ciudadanos para la no frustración de las expectativas de comportamientos ajustados a la norma y, por otra, a su vez, un sentimiento general de confianza en que los sujetos que conciben la pretensión de delinquir van a verse disuadidos por la misma⁸². El efectivo cumplimiento de la sanción ante un comportamiento negador de la norma supone así un incremento de la credibilidad en la amenaza y de sus consecuencias - disuasión y confianza - y una consiguiente reafirmación de la norma infringida⁸³. Si además la sanción tiene un efecto resocializador, las expectativas de vigencia normativa se ven incrementadas por la posible adhesión a la misma de un ciudadano que habla demostrado, al menos ocasionalmente, su disconformidad con la misma y la falta de suficiente eficacia de la amenaza de sanción en su proceso de motivación.

Los fines del Derecho Penal y, por lo tanto, de la pena como instrumento de éste giran, como ya se ha dicho con reiteración, en torno al mantenimiento de unas condiciones de convivencia en libertad que resumen una determinada concepción de la justicia y de la razón emanada de la sociedad misma y abierta a las constantes aportaciones críticas de los ciudadanos. El Estado recurre a la pena porque es absolutamente necesario para la evitación de conductas atentatorias contra dichas condiciones. Sería contradictoria con dicho tipo de Estado la asignación de una función puramente retributiva a la pena; esto es: de realización de un cierto modo de entender la justicia equitativa consistente en imponer al causante de un mal un mal equivalente al por él causado⁸⁴.

⁸² Vid. al respecto, por todos, R. P. CALLIESS, "Theorie der Strafe in demokratischen und sozialen Rechtsstaat", Frankfurt a. M. (Fischer), 1.974, pp. 15 y ss.

⁸³ Cfr. G. JAKOBS, "Strafrecht...", *op. cit.*, p. 37, nm. 6.

⁸⁴ R. MAURACH afirmaba que "la característica principal de la pena retributiva es la majestad de su desvinculación de todo fin, como se expresa en la exigencia de Kant de que en el caso de disolución

C) Adecuación de la intervención a los principios esenciales del criterio de legitimidad democrática.

1. Los dos requisitos hasta ahora propuestos para proceder a un juicio positivo de legitimidad de la intervención penal no son aún suficientes. No estará justificada la norma penal, aunque proteja eficazmente un objeto democráticamente legítimo, si la forma de intervención no se adecúa a ciertos principios que son consustanciales al criterio democrático de legitimidad y que, por lo tanto, integran ineludiblemente el concepto de justicia que ha de presidir la actuación del Estado democrático⁸⁵. Esta exigencia no radica simplemente en un presupuesto de eficacia - entendida como utilidad del concreto acto normativo -, que sería reconducible, por lo tanto al principio de necesidad de la intervención.

voluntaria de una sociedad debería aplicarse la pena al último asesino" ("Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil", Karlsruhe - C. F. Müller-, 1.971 - 4^a ed. -, p. 77). Vid., también, en sentido similar, H. H. JESCHECK, "Tratado...", *op. cit.*, p. 96. Como se expresa en el texto, no creemos que se trate de la desvinculación de la pena de todo fin, sino del diferente concepto de justicia que constituye el fin de la pena (en este sentido: W. HASSEMER, "Fines de la pena en el Derecho Penal de orientación científico-social", en AA. VV., "Derecho Penal y ciencias sociales", Bellaterra - ed. de Mir Puig -, 1.982, pp. 122 y ss., en especial p. 133); MIR PUIG, "Derecho Penal...", *op. cit.*, p. 52 y c.

⁸⁵ En este sentido, PEREZ MANZANO señala que la justificación de la pena dependerá de su adecuación a un marco valorativo concreto (*op. cit.*, pp. 224). W. HASSEMER afirma que "mediante la pena estatal no solamente se realiza la lucha contra el delito, sino también la juricidad, la formalización del modo social de sancionar el delito" ("Fines de la pena...", *op. cit.*, p. 136). Como indica RODRIGUEZ MOURULLO, "lo que es útil no está, por esta única razón, justificado" ("Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad", en RGLJ, 1.965, p. 27). En sentido similar, MALAMUD GOTI ("Algo sobre derechos individuales y la facultad de castigar", en AA. VV., "El poder penal del Estado...", *op. cit.*, p. 179).

Es cierto que la violación de los esenciales principios de legalidad, igualdad, culpabilidad y proporcionalidad puede condicionar la propia eficacia preventiva de la norma. Las leyes sentidas como injustas tienden a producir el efecto de creación de una conciencia social contraria a su vigencia y una merma del crédito de la institución de la que emanan⁸⁶. Por otra parte, la orientación de la pena hacia la reeducación y la reinserción social tendrá serias dificultades de realización: no es fácil convencer a la persona que ha delinquido de la justicia y de la conveniencia del mantenimiento de un determinado modo (democrático) de convivencia cuando la propia imposición de la pena contradice esas mismas pautas⁸⁷. Pero no es menos cierto que la psicología y la propia historia del Derecho Penal demuestran la eficacia real de las más arbitrarias y terroríficas intervenciones punitivas en el marco de un Estado autoritario y que no es

⁸⁶ Vid., al respecto, GIMBERNAT ORDEIG, "¿Tiene un futuro...", *cit.*, p. 152 y s.; E. W. HANACK "Empfiehit es sich...", *cit.*, p. 35; W. HASSEMER, "Fines de la pena...", *cit.*, p. 137; MIR PUIG, "Introducción...", *cit.*, p. 160; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, "Sobre el concepto...", *cit.*, p. 368. Obsérvese que este planteamiento parece inclinarse sutilmente hacia consideraciones de eficacia entendida, no como utilidad del acto, sino como utilidad de la regla en la que se inscribe el acto.

La norma que prevé una pena desproporcionada es indirectamente alentadora de conductas más graves, lesivas de bienes jurídicos de mayor entidad y por lo tanto potencialmente más "rentables" para el que las comete. Es el llamado "efecto sustitución" (vid., al respecto, S. PASTOR, "Derecho Penal, política criminal y economía. Un intento de generalización", en RFDUC, n^o 11; MIR PUIG, "Introducción...", *cit.*, pp. 158 y s.).

⁸⁷ Vid., en este sentido: F. BRICOLA, "Teoria generale del reato", en AA. VV., "Novissimo Digesto Italiano", t. XIX, Torino, 1973, pp. 18 y s., n. 9; GONZALEZ RUS, "Bien jurídico y Constitución", Madrid (F. Juan March), 1978, p. 43; T. PADOVANI, "La problemática...", *cit.*, p. 124; TERRADILLOS BASOCO, "Constitución ...", *cit.*, p. 665.

en absoluto descartable la consecución en un Estado (por lo demás) democrático de cierto grado de eficacia protectora a través de una norma desproporcionada, o imprecisa, o que atribuya una responsabilidad meramente objetiva⁹⁸.

Es cierto también que la no sujeción de la intervención penal estatal a ciertos parámetros de justicia es ya en sí misma disfuncional desde el punto de vista de las condiciones que pretende establecer el Estado democrático. Pero el argumento no es decisivo, pues, desde la perspectiva del utilitarismo del acto, dicha disfuncionalidad podría verse compensada con la evitación de comportamientos disfuncionales en mayor medida.

2. *La exigencia de una cierta modalización de la intervención penal se fundamenta sobre todo en la coherencia de la misma con la filosofía esencial que subyace al criterio democrático de legitimidad: la dignidad del hombre y la dignidad igual de todos los hombres, presupuesto de la discusión moral "concebida como una práctica social destinada a obtener convergencia en acciones y actitudes en virtud de un consenso reflexivo sobre la validez de ciertos juicios normativos"*⁹⁹.

⁹⁸ Como afirma BACIGALUPO ZAPATER, "es indudable que el efecto intimidante general de las amenazas penales y de las penas concretamente aplicadas no depende de su proporcionalidad, sino del temor que infunden" ("¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?", en *La Ley*, 1.982, II, p. 941). En sentido similar, MIR PUIG ("Derecho penal...", *cit.*, pp. 56 y ss.) y PÉREZ MANZANO (*op. cit.*, p. 272).

⁹⁹ C. S. NINO, "La derivación...", *cit.*, p. 30. En sentido similar, MIR PUIG ("Derecho Penal...", *cit.*, p. 103). El respeto de los principios que emanan de esta filosofía y, en general, el propio criterio de legitimidad democrática se pueden justificar no sólo desde una

Del valor de la dignidad igual de todos los hombres y del principio de autonomía individual derivan una serie de principios - un determinado concepto de la justicia - que conforman o retraen la intervención penal necesaria para la protección de bienes legítimos. La enumeración y ordenación de dichos principios desbordaría sin duda el objetivo de este comentario. Baste, a modo de ejemplo, la exposición de algunos de los postulados de los *esenciales principios de culpabilidad, legalidad, igualdad y proporcionalidad*. No cabrá establecer la responsabilidad penal de un ciudadano por un comportamiento ajeno. Tampoco se podrá imponer una sanción penal por la realización de un determinado comportamiento si previamente no se había advertido que el mismo podía acarrear dicha negativa consecuencia para su agente. Aunque un resultado disvalioso sea causado por una conducta de un individuo, no podrá hacerse responder a éste por dicho comportamiento si aquel resultado no era una consecuencia previsible del mismo. No podrán preverse penas sensiblemente diferentes para comportamientos igualmente disvaliosos e igualmente reprochables, ni tampoco penas cuya gravedad no guarde una cierta proporción con el desvalor del hecho, ni, en consecuencia, sanciones penales para comportamientos que no sean contrarios a las condiciones

teoría ética formalista sino también desde una teoría utilitarista de la regla (cfr., para estos conceptos, R. BRANDT, "Teoría ética" - Alianza -, 1.982, pp. 438 y ss.; para la justificación de la democracia cfr., por ejemplo, C. S. NINO, "La paradoja de la irrelevancia moral del Gobierno y el valor epistemológico de la democracia", en *Análisis Filosófico*, VI.2ª, 1.986, *passim* : este autor defiende el valor epistemológico de la democracia "como un método adecuado de conocimiento moral, ya que ella incluye esencialmente la discusión y el acuerdo mayoritario, que son formas de aproximarse a la verdad moral" - p. 81 -).

fundamentales de libertad del sistema¹⁰⁰ o que, siéndolo, supongan ataques escasamente peligrosos para los mismos¹⁰¹.

Queda sin duda por resolver la cuestión si habremos de reconocer que la reacción penal instrumentaliza al hombre y menoscaba en todo caso su dignidad, aunque sea como último, amargo y necesario recurso para proteger la dignidad de los demás hombres¹⁰².

W. D. ROSS justifica la pena del siguiente modo. El derecho de la persona a la vida, o a la libertad, o a la propiedad desaparece cuando deja de respetar los derechos correspondientes de los demás: el Estado no tiene ningún deber *prima facie* de usar la clemencia con el autor de un hecho delictivo, mientras que sí lo tiene de proteger al inocente. Tiene libertad moral de dañarle conforme él ha dañado a otro: exactamente en la medida en que la consideración tanto del bien de la comunidad como su propio bien lo requieren¹⁰³.

La teoría expuesta no nos sirve, pues parte de la ruptura del presupuesto del que nosotros partimos y que no es otro que el de la dignidad inviolable de todo hombre con independencia de sus comportamientos

¹⁰⁰ En este sentido, MALAMUD GOTI ("Algo sobre derechos individuales...", *cit.*, pp. 180 y ss.) y MIR PUIG ("Sobre el principio de intervención mínima...", *cit.*, p. 247).

¹⁰¹ En este sentido, DIEZ RIPOLLES ("El Derecho Penal...", *cit.*, pp. 85 y s.), GONZALEZ RUS ("Bien jurídico y Constitución", *cit.*, pp. 8 y 43). De ahí también que sea cierta la afirmación de W. HASSEMER de que muchas decisiones sobre el tipo de técnica de protección dependen del rango del bien jurídico ("Theorie und Soziologie...", *cit.*, p. 220). Incluso en el supuesto de que la frecuencia de los atentados contra una condición no fundamental requirieran el recurso al Derecho Penal por la probada ineficacia de otros instrumentos y por la eficacia probada del mismo - cuya probabilidad cuestionamos en el texto - podría el Estado democrático renunciar a la misma por su "coste" negativo global en términos de libertad. *Vid.*, en sentido similar, GIMBERNAT ORDEIG, "¿Tiene un futuro...", *cit.*, pp. 182 y s. Destaca la importancia de los dos factores señalados para el principio de proporcionalidad, T. PADOVANI ("La problemática...", *cit.*, p. 125).

¹⁰² W. SAX indica que la pena atenta contra la dignidad de las personas de múltiples formas ("Grundsätze der Strafrechtspflege", en AA. VV., "Die Grundrechte", 3.2, Berlin - Duncker & Humblot -, 1.959, p. 910).

¹⁰³ "The Right and the Good", Oxford - Clarendon -, 1.930, pp. 30 y s. *Cfr.* la crítica a la misma de R. BRANDT, "Teoría ética", *cit.*, p. 575.

pretéritos¹⁰⁴. Más convincente resulta, a nuestro juicio, la posición de Nino. El principio de dignidad de la persona hace permisibles las limitaciones de la autonomía cuando son voluntarias o consentidas por el afectado: la gente puede tomar decisiones y realizar acciones como antecedente apropiado de obligaciones, responsabilidades y pérdida de derechos¹⁰⁵. El sujeto activo de un delito consiente la asunción de responsabilidad penal, "y, por tanto, cuando ella es ejecutada contra aquél, él no puede alegar que es usado como medio en beneficio del resto de la sociedad. Esto da lugar al principio que podemos denominar 'de asunción de la pena': la aplicación de la pena a un individuo está justificada si él ha consentido asumir la respectiva responsabilidad penal mediante un acto voluntario realizado con conocimiento de que esa responsabilidad es su consecuencia normativa necesaria"¹⁰⁶.

H. BRANDT replica a las tesis de la asunción de la pena con los siguientes argumentos. "En primer lugar, puede cuestionarse que hayan consentido explícitamente o de alguna otra manera. En segundo lugar, aun cuando lo hayan hecho, no se sigue que lo que se les hace a ellos sea correcto. La gente admite a menudo cosas, por ejemplo, contratos, en los que las disposiciones admitidas resultan injustas para ellos. Debe corregirse la teoría en el sentido que diga, no lo que han consentido, sino qué consentirían si fuesen racionales y supiesen lo que realmente deseaban. Pero si adopta esta forma la teoría es susceptible de una tercera objeción, ya que puede preguntarse: ¿por qué deben consentir si son racionales? ¿Porque el sistema es correcto y justo? Si es que el sistema sea correcto y justo es el motivo de su asentimiento racional, entonces parece que para demostrar que consentirán si son racionales debemos primero demostrar que el sistema es correcto y justo. No podemos demostrar primero que el sistema es correcto y justo mostrando que ellos consentirán si son racionales. En este caso, entonces, la cuestión principal de si el sistema es correcto y justo queda todavía por constatar. De modo análogo, puede replicarse que la razón por la que deben consentir es la de que un criminal debe comprender que sus propios intereses personales resultan más favorecidos por un sistema que imponga la

104 "Este principio incluye la justificabilidad moral básica de cursos de acción que implican compensaciones interpersonales, proscribiendo la posibilidad de legitimar el daño que se le causa a un individuo sobre la base de beneficio mayor que otro obtiene" (C. S. NINO, "La derivación...", *cit.*, p. 33).

105 "La derivación...", *cit.*, p. 36.

106 "La derivación...", *cit.*, p. 45.

ley y el orden y que no le gustaría vivir al margen de tal sistema. Por ello, si es razonable, debe consentir su propio castigo implicado en el sistema protector de la ley y el orden que constituye una precondition fundamental para su propio bienestar personal. Mas, ¿resulta convincente argumentar que un criminal debe reconocer que su propio interés personal resulta más favorecido por un sistema particular de ley y orden que exige que él mismo sea destruido? Resulta muy dudoso.¹⁰⁷

Para HALAMUD GOTTI un derecho moral puede ser suprimido o restringido sólo cuando "consideraciones valorativas así lo aconsejen, para salvaguardar otro derecho opuesto vis á vis al primero, o cuando el individuo cuyo derecho es afectado ha dispuesto de él renunciando a mantenerlo"¹⁰⁸.

Recientemente ha señalado el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL que el contenido del artículo 10.1 de la Constitución no "significa ni que todo derecho le sea inherente (a la persona) - y por ello inviolable - ni los que se califican de fundamentales sean in toto condiciones imprescindibles para su efectiva incolumidad, de modo que de cualquier restricción que a su ejercicio se imponga devenga un estado de indignidad. Piénsese, precisamente, en la restricción de la libertad ambulatoria y conexas que padecen quienes son condenados a una pena privativa de libertad. Proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 CE implica que, en cuanto 'valor espiritual y moral inherente a la persona' (STC 53/1.985, fundamento jurídico 82), la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre - también, qué duda cabe, durante el cumplimiento de un pena privativa de libertad, como repetidamente se cuida de señalar la legislación penitenciaria (...), constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona"¹⁰⁹.

107 "Teoría ética", *cit.*, pp. 575 y s.

108 "Algo sobre derechos individuales...", *cit.*, p. 180.

109 STC 120/90, de 27.6 (RA 443/90, BOE 30.7), FJ 4º.

IV.2.4. LEGITIMIDAD DEMOCRATICA Y CONSTITUCION.

1. Entendemos por legitimidad constitucional de la intervención penal su justificación desde la perspectiva de la Constitución. Dado que constituye una afirmación indiscutida que nuestro texto jurídico fundamental se inspira en un criterio de legitimidad democrática, que consagra un Estado social y democrático de Derecho, nuestra investigación se reducirá a ubicar en el contenido de la Constitución las exigencias que dicho criterio impone al ejercicio del *ius puniendi* y cuyo cumplimiento determina, por lo tanto, su constitucionalidad¹¹⁰. Analizaremos, en primer lugar, la relación existente entre los objetos protegibles y la Constitución (2). Posteriormente indagaremos en qué lugar se recogen los principios de necesidad de la intervención (3) y los principios fundamentales de legalidad, culpabilidad, igualdad y proporcionalidad que deben regir la modalización de la intervención penal (4).

2. La propia naturaleza de la Constitución (a) determina una relación de coherencia entre los bienes constitucionales y los bienes jurídico-penales (b) que sirve de límite flexible y adecuado a la intervención penal (c).

a) La Constitución es el principal instrumento jurídico al servicio del principio de autodeterminación

¹¹⁰ Como señala ARAGON REYES, "la simple lectura de nuestra Constitución nos manifiesta, de inmediato, que esa legitimidad es la democrática" ("Constitución...", *cit.*, p. 27).

comunitaria¹¹¹. Refleja el compromiso de los diversos grupos sociales a través de las fuerzas políticas que los representan¹¹². A los efectos de nuestro trabajo importa destacar que el contenido de las normas constitucionales, su función primordial, no es sólo establecer el marco fundamental para el ejercicio del poder político, sino también regular ciertas relaciones básicas entre los ciudadanos: no cabe afirmar, señala el Tribunal Constitucional, "que sólo se sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públicos, dado que en un Estado social de Derecho como el que consagra el artículo 1 de la Constitución no puede sustentarse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social"¹¹³. En este

111 GARCIA DE ENTERRIA, "La Constitución como norma jurídica", en AA. VV., "La Constitución española de 1978", Madrid (Civitas), 1.981 (2ª ed.), p. 102.

112 Supone así la Constitución "la situación de equilibrio temporal entre las fuerzas sociales que participan en su nacimiento, tal como están 'representadas' a través de los partidos políticos" (K. LOEWESTEIN, "Teoría de la Constitución", Barcelona - Ariel -, 1.976 - 2ª ed. -, p. 163). Cfr. también GONZALEZ RUS, "Bien jurídico y Constitución", *cit.*, p. 33.

113 STC 18/84, de 7.2 (RA 147, BJC 35, FJ 6º, p. 373). Se han de distinguir, a nuestro juicio, dos cuestiones interrelacionadas: la de si son eficaces los derechos y libertades fundamentales en las relaciones privadas, y la de cuáles son los cauces jurídicos que posibilitan dicha eficacia. A favor de la vinculación de los ciudadanos a la Constitución y de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico privadas se muestran GARRORENA MORALES ("El Estado español...", *cit.*, pp. 123 y ss.) y LEGUINA VILLA ("Principios generales del Derecho y Constitución", en RAF, 114, 1.987, pp. 23 y ss.). OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO señala el papel de la Constitución como expresión de "los logros máximos que, en el momento histórico correspondiente, se han alcanzado en la conformación del Estado y en la estructuración jurídica de la sociedad civil" ("Función y límites...", *cit.*, p. 11).

sentido establece la Ley Fundamental no sólo unos mecanismos de organización política, sino también "la positivación de un determinado sentir axiológico"¹¹⁴.

B) Si los bienes jurídicos penalmente protegibles ha de constituir condiciones del sistema democrático de organización y de convivencia, y si la Constitución es el instrumento jurídico que refleja el cuadro básico de las mismas, llegaremos a la conclusión de que existe una relación directa entre la misma y el "material" penalmente protegible. Encontramos así que la Constitución puede establecer un criterio vinculante para la justificación inicial de la limitación de la autonomía individual que supone siempre la vigencia de un precepto penal¹¹⁵.

¹¹⁴ Expresión entresacada del voto particular sobre el motivo 1º de la sentencia del Tribunal Constitucional de 13.2.81 (BJC sistematizada, 1.981, p.3). ARROYO ZAPATEIRO considera que "la Constitución viene así a sentar las bases de solución del problema de los valores en la Ciencia jurídica: Si no resulta posible una actividad científico-jurídica sin juicios de valor, sin ideología, si se trata de decidir el objeto de conocimiento y una metodología, estimo que la Constitución nos ofrece presupuestos valorativos para establecer el objeto que nos ha de ocupar a los penalistas y los métodos, o mejor, los valores en el método, de los que nos hemos de servir para el conocimiento de aquél" ("Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución", en Revista Jurídica de Castilla - La Mancha, 1, 1.987, p. 99).

¹¹⁵ En sentido similar afirma H. ZIPF que "el orden penal de los bienes jurídicos es un orden tutelar independiente que, no obstante, debe mantenerse en el marco de la Constitución; hasta tal punto que cabe considerar el orden penal de los bienes jurídicos como una continuación y concretización del orden de valores jurídico-constitucional" ("Introducción...", cit., p. 94). H. H. RUDOLPHI considera que "la Constitución contiene ya las decisiones valorativas fundamentales para la elaboración de un concepto de bien jurídico previo a la legislación penal, pero al mismo tiempo obligatorio para ella" ("Los diferentes aspectos...", cit., p. 341). F. BRICOLA considera que "la cuestión concerniente a la posibilidad o no de que la norma penal cree intereses debe resolverse en sentido negativo. Esta, de hecho, no crea nunca intereses; puede sólo recortar y especificar sin desnaturalizar los valores ya previstos en la Constitución" ("Teoría general...", cit., p. 17). W. SAX. indica

No debemos, sin embargo, precipitarnos a la hora de extraer conclusiones del razonamiento anterior. Ambos órdenes de bienes jurídicos, constitucional y penal, no pueden ni deben coincidir a la vista de la diversidad de objetivos del constituyente y del legislador penal¹¹⁵; el primero pretende afirmar las condiciones esenciales de la vida comunitaria; el segundo, asegurar las mismas, sus presupuestos y derivaciones cuando esta tarea sea imprescindible. La relación no ha de ser, pues, de coincidencia, sino de coherencia¹¹⁷. El Derecho Penal sólo puede infringir el principio esencial de libertad, valor frontal del sistema constitucional, para servir al sistema constitucional de valores. En este sentido ha declarado el Tribunal Constitucional que la libertad general de actuación o la libertad general de autodeterminación individual es un valor superior del ordenamiento jurídico ex art. 1.1 de la Constitución¹¹⁸ y que "ha de considerarse necesario, asimismo, que la restricción de la libertad individual que toda norma general comporta se realice con la finalidad de

que el Derecho Penal tiene como fin la protección de bienes jurídicos que están en relación con los valores vigentes de la comunidad estatal que se manifiesta en la Ley Fundamental (op. cit., pp. 809 y s.).

¹¹⁵ Vid. C. PEDRAZZI, "El bien jurídico...", cit., p. 288; G. FIANDACA, en "Il 'bene giuridico'...", cit., p. 58, y en G. FIANDACA y E. MUSCO, "Diritto penale. Parte generale.", Bologna (Zanichelli), l. 989 (2ª ed.), p. 29; W. SAX, op. cit., p. 911.

¹¹⁷ Para OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, "las leyes penales no pueden amparar con sus normas intereses incompatibles con los acogidos por la Constitución" ("Función y límites...", cit., p. 9). "La Constitución (...) desempeña un papel importante (no determinante) en la tarea de averiguar los bienes jurídicos penalmente amparables" (p. 19).

¹¹⁸ STC 120/90, de 27.6 (RA 443/90, BOE 30.7), FJ 11ª.

dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses, que sean constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de Derecho¹¹⁹.

Permitásenos destacar algunas consecuencias del planteamiento enunciado.

a) El legislador penal no está obligado a proteger todos y cada uno de los bienes constitucionales: dicha obligación sería no sólo contraria al postulado de ultima ratio sino también inexigible jurídicamente, al presuponer el control constitucional de disposiciones legales la existencia de éstas¹²⁰. La Constitución no impone la protección penal sino que suministra pautas vinculantes acerca de los bienes susceptibles de ser objeto de la misma¹²¹.

b) La justificación de la intervención penal en este nivel se produce no sólo cuando el bien jurídico coincide con un bien explícitamente reflejado en la Constitución,

¹¹⁹ STC 105/88, de 8.6, (CI 59, BJC 86, FJ 2º, p. 884).

¹²⁰ En el sentido de la no existencia de una obligación de origen constitucional de actuación penal en determinadas áreas: MIR PUIG ("Bien jurídico y bien jurídico-penal...", cit., p. 211), A. PAGLIARO, Intervención, en AA. VV., "Bene giuridico e riforma della parte speciale", Napoli - Jovene Editore -, 1.985, p. 323), D. PULITANO ("La teoria del bene giuridico fra codice e Costituzione", en "La Questions Criminale", nº 1, 1.981, p. 116).

Los mandatos de los artículos 45.3 y 46 de la Constitución son jurídicamente inexigibles. ALZAGA VILLAAMIL los califica de innecesarios ("La Constitución...", cit., p. 325 y s. y 328). El propio TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ha afirmado que "en cuanto a las técnicas apropiadas para llevar a cabo la protección del medio ambiente corresponde su elección al legislador (...); técnicas cuya mayor o menor calidad no corresponde apreciar a este Tribunal, pero que en todo caso la Constitución no prohíbe o admite expresamente" (STC. 4.2.82, BJC sistematizada, 1.982, p. 29).

¹²¹ En este sentido, F. BRICOLA ("Teoría general...", cit., p. 18).

sino también cuando el objeto de protección se dirige a la defensa de otros bienes implícitamente reconocidos por ella, o a los que se refiere por remisión a textos internacionales, o a bienes que son presupuesto necesario, más o menos lejano, de los grupos de bienes citados, o que son derivación de los mismos¹²².

c) Incluso en los supuestos de coincidencia explícita de un bien jurídico-penal y de un bien jurídico-constitucional las dimensiones de éstos van a ser frecuentemente diferentes, pues frente a lesiones leves del bien constitucional puede no ser necesario el recurso al Derecho Penal¹²³.

¹²² La circular de la Presidencia del Consejo de Ministros de Italia "Criterios orientadores para la elección entre sanciones penales y sanciones administrativas" (19.12.83; en Boletín de Legislación Extranjera - Cortes Generales -, 42, marzo de 1.985) destaca la existencia de intereses primordiales, de segura importancia constitucional, no mencionados explícitamente en la Constitución en cuanto que son immanentes al sistema (...). A modo de aproximación razonable, parece posible, sin embargo, reconocer naturaleza primordial a los intereses individuales sin los cuales el sujeto titular no podría realizarse en las formas mínimas existenciales (como, por ejemplo, vida, salud, libertad, honor, domicilio e intimidad, trabajo); a los bienes supraindividuales modelados sobre los correspondientes bienes individuales, en la medida compatible con la naturaleza del sujeto al que se le imputan; a los bienes públicos sin los cuales se debilitarían las connotaciones fundamentales del Estado social de derecho delineado por la Constitución, o se impedirían o comprometerían las funciones de los órganos previstos en la Constitución" (p. 293). W. SAK ha hecho hincapié en esta constatación: "el orden penal de bienes jurídicos constituye un orden de protección independiente, cuyos objetos de protección (bienes jurídicos) en cuanto fórmulas concretas del orden de valores constitucional no son propiamente los valores ético-sociales últimos, sino en todo caso 'valores medios'" (op. cit., p. 913).

¹²³ Respecto a la segunda de las afirmaciones destaca RODRIGUEZ MOORULLO que "las dimensiones del valor ético-social y del valor jurídico no tienen necesariamente por qué coincidir, y de hecho no coinciden casi nunca... Los límites hasta donde la norma penal quiso llegar, nos vendrán dados por el valor jurídico, es decir, no por el valor ético-social en sí, sino por ese valor sólo en la medida en que haya sido protegido por la ley penal" ("El teleologismo

d) Cuando el bien jurídico penalmente protegible no es explícitamente contradictorio con un bien jurídico-constitucional - no supone la sanción de comportamientos que constituyen precisamente el ejercicio de una facultad o el disfrute de una prestación o situación constitucionalmente protegidas¹²⁴ o, suponiéndolo, no tiene la justificación de la tutela de un bien que posee un superior peso constitucional o de un bien que sirve de límite, según las normas constitucionales, respecto al ejercicio o disfrute predichos¹²⁵, - pero, a su vez, no encuentra la señalada relación con algún bien de ese tipo, estaremos ante supuestos de coacción injustificada que infringen los principios generales que informan el modelo de Estado en el que España se constituye¹²⁶ y se oponen, por lo tanto, a lo previsto en los artículos 1.1, 9.2 y 10.1. El Tribunal

valorativo de Bettiol y el finalismo de Welzel", sup. del Boletín de la Universidad Compostelana, Santiago de Compostela, 1.965). En palabras de K. TIEDEMANN, "un bien jurídico-penal sólo es protegido en determinada forma y no absolutamente" ("Tatbestandfunktionen...", cit., p. 116). En sentido similar, MIR PUIG ("Bien jurídico y bien jurídico-penal...", cit., p. 214).

¹²⁴ Ejemplos de inconstitucionalidad serían las normas que sancionaran comportamientos que suponen tan sólo el ejercicio de derechos políticos o el ejercicio del derecho a la autodeterminación sexual (relaciones homosexuales entre adultos).

¹²⁵ Cfr. F. BRICOLA, "Teoría general...", cit., p. 17.

¹²⁶ En sentido parcialmente similar se manifiesta G. FIANDACA: "la tesis que pretende limitar la tutela penal a bienes de rango constitucional termina por justificarse mejor como resultado de una reflexión conjunta de los principios fundamentales que encarnan el carácter 'personalista' de nuestra Carta fundamental que como consecuencia directa de la interpretación de singulares normas" ("Il 'bene giuridico'...", cit., p. 52). PEREZ MANZANO afirma que "no todos los bienes jurídicos deben ser protegidos por el Derecho penal, sólo los más fundamentales para la convivencia social, pues en otro caso la poca entidad del beneficio - protección del bien jurídico - es menor que su coste - daño a la libertad estatuido con la pena -, y por tanto, el saldo es negativo" (op. cit., p. 229).

Constitucional ha afirmado que los límites de un derecho constitucional se derivan exclusivamente de su posible conexión con otros derechos constitucionales o con otros bienes constitucionalmente protegidos (STC. 8.4.81)¹²⁷.

Aunque la directa alegabilidad en amparo de los artículos citados ha sido negada por el Tribunal Constitucional ex artículos 63.2 CE y 41.1 LOTC¹²⁸, la importancia de los principios reflejados en los mismos no debe menospreciarse. "Estos valores no son simple retórica, no son (...) simples principios 'programáticos', sin valer normativo de aplicación posible; por el contrario, son justamente la base entera del ordenamiento, la que ha de prestar a éste su sentido propio, la que ha de presidir, por tanto, toda su interpretación y aplicación". Se proclaman así en estos preceptos "decisiones políticas fundamentales", de "carácter básico y fundamentante" y "enérgica pretensión de validez"¹²⁹. Una coacción injustificada es contraria al principio de libertad, valor superior del Estado social y

¹²⁷ RI 3, FJ 9º, BJC sistematizada, 1.981, p. 4.

¹²⁸ STC 120/90, de 27.6 (RA 443/90, BOE 30.7), FJ 4º.

¹²⁹ GARCIA DE ENTERRIA, "La Constitución...", *cit.*, pp. 146 y s. En el mismo sentido, en relación con el carácter normativo de estos principios, PECES-BARBA MARTINEZ ("Los valores superiores", Madrid - Tecnos -, 1.986, pp. 13, 62); también ARAGON REYES ("Constitución...", *cit.*, pp. 83 y ss.) y COSSIO DIAZ (*op. cit.*, pp. 147 y ss., 166 y ss.), que destacan la eficacia interpretativa y anulatoria, y la proyección normativa del principio del Estado social y democrático de Derecho. El Tribunal Constitucional ha manifestado que "es también claro que allí donde la oposición entre las leyes anteriores y los principios generales plasmados en la Constitución sea irreductible, tales principios, en cuanto forman parte de la Constitución, participan de la fuerza derogatoria de la misma, como no puede ser de otro modo" (STC 4/81, de 2.2, FJ 1º).

democrático de Derecho¹³⁰. Quedaría también contrariado el artículo 9.2 en el espíritu que le informa, pues difícilmente estarán los poderes públicos promoviendo las condiciones de una libertad real y efectiva y removiendo los obstáculos que dificultan o impiden la participación si se coartan las posibilidades de actuación de los ciudadanos sin la justificación de la protección de las condiciones de libertad y participación de los demás ciudadanos¹³¹. Con una intervención legislativa semejante sale, finalmente, salparada la dignidad de la persona y el respeto al libre desarrollo de la personalidad, pues, con la amenaza de privación de bienes fundamentales, se impide la realización de comportamientos inócuos desde la perspectiva valorativa que informa la Constitución¹³².

En este punto se hace necesario destacar la teoría defendida por BRICOLA, uno de los principales sustentadores de una definición sustancial del delito en clave constitucional¹³³. Para el citado autor, "la compleja normativa constitucional en materia penal

¹³⁰ El artículo 1.1 de la Constitución consagra el principio general de libertad (STC 24.7.84, La Ley, 1984-4, p. 96).

¹³¹ En el mismo sentido, en relación con el artículo 3.2 de la Constitución Italiana, F. BRICOLA ("Teoria generale...", cit., p. 16).

¹³² Afirmaba M. E. MAYER que la capacidad de protección (*Schutzfähigkeit*) de un bien ha de comprender la posibilidad de protección (*Schutzvermögen*) y la permisiabilidad de protección (*Schutzbedürfnis*). Para determinar esta última se ha de contar con "el precio que para la protección se ha de pagar (...). Esto se construye a través de la lesión de intereses con que se amenaza y que se realiza en la pena. Si la merma del honor, del patrimonio, de la libertad, que el amenazado ha de esperar y el penado ha de sufrir, están en desproporción con el valor del bien, entónces se le debe negar la capacidad de protección; se excluye, si la legislación actúa correctamente, por el rango de los bienes jurídicos protegidos por la pena" ("Der allgemeine Teil...", cit., pp. 23 y s.).

¹³³ Entre nosotros ha seguido su teoría GONZALEZ RUS ("Bien jurídico y Constitución", cit., *passim*).

expresa la exigencia de un sistema positivo fundado en una gama restringida de ilícitos penales y alienta (...) la tendencia a la 'despenalización'¹³⁴. El criterio básico para dicha restricción parte del valor "totalmente preeminente" que la Constitución atribuye a la libertad personal, como lo prueba la ubicación de la norma que afirma su inviolabilidad en el comienzo de la parte referente a los derechos y deberes de los ciudadanos¹³⁵: "de ahí se sigue que la máxima restricción de la libertad personal, que es la que se opera (...) a través de la sanción penal, no pueda ser puesta en funcionamiento sino como extrema ratio". Este concepto clásico se concreta hoy en "que la sanción penal puede ser adoptada solamente en presencia de la violación de un bien que, aunque no sea de grado igual al valor sacrificado (libertad personal), si al menos esté dotado de relieve constitucional. O sea: el ilícito penal puede concretarse exclusivamente en una significativa lesión de un valor constitucionalmente relevante"¹³⁶. Dicho relieve, concluye el autor, "no significa simplemente no contrariedad del bien respecto a la Constitución, sino asunción del mismo entre los valores explícita o implícitamente garantizados en la Carta constitucional"¹³⁷. Apoya finalmente su argumentación en criterios de interpretación constitucional: "la ley que puede introducir un límite a un derecho o a una libertad constitucionalmente garantizada debe estar siempre dirigida a la tutela de un valor constitucional"¹³⁸.

El planteamiento señalado, interesante en sus resultados, adolece sin embargo, a nuestro juicio, de diversas incorrecciones.

a) Su pretensión de que la libertad ambulatoria ocupe un papel preeminente en las valoraciones constitucionales parte de una errónea identificación del principio general de autonomía individual con el derecho de libertad ambulatoria¹³⁹. Qué duda cabe que

¹³⁴ "Teoría generale...", cit., p. 15.

¹³⁵ En sentido similar, la circular "Criterios orientadores..." (op. cit., p. 293), que parece claramente inspirada en la obra de F. BRICOLA.

¹³⁶ "Teoría generale...", cit. n., pp. 15 y s.

¹³⁷ En este sentido, también, G. FIANDACA y E. MUSCO, ("Diritto penale...", cit., p. 4).

¹³⁸ "Teoría generale...", cit., p. 16.

¹³⁹ Acerca del artículo 13 de la Constitución italiana, alegado por Bricola en su planteamiento, vid. G. AMATO, comentario al artículo

dicha expresión del postulado general de libertad es importantísima, esencial al concepto del individuo que late en el criterio de legitimidad democrática. Carecemos no obstante de criterios jurídicos o ético-sociales concluyentes para afirmar su prevalencia sobre del derecho a la vida, a la integridad física o a la libertad ideológica o religiosa, por poner algunos ejemplos de otras condiciones esenciales de convivencia en libertad. De hecho la eliminación de la pena de muerte y de los castigos corporales y su sustitución por la privación de libertad ambulatoria son unánimemente consideradas como conquistas históricas al hilo de una concepción más respetuosa con el individuo. El presupuesto que criticamos no solamente es incierto, sino que además es innecesario para la coherencia de su construcción, pues hubiera bastado la consideración de la libertad ambulatoria como libertad esencial del sistema no necesariamente preeminente.

b) Del carácter preeminente de la libertad personal deriva BRICOLA el carácter de extrema ratio de la sanción penal, y de éste, la aplicación de dicha sanción exclusivamente para la protección de valores constitucionales. Consideramos que existe de nuevo una imprecisión en las implicaciones del principio de extrema ratio: éste hace referencia a la necesaria utilización del instrumento penal por la ineficacia de otro tipo de instrumentos jurídicos o extrajurídicos para la protección de un bien, y no al rango que dicho bien haya de tener. Dicho con otras palabras: no es necesariamente contrario al postulado de extrema ratio la protección penal de bienes no fundamentales.

c) Por las razones antes alegadas nos parece en lo esencial acertada la segunda línea argumentativa de BRICOLA: un derecho o libertad constitucional sólo puede ser limitado para la tutela de otro derecho o libertad también constitucional, ya tenga esta naturaleza de modo explícito o implícito. La formulación que nosotros proponemos de la relación entre bien jurídico-penal y bien constitucional - relación de coherencia - nos parece que aporta un matiz de flexibilidad adecuado al factor de la distinta finalidad de ambos órdenes normativos.

13, en AA. VV., "Commentario della Costituzione", Bologna - Roma (Nicola Zanichelli - Soc. ed. del Foro Italiano), 1977, p. 4. La Corte Constitucional italiana ha afirmado que "el artículo 13, en el que se declara inviolable la libertad personal, se refiere a la libertad personal en sentido estricto, como resulta de los ejemplos del párrafo segundo" (S 23.3.1980) (vid. en C. LAVAGNA, "La Costituzione italiana", Turin - Unione Tipografica -, 1970).

c) No creemos que la determinación del catálogo de bienes jurídicos protegibles en el modo en el que aquí se hace implique el bloqueo del recurso a la pena ante "necesidades nuevas e imprevisiones de tutela que la rápida evolución de la sociedad pueda exigir"¹⁴⁰. A ello cabe oponer los siguientes argumentos.

aa) Lo que se producen habitualmente son nuevas formas de agresión y no nuevos objetos de protección, por lo que el legislador puede proceder libremente a la provisión de nuevas fórmulas típicas que satisfagan las citadas exigencias de tutela¹⁴¹.

bb) Aún en el supuesto de que la evolución social determine nuevos objetos de valoración común positiva - lo cual requiere lapsos de tiempo no precisamente breves¹⁴² -, teniendo en cuenta que "las normas constitucionales no deben concebirse como disposiciones herméticas cuyo significado apunta invariablemente al mismo objeto", que "cambia el significado que se atribuye a las palabras, su sentido se dilucida en conexión con los demás preceptos, con su inherente elasticidad", y, finalmente, que "cuando eso no basta las enmiendas y modificaciones realizan su

¹⁴⁰ C. PEDRAZZI, "El bien jurídico...", *cit.*, p. 282.

¹⁴¹ En este sentido, F. ARGIONI ("Beni costituzionali e criteri orientativi sull'area dell'illecito penale", en "Bene giuridico e riforma...", *cit.*, p. 134), G. FIANDACA ("Il 'bene giuridico'...", *cit.*, p. 55), GONZALEZ RUS ("Bien jurídico y Constitución", *cit.*, p. 32). Es cierto, sin embargo, que las nuevas formas de agresión sirven para avivar en sus titulares la conciencia de la existencia y de la importancia de un bien.

¹⁴² Vid. G. FIANDACA, "Il 'bene giuridico'...", *cit.*, p. 55; GONZALEZ RUS, "Bien jurídico y Constitución", *cit.*, p. 32.

acomodación", podemos sostener, siguiendo a LUCAS VERDU, la capacidad de la Constitución para integrar el dinamismo y la renovación sociopolítica¹⁴³. En este sentido no se ha de concebir la interpretación social de las normas constitucionales ni la propia reforma constitucional como fenómenos traumáticos, sino como procesos que impiden el enquistamiento del texto constitucional y que garantizan el pleno ejercicio de sus funciones¹⁴⁴.

cc) Como hemos visto anteriormente al analizar la no coincidencia del orden de los bienes jurídico-penales con el orden de los bienes jurídico-constitucionales, nuestro planteamiento no reclama una dependencia completa o un seguimiento estricto sino algo tan obvio como una relación de coherencia. El legislador sigue gozando de un margen lógico de discrecionalidad: le compete en todo caso decidir sobre la creación o no de una norma penal, la determinación de los comportamientos que lesionan o ponen en peligro el objeto de protección elegido, la precisión de cuáles de ellos requieren la intervención penal y, en fin, dentro de los criterios señalados, en cuanto abstractos, relativamente flexibles, de cuál ha de ser la gravedad de la sanción para que ésta sea funcional¹⁴⁵.

¹⁴³ "Curso de Derecho político", vol II, Madrid (Tecnos), 1.977 (2ª ed), pp.422 y 636.

¹⁴⁴ "Curso...", *cit.*, pp. 422 y 618. Como afirma N. BOBBIO, "para un régimen democrático, el hallarse en transformación es su estado natural: la democracia es dinámica, mientras que el despotismo es estático y siempre igual a sí mismo" ("El futuro...", *cit.*, p. 9).

¹⁴⁵ Desde otra perspectiva afirma D. PULITANO que "la orientación hacia el bien jurídico (...) indica la razón pura, el fundamento necesario de la tutela, pero no todavía la necesidad de la tutela

HASSENER afirma que las valoraciones sociales sobre determinados objetos dependen de tres factores: la frecuencia del comportamiento peligroso, la intensidad de la necesidad del objeto en cuestión para su titular, la alarma social que suscita la lesión¹⁴⁶. A nuestro juicio dichos factores son más bien factores que determinan la necesidad de intervención penal.

a) Necesidad del objeto para el individuo, necesidad de pena y valor, si que aparecen como términos interrelacionados. La mayor necesidad de un determinado objeto del bien jurídico hace más rentable, más beneficiosa, su lesión para el autor de la misma tanto si ella obedece a la motivación de un posterior disfrute del objeto material sobre el que recae el mismo, como si obedece a la motivación de perjudicar a su titular originario. La contramotivación - el coste - ha de ser pues mayor: se requiere la previsión de sanciones más graves y/o una menor probabilidad de impunidad.

b) La frecuencia del comportamiento peligroso para el objeto no provoca la mayor valoración de éste, sino una mayor necesidad de protección, pues lo que se revela es bien la ineficacia preventiva de las sanciones vigentes - y, por lo tanto, la necesidad todavía de pena: aumento de su gravedad o de su probabilidad -, bien la falta de reconocimiento social del objeto¹⁴⁷ - la innecesidad de la pena -. Las expresiones "seguridad vial" o "seguridad e higiene en el trabajo", por ejemplo, no contienen referencias a nuevos bienes, sino a viejos bienes - seguridad de la vida, la integridad física y la salud de las personas

penal misma, sobre cuya posición, extensión y modo entran en consideración criterios, razones y cotejo de intereses, a partir de la relación libertad/autoridad o de un cálculo de costes y beneficios" ("La teoría del bene...", cit., p. 114). Con razón afirma K. AMELUNG que "de la caracterización de un objeto como valioso no se decide sin embargo lo que los individuos deban hacer para no lesionarlo" (Revisión..., cit., p. 141). G. JAKOBS parece resaltar también la diferencia de planes cuando afirma que "penalmente no interesa cada variación desventajosa de un bien como un estado de cosas positivamente valorado, sino más bien se debe distinguir la variación contra la valoración positiva misma" ("Strafrecht...", cit., pp. 35 y s., nm. 4). No es, sin embargo, absurda, como señala el autor, la afirmación de que aquellos bienes son bienes jurídico-penales ni la de que "cada enfermedad es un ataque a bienes del Derecho Penal". Lo que sería absurdo es que la concreta norma penal se ocupara de dichos acontecimientos.

¹⁴⁶ "Theorie und Soziologie...", cit., pp. 147 y ss; "El bene jurídico...", cit., p. 106 y ss.

¹⁴⁷ En este sentido W. HASSENER, alude a ejemplos como el del aborto o el hurto en los grandes almacenes ("El bene jurídico...", cit., p. 106).

o de ciertos colectivos de personas - y a nuevas formas de ataque a los mismos que surgen en las sociedades industriales y que acentúan la necesidad de protección de aquéllos¹⁴⁸.

c) Mucho más dudoso parece que la alarma social que producen determinados comportamientos, ligada a los anteriores factores, pero alentada también por otros - publicidad, sensación de desvalimiento no necesariamente fundada en razones objetivas -, haya de conducir, cuando se deba exclusivamente a factores comunicativos o de psicología social, a una mayor penalidad¹⁴⁹ y no a un mayor esfuerzo de comunicación e información y por lo tanto de detección de elementos de racionalización por parte del Estado. En cualquier caso no parece caer en la cuenta el autor de que la valoración negativa de un determinado comportamiento no depende tan sólo de la valoración positiva del objeto lesionado o puesto en peligro (desvalor de resultado) sino también de otros caracteres que afectan al comportamiento mismo (desvalor de acción). La alarma social tiene frecuentemente mucho más que ver con éste último que con una superior valoración social del objeto.

La valoración social final de un determinado objeto depende, a nuestro juicio, básicamente de la intensidad de la necesidad del objeto para su titular¹⁵⁰ y de la posición social del grupo que conforman los titulares efectivos de dicho bien¹⁵¹.

¹⁴⁸ En el canibalismo o en el duelo, ejemplos que W. HASSEMER propone ("Il bene giuridico...", cit., p. 106), la infrecuencia no provoca una menor valoración del objeto puesto en peligro sino que revela una menor necesidad de pena por la eficacia de otros modos de control social.

¹⁴⁹ En el sentido del texto, en contra de la opinión de HASSEMER, GARCIA ARAN (op. cit., p. 510).

¹⁵⁰ En este sentido podemos afirmar con RODRIGUEZ MOURULLO que "bien es todo aquello que satisface las necesidades físicas, intelectuales y morales del hombre" ("Derecho Penal...", cit., p. 276).

¹⁵¹ En este sentido, E. J. LAMPE. Para este autor "los bienes jurídicos tienen como base valores culturales" (primera tesis) y éstos a su vez "necesidades individuales" (segunda tesis). "Las necesidades individuales llegan a ser valores culturales, cuando son socialmente dominantes" (tercera tesis). Finalmente, en su cuarta tesis, considera que "los valores culturales llegan a ser bienes jurídicos cuando la confianza en su mantenimiento requiere la protección jurídica" ("Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis", en AA. VV., "Festschrift für Hans Weixel zum 70. Geburtstag", Berlín, Nueva York - Walter de Gruyter -, 1974, pp. 181 y s., 189 y s.).

3. *Similares impedimentos constitucionales surgen ante la previsión de un norma coactiva innecesaria*¹⁵². Si lo es por ser suficiente un medio de menor intensidad coactiva, la sanción supondrá un plus de privación inútil de bienes fundamentales contrario al espíritu que informa el concepto de justicia de un Estado democrático (art. 1.1), al criterio de actuación de los poderes públicos que establece el 9.2¹⁵³ y a los límites al mismo que supone el 10.1¹⁵⁴. Si además la norma impone una pena por un hecho cuyo desvalor es leve, podría, quizás, cuestionarse la misma bajo el prisma del principio de igualdad, por comparación con otras normas que atribuyen una sanción sensiblemente menor y de otro orden por una infracción de similar desvalor.

La norma coactiva ineficaz se enfrenta a similares objeciones en cuanto que implica un sufrimiento inútil para

¹⁵² Merece la pena destacar que la Declaración de los Derechos del Hombre de 1.798 recogía el siguiente precepto: "La ley no debe establecer otras penas que las estrictas y evidentemente necesarias" (pfo. 2º, VIII).

¹⁵³ En sentido similar, en relación con el precepto equivalente de la Constitución italiana, BRICOLA, ("Teoría generale...", cit., p. 18); también, GONZALEZ RUS ("Bien jurídico y Constitución", cit., p. 37). Respecto a la eficacia de "precepto tan genérico" (STC. 25.11.86, La Ley, 1.987-1, p. 40) vid. la STC 16.3.81 (BJC sistematizada, 1.981, p. 4) en torno a la libertad de los medios de comunicación.

¹⁵⁴ RODRIGUEZ RAMOS intenta deducir dicho postulado de los apartados 1 y 3 del artículo 9, que exigirían una relación horizontal de coordinación entre las diversas ramas del ordenamiento jurídico ("Criterios políticos...", cit., pp. 32 y sa.). El TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ha llegado a afirmar que "la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo sólo puede dar lugar a su enjuiciamiento en este Tribunal cuando esa falta de proporción implica un sacrificio innecesario de los derechos que la Constitución garantiza" (STC 66/85, de 23.4, RI 39, FJ 1º, BJC 50, p. 642). La circular "Criterios orientadores..." (op. cit., p. 293) deriva el principio de subsidiariedad del art. 13.1 de la Constitución italiana que afirma "la libertad personal no podrá ser"

el titular de la pena y en cuanto que, cuando la ineficacia se sustenta en la aplicación excepcional de la sanción, supone un trato desigual por hechos disvaliosos similares¹⁵⁵, si bien no creemos que resulte impugnabile a la luz de los criterios de interpretación del Tribunal Constitucional en relación con el artículo 14 de la Constitución.

El TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ha declarado que "tal desigualdad 'de facto' no entrañaría sin más una violación del principio de igualdad ante la ley recogido en el artículo 14 de la Constitución, sino que guardaría relación con la siempre problemática efectividad social de la ley penal. Sabido es que no todos los delinquentes autores del mismo tipo delictivo son juzgados y condenados, pero eso no da derecho a quien lo sea justamente a invocar en su favor el artículo 14 de la Constitución que, con arreglo a tan errónea interpretación, sólo sería respetado cuando todos aquellos delinquentes fuesen condenados o todos ellos gozasen de impunidad..." (STC 30.3.1981)¹⁵⁶. Por los mismos motivos "la posible impunidad de algunos culpables no supone que en virtud del principio de igualdad deba declararse la impunidad de otro que haya participado en los mismos hechos" (STC 15.10.86)¹⁵⁷. En relación con la aplicación jurisdiccional de la ley que "puede existir violación del principio de igualdad cuando un mismo precepto se aplique en casos iguales con notoria desigualdad con motivaciones arbitrarias (ésto es, no fundadas en razones jurídicamente atendibles) o con apoyo en alguna de las causas de discriminación explícita o genéricamente incluidas en el artículo 14 de la Constitución" (STC 30.3.81)¹⁵⁸. El razonamiento es aplicable a la labor del legislador: "Ninguna duda puede caber (...) de que el legislador está obligado a observar el principio de igualdad, dado que su inobservancia puede dar lugar a la declaración de

¹⁵⁵ RODRIGUEZ RAMOS considera contraria al principio de igualdad la norma que raramente se aplica a pesar de la frecuencia de los comportamientos por él tipificados ("Criterios políticos...", *cit.*, pp. 36 y s.).

¹⁵⁶ RA 6, FJ 6^o, BJC sistematizada, 1.982-1, p. 10.

¹⁵⁷ STC 17/84, de 7.2, RA 196, FJ 2^o, BJC sist. 1.984, p. 12.

¹⁵⁸ DA R. FJ 6^o, BJC sistematizada, 1.982-1, p. 10.

inconstitucionalidad de la ley" (STC 10.11.81)¹⁵⁰. Existe, pues, "la obligación del legislador de no establecer distinciones artificiosas o arbitrarias entre situaciones de hecho cuyas diferencias reales, si existen, carecen de relevancia desde el punto de vista de la razón de ser discernible en la norma o de no anudar consecuencias arbitrarias o irrazonables a los supuestos de hecho legitimamente diferenciados" (STC de 24.7.84)¹⁵⁰. Presentan especificidades los supuestos de delitos militares, puesto que "por lo que se refiere a la diferencia de tratamiento penal de unos mismos hechos basada en la pertenencia o no a unos determinados colectivos, el legislador podrá, en principio, anudar sanciones distintas a actuaciones similares, teniendo en cuenta la diversa naturaleza y funciones de distintas categorías u órdenes de funcionarios públicos, siempre que tal diversidad sancionadora tenga su fundamento en la voluntad de proteger la peculiaridad de su naturaleza y funciones, y dentro de los límites de lo razonable" (STC. de 24.7.86)¹⁵¹. Rechazó, por ejemplo, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL que el injusto de los delitos contra el patrimonio y el de los de malversación de caudales públicos fuera homogéneo, habida cuenta de la diferencia de los intereses afectados¹⁵².

4. La Constitución proclama que "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho" (art. 1.1), que los valores superiores del ordenamiento jurídico son "la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político" (art. 1.1), que la "dignidad de la persona, los derechos que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad son fundamento del orden político y de la paz social" (art. 10.1). Estas declaraciones, desarrolladas y complementadas a lo largo del articulado de la Ley Fundamental, conforman la filosofía fundamental que debe presidir y orientar la actuación del Estado y en el Estado. La intervención penal,

¹⁵⁰ CI 4, FJ 3^a, BJC sistematizada, 1.982-1, p. 12.

¹⁵⁰ STC 83/84, de 24.7, CI 20, FJ 3^a, BJC sist. 1.984, p. 12.

¹⁵¹ La Ley, 1986-4, pp. 98 y s.

¹⁵² STC 65/86, de 22.5 (RA 472).

naturalmente, en cuanto que constituye la forma más contundente de actuación estatal, no sólo no escapa a estos postulados básicos, sino que debe ser especialmente escrupulosa en su conformación a los mismos.

De la ideología que sustenta el modelo estatal, de su "moral interna"¹⁶³, se extraen múltiples pautas de actuación, de entre las que destacamos las siguientes: nadie podrá ser sometido a responsabilidad por su carácter o por sus ideas (principio del hecho; ex art 25.1), ni por comportamientos no prohibidos legalmente con anterioridad a su realización (principio de legalidad; ex arts. 9.3, 25.1 y 53.1), ni por comportamientos que no le sean personalmente reprochables o atribuibles (principio de culpabilidad; derivable de los valores "justicia" - art. 1.1 - y "seguridad jurídica" - art. 9.3 -, del reconocimiento de la dignidad humana - art. 10.1 -, de la necesidad de manifestación de una voluntad contraria a los principios de convivencia social como presupuesto de la pena - art. 25.2¹⁶⁴ -¹⁶⁵); el legislador no podrá prohibir o imponer

¹⁶³ En expresión de PECES-BARBA MARTINEZ ("Los valores superiores", *cit.*, p. 39).

¹⁶⁴ El TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ha criticado otras derivaciones de este precepto: "El artículo 25.2 no confiere como tal un derecho amparable que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esta orientación" (STC 2/87, de 14.1, BJC sist. 1.987, p. 168). En parecido sentido se había manifestado ya el TRIBUNAL SUPREMO, que afirma que "el artículo 25.2 de la Constitución ha de entenderse en el sentido de que las normas reguladoras de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad han de estar basadas en los principios de reeducación y reinserción sociológica, pero no implica que el autor de una infracción penal no pueda ser sancionado si no es necesaria la citada reeducación y reinserción, pues lo contrario llevaría consigo, en no pocos casos, la imposibilidad de sancionar las figuras delictivas" (STS 25.11.83; CL 1.571, cdo. 3º).

comportamientos discriminatoriamente a un cierto grupo de individuos (principio de igualdad; ex arts. 1.1 y 14)¹⁸⁸;

¹⁸⁸ En la sentencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 19/89, de 16.2, se afirma que "no es necesario ahora entrar a determinar en qué medida el principio *nulum crimen sine culpa* puede ser deducido de los dictados constitucionales, ni cuál fuera en tal caso, su basamento normativo propio". El TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN considerará que "la sanción jurídico-penal, o de naturaleza similar, de un hecho no cometido culpablemente por el autor es contraria al Estado de Derecho y lesiona al afectado en su derecho fundamental emergente del artículo 2.1 de la Ley Fundamental" (BVerfG, 20, 331); el art. 2.1 dice: "Todos tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad en la medida en que no lesionen los derechos de otros y que no vulneren el orden constitucional o la ley moral". ROXIN deriva la idea de culpabilidad de la dignidad del hombre proclamada por la ley Fundamental ("Sentido y límites...", cit., p. 28). BACIGALUPO ZAPATER considera que "el principio de culpabilidad no ha sido recogido en forma expresa en la Constitución española ni se encuentra tampoco en las declaraciones de derechos suscritas por España que, de acuerdo con el artículo 12.2 CE, deben respetarse en la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce" ("¿Tienen rango constitucional...", cit., p. 937). "Sin embargo, éste podría derivarse (...) del principio del Estado de Derecho (art. 11 de la CE) e incluso de la protección de la dignidad de la persona humana contenida en el artículo 10.1 CE" (p. 940). Esta solución tiene para el autor poco valor práctico, pues "la forma más característica de lesionar el principio de culpabilidad o sus consecuencias está constituida por las sentencias judiciales y éstas sólo son atacables por medio del amparo constitucional (art. 411 LOTC) que - como se sabe - sólo se refiere a los 'derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución'" (p. 940). De ahí que intente fundamentar el reconocimiento de las consecuencias ligadas al principio de culpabilidad de diversos preceptos: 25.1 y 9.3 (principio de legalidad: "posibilidad de saber qué se hace y de conocer el reproche social expresado en la punibilidad"), 17 (posibilidad de haber evitado la comisión del delito) y 16 (proporcionalidad de la pena concretamente aplicada al autor por el hecho cometido) (p. 940 y s.). VIVES ANTON considera que tal vez podría inferirse del término "culpable" del art. 24 de la Constitución ("Introducción...", cit., p. 48, n. 136). ARROYO ZAPATERO considera que la explícita consagración constitucional del principio de culpabilidad se encuentra en la presunción de inocencia del artículo 24.2 ("Fundamento y función...", cit., p. 105).

¹⁸⁹ La violación del principio de igualdad a través de la acentuación de la delincuencia de las clases subalternas ha sido puesta de manifiesto entre otros por BARATTA ("Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal", en *Papers*, n.º 13, 1.980), RODRIGUEZ RAMOS ("Criterios políticos...", cit. pp. 36 y s.), SOLA DUEÑAS ("Desarrollo democrático...", cit., p.

taspoce podrá establecer sanciones desproporcionadas al desvalor del comportamiento tipificado (principio de proporcionalidad, que el Tribunal Constitucional ha considerado extraíble de la proclamación de la dignidad de la persona - art. 10.1 -, del modelo de Estado en el que se constituye España y de la consideración de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico¹⁶⁷).

IV.2.5. CONCLUSION.

1. La necesidad de justificar la utilización del Derecho Penal se manifiesta especialmente en el Estado social y democrático de Derecho por el antagonismo existente, en línea de principio, entre un sistema estatal que, en cuanto democrático, afirma el principio de libertad como esencial para la sustentación de su modelo

¹⁶⁷ Cfr. GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, "Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal", Madrid - Colex -, 1.990. En la STC 6/86, de 21.1 (RA 739, BJC 82, p. 184) se considera que el principio de proporcionalidad "no está explícitamente enunciado en la Constitución española y es sólo relevante en ciertos casos, cuando lo que se deriva es un trato arbitrario o discriminatorio en las normas o en su aplicación". COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON destacan que las Constituciones actuales no suelen proclamar de modo expreso la exigencia de proporcionalidad, y derivan la misma del principio del Estado de Derecho y de la proclamación de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1) ("Derecho Penal. Parte general", *cit.*, pp. 69 y 71). En sentido similar se manifestó el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN (BVerfG 28, 386; 20, 331). Para BACIGALUPO ZAPATER "la prohibición constitucional de penas 'penas inhumanas y degradantes' (art. 15 CE) contiene implícitamente un principio de proporcionalidad" ("Tienen rango constitucional...", *cit.*, p. 941). GARBERRI LLOBREGAT considera que "la posibilidad de invocarlo en amparo constitucional bajo el nomen iuris del artículo 25.1 CE". La circular "Criterios orientadores..." (*op. cit.*, p. 292) deriva el principio de proporcionalidad del artículo 27.3 de la Constitución italiana ("Las penas no podrán consistir en tratos contrarios al sentido de humanidad y deberá encaminarse a la reeducación del condenado") pues no puede "perseguirse acción reeducativa alguna mediante un tratamiento sancionador desproporcionado a la gravedad del hecho".

6. No estará justificada la norma penal, aunque proteja eficazmente un objeto democráticamente legítimo, si la forma de intervención no se adecúa a ciertos principios que emanan del concepto de justicia del Estado democrático y que, sin afán de precisión ni de exhaustividad, se cifran en torno a los de igualdad, culpabilidad, legalidad y proporcionalidad.

IV.3. Legitimidad de la configuración de la seguridad e higiene en el trabajo como bien jurídico-penal.

IV.3.1. SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO Y CONSTITUCION.

1. No parece cuestionable la pertenencia de la seguridad e higiene en el trabajo al catálogo de los objetos cuya protección resulta democráticamente legítima - su consideración como condición de libertad - ni su acomodo dentro del sistema constitucional de valores¹. Recordemos una vez más que la expresión "seguridad e higiene en el trabajo" hace referencia tanto a un bien como a un tipo de ataque al mismo, y que aquél es la seguridad de la vida, la integridad física y la salud de los trabajadores. El valor del objeto que forma parte del contenido de la fórmula de se presupone a partir de los esenciales bienes "vida", "integridad física" y "salud". De ahí que, aunque la expresa mención constitucional (art. 40.2) obvia toda discusión al respecto, la ausencia de esta explícita referencia no hubiera despertado reparos a la concordancia de este bien con el sistema democrático que establece nuestro texto constitucional².

¹ ESPASA OLIVER afirmaba en el Parlamento que el de la seguridad y salud en el trabajo "es anterior y más fundamental al de huelga" (Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, nº 197 - 30.5.89 -, p. 11.229). La STS de 26.2.81 (CL 258) afirma que "como tantas veces tiene declarado esta Sala, la seguridad en el trabajo es un bien jurídico de alto valor comunitario" (cdo. 1º).

² Véase, por ejemplo, en el bien "seguridad en el tráfico", no mencionado expresamente en la Constitución y cuya protección penal no ha sido nunca puesta en cuestión por la calidad del objeto.

2. El artículo 15 de la Constitución proclama el derecho de todos a la vida y a la integridad física; el 43 declara el reconocimiento del derecho a la protección de la salud y la competencia de los poderes públicos para la organización y la tutela de la salud pública a través de medios preventivos y de las prestaciones y servicios necesarios. En relación con los dos primeros bienes deberán los poderes públicos, por de pronto, abstenerse de lesionarlos y procurar, a través de los medios oportunos, disuadir a los ciudadanos del emprendimiento de comportamientos que los lesionen. La indemnidad y la recuperación de la salud requieren, además, en nuestra compleja sociedad, una actividad pública de prevención y de prestación.

La añadida mención del compromiso de los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo puede perseguir dos objetivos: a) destacar la necesidad de una política preventiva de los daños, no sólo a la salud, sino también a la vida y a la integridad física en el ámbito productivo y, por lo tanto, la necesidad de su protección anticipada³; b) y, sobre todo, llamar la atención acerca de las limitaciones que una política de protección de este tipo supone para las facultades empresariales de organización de

³ Para GONZALEZ ORTEGA, de la lectura conjunta de los artículos 40.2 y 43 se extraen dos importantes consecuencias: que "la protección de la salud del trabajador está estructurada en función de un bien (...) que preexiste al establecimiento de la relación contractual"; "el artículo 40.2 constituye, cuando menos, un reforzamiento de la tutela establecida en el artículo 43.1, un 'plus' de protección precisamente frente a intereses contrapuestos" ("La seguridad e higiene...", *cit.*, pp. 209 y ss.).

la producción, dimanantes del principio de la libertad de empresa (art. 38)⁴.

El artículo 40.2 de la Constitución, incluido dentro del capítulo tercero ("De los principios rectores de la política social y económica") del título primero ("De los derechos y deberes fundamentales"), tras afirmar en su apartado primero que "los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa", y que "de manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo", establece, en el segundo, que "asimismo los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados".

Las vicisitudes por las que pasó este precepto en el proceso de elaboración constitucional no fueron especialmente relevantes, al menos en el aspecto que aquí nos interesa. Ya en el anteproyecto, en el artículo 36, se decía que "los poderes públicos asumen la obligación prioritaria de velar por la seguridad e higiene en el trabajo"⁵. De entre las nueve enmiendas que se presentaron al artículo, sólo la número 779, del grupo parlamentario de UNIÓN DE CENTRO DEMOCRÁTICO, afectaba a la parte transcrita. Se proponía, como redacción más adecuada a su condición de principio rector, la siguiente: "Los poderes públicos (...) velan por la seguridad e higiene en el trabajo". El informe de la ponencia propuso un nuevo tiempo gramatical ("velarán")⁶, probablemente para realizar su carácter de mandato, redacción que ya no se modificaría ni en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas⁷, ni en el

⁴ En sentido similar, GONZALEZ ORTEGA ("La seguridad e higiene...", cit., p. 226), que destaca, además, que la seguridad e higiene es "un instrumento de limitación del poder de dirección y organización del empresario, de la facultad de imposición unilateral de las condiciones de trabajo (...), abriéndose la puerta de su posible subordinación al respeto y promoción de los intereses vitales del trabajador implicados en la cesión y utilización ajenas de su fuerza de trabajo" (p. 201).

⁵ BOC, nº 44 (5.1.78), p. 675.

⁶ BOC, nº 82 (17.4.78), p. 1.623.

⁷ Diario de sesiones del Congreso (Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas), nº 72 (23.5.78), p. 2.825.

debate del Pleno del Congreso⁶, por lo pasaría intacta al texto del proyecto de Constitución aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados⁷.

Las enmiendas propuestas en el Senado a este enunciado no fueron aceptadas. Así, el senador CELA Y THULOCK, de la Agrupación Independiente, propuso la siguiente redacción (enmienda nº 69): "Los poderes públicos aseguran (...) el pleno empleo en condiciones de seguridad y salubridad". Esta redacción sustituía el término "higiene", tradicional en la materia, con un significado técnico no coincidente con el más habitual, por "salubridad"; se resaltaba, por otra parte, el carácter de la seguridad y la salubridad como condiciones de realización de la prestación laboral. Esta última característica, unida a la acertada configuración de la seguridad e higiene como derecho, aparece también en la enmienda del senador PEREZ PUGA (nº 888, UCD), que proponía el siguiente texto: "Los poderes públicos reconocen el derecho de toda persona a unas condiciones de trabajo que aseguren de manera especial (...) la seguridad e higiene en el trabajo". Este carácter de derecho de la seguridad e higiene en el trabajo aparece recogido en la interesante enmienda del senador XIBINACS I DAMIANS (nº 472, Grupo Mixto) que especifica además el origen contractual del mismo y determinados mecanismos de control de su contenido: "La seguridad en el trabajo a que todo trabajador tiene derecho vendrá determinada en el contrato de trabajo entre él mismo y la empresa (...). Y si el trabajador está sindicado será necesario el visto bueno del sindicato; en caso contrario hará falta el visto bueno de la Delegación estatal de Trabajo". También es digna de mención la no aceptación de la enmienda del senador PRADO Y COLÓN DE CARVAJAL (nº 375), en la que se proponía eliminar "particularidades que, por su entidad, mezcladas con las de fondo, constituyen un cajón de sastre sin contenido alguno." El texto propuesto decía: "Los poderes públicos fomentarán una política que tienda a asegurar la estabilidad económica, el pleno empleo y el bienestar social". "Con ello" - justificaba el autor - "queda reducido a los grandes principios lo que pueden ser objetos básicos de política económica, entre los cuales no se encuentran, por supuesto, la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas, etc...". Finalmente, la enmienda del senador ZARAGOZA BURILLO (nº 270, Grupo Mixto) proponía la sustitución de la expresión "seguridad e higiene en el trabajo" por "seguridad e higiene laboral".

⁶ Diario de sesiones del Congreso, nº 107 (11.7.78), pp. 4.114 y a.

⁷ BOC nº 136 (24.7.78), p. 2.951.

El texto del Congreso pasó, por lo tanto, intacto, en lo que aquí nos concierne, por la Comisión de Constitución del Senado¹⁰ y por el Pleno del Senado¹¹. La Comisión Mixta tampoco modificaría la redacción¹².

El estudio de la evolución del fragmento a que nos referimos transmite una importante conclusión: la seguridad e higiene en el trabajo como objeto de "solicito cuidado"¹³ de los poderes públicos figura en el texto constitucional desde el anteproyecto hasta su redacción definitiva, con tan sólo una enmienda que propusiera su supresión.

IV.3.2. NECESIDAD DE LA INTERVENCION PENAL ESPECIFICA EN MATERIA DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO.

1. El requisito de la necesidad de la intervención penal en éste área se verá salvado, como ya se ha señalado, con la concurrencia de dos circunstancias: la ineficacia de otros medios protectores de menor intensidad coactiva y el pronóstico de eficacia de la concreta norma penal (C). Nos centraremos, en primer lugar, en el análisis del sistema no penal de protección de la seguridad e higiene en el trabajo y en su eficacia (A). El juicio de legitimidad requerirá, además, la indagación de sus posibilidades de mejora, pues, si de ellas se deduce un pronóstico de suficiente eficacia protectora, habrá de renunciarse al concurso al Derecho Penal (B). Antes de iniciar el análisis propuesto se ha de advertir que la evaluación de la eficacia de las medidas protectoras previas a las penales pone el listón, no en su

¹⁰ Diario de sesiones del Senado (Comisión de Constitución), nº 2.073. El dictamen se encuentra en BOC nº 157.

¹¹ Diario de sesiones del Senado, nº 61 (28.9.76).

¹² BOC nº 170 (28.10.76), p. 3.702.

¹³ Según la definición de "vata" del diccionario de la Real Academia Española de la Lengua.

grado máximo, imposible de alcanzar, pues todo sistema normativo es en alguna medida eficaz e ineficaz, sino en un nivel mínimamente razonable de suficiencia.

A) La protección no penal de la seguridad e higiene en el trabajo.

1. Para la consecución y el mantenimiento del nivel de seguridad e higiene en el trabajo que determinan las normas, generales y colectivas, y el contrato, prevé el ordenamiento jurídico diversos mecanismos. Un primer grupo de ellos se dirige a otorgar al trabajador facultades para la defensa del crédito contractual de seguridad e higiene, que engloba en su contenido, como veremos¹⁴, el que imponen la normativa estatal y los convenios colectivos (2). El segundo grupo está constituido por las sanciones de carácter administrativo que se imponen por la superación de los límites del riesgo permitido. Para la detección y el descubrimiento de dichas infracciones se instituyen una serie de órganos de inspección y fiscalización, dada la insuficiente capacidad de denuncia de los sujetos perjudicados en el interior de la empresa (3). Como medidas de protección propias de los trabajadores hemos de destacar, en tercer lugar, el ejercicio del derecho colectivo de resistencia y el derecho de huelga (5). Finalmente, utiliza el Estado una serie de mecanismos de control, asesoramiento e incentivación destinados a proteger y promover la seguridad e higiene en el trabajo (4). Como se puede ya

¹⁴ Vid. *infra* V.4.2.C.a.bb.4.

intuir a partir de los datos manejados en la parte tercera de este trabajo, el nivel de eficacia alcanzado por este sistema es patentemente insuficiente (6).

2. Para la defensa del crédito contractual de seguridad e higiene otorga el ordenamiento diversas facultades al trabajador: facultad de extinción del contrato con derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente (arts. 50.1 a) y c) y 50.2 ET), facultad de exigir el cumplimiento de la obligación de seguridad (art. 1.124 del Código Civil)¹⁵, facultad de exigir una indemnización por los daños y perjuicios acarreados por la falta de la debida seguridad (art. 1.101 CC)¹⁶ y facultad de demorar el cumplimiento de la prestación laboral hasta que se faciliten las prendas de protección personal preceptivas

¹⁵ De acuerdo con la existencia de esta facultad, ARROYO ZAPATERO ("La protección penal...", cit., p. 98). En el mismo sentido se manifiesta la doctrina mayoritaria alemana, con base en el parágrafo 618 BGB. Son presupuestos y limitaciones para su ejercicio: 1) el trabajador tiene derecho a seguir trabajando de hecho; 2) el derecho de cumplimiento afecta al empleador sólo en el modo en que esté normativamente obligado; 3) el empleador ha de estar en situación jurídica de cumplir (en el sentido de tener la competencia para ello): si la decisión que se ha de tomar es colectiva (por ejemplo, ha de tomarse junto con el comité de empresa -Betriebsrat-), al empleador le corresponde simplemente la iniciativa, salvo que se de un peligro concreto, en cuyo caso debe tomar él la decisión correspondiente inmediatamente (cfr. WLOTZKE, "Öffentlich-rechtliche Arbeitsschutznorm...", cit., pp. 744 y ss.). BIANCHI D'URSO destaca como problema inherente a la ejecución de las medidas judiciales a favor de los trabajadores la marcada infungibilidad de la mayoría de las actividades empresariales; la consiguiente incoercibilidad sólo parece superable a través de medidas colectivas de autotutela (op. cit., p. 150).

¹⁶ En este sentido, por ejemplo, FERNANDEZ MARCOS ("La seguridad e higiene del trabajo como obligación...", cit., pp. 180 y s.). Existe también en el ordenamiento jurídico de la R. F. de Alemania (cfr. WLOTZKE, "Öffentlich-rechtliche Arbeitsschutznorm...", cit., pp. 749 y s.). Esta indemnización será de difícil evaluación por tratarse de una situación de peligro.

(art. 11.2 OGSHT). Podría pensarse también en una facultad general de demora de la prestación hasta que el empresario cumpla con su obligación de seguridad; éste no puede evitarla con el ejercicio de su poder de dirección y control de la actividad laboral, pues, por una parte, está limitado por la no exigencia de diligencia y colaboración más allá de las disposiciones legales, los convenios colectivos y el ejercicio regular de las facultades de dirección (art. 20.3 ET), y, por otra, no encuentra apoyo jurídico alguno para proceder a la suspensión simultánea del devengo del salario del trabajador¹⁷. Nuestra jurisprudencia, sin embargo, no

¹⁷ En el sentido de texto, en la doctrina alemana, en relación con el ordenamiento jurídico de aquel país, WLOTZKE ("Öffentlich-rechtliche Arbeitsschutznorm...", cit., pp. 731, 747 y ss.) que se apoya en el § 273.1 BGB. Se señalan como limitaciones: la lesión de los deberes de protección debe ser objetiva; el ejercicio del derecho de resistencia debe ser proporcionado y, en los casos en los que la decisión deba ser tomada junto con el comité de empresa (Betriebsrat), sólo hasta que el empleador tome la iniciativa, salvo en casos de peligro concreto, en los que éste debe actuar inmediatamente. El derecho de abstención es también indiscutido en la doctrina italiana, ya sea como derecho de abstención total ya como derecho de autolimitación de las prestaciones para lograr la inocuidad (cfr. BIANCHI D'URSO, op. cit., pp. 86 y ss., 99). L. FERRAJOLI deriva este derecho de los principios generales en materia de contrato ("Defensa de la salud en la fábrica y artículo 9 del estatuto de los trabajadores", en AA. VV., "La salud de los trabajadores", cit., p. 116). No creemos que el derecho de resistencia se pueda deducir directamente del artículo 1.124 CC, pues aquél no supone ni una resolución de la obligación ni sin más una exigencia de cumplimiento, sino esta exigencia acompañada de la negación transitoria de la prestación propia y la subsistencia plena de la obligación salarial del empleador. En contra de esta última opinión: la intervención del GARCIA SANCHEZ en el Congreso (vid. en SAGARDOY BERGOBCHA, BRIONES PARRAGA y AYUSO CANALS, "Debate parlamentario...", cit., p. 351) y FERNANDEZ MARCOS ("Seguridad e higiene", cit., p. 94; el mismo, "La seguridad e higiene del trabajo como obligación...", cit., p. 116). La Directiva Marco (directiva del Consejo relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, aprobada en el Consejo de Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales, de 12.6.89) establece lo siguiente: "Un trabajador que, en caso de peligro grave, inminente y que no pueda evitarse, se aleje de su puesto de trabajo y/o de una zona peligrosa no podrá sufrir por ello perjuicio alguno y deberá estar protegido

mantiene un concepto tan generoso del derecho de resistencia, piedra angular, a nuestro juicio, de un sistema no penal más eficaz de protección de la seguridad e higiene en el trabajo¹⁸. La presunción de legitimidad de las órdenes empresariales sólo quiebra, en nuestra materia, en los supuestos en que aquellas impliquen una prestación manifiesta o patentemente peligrosa¹⁹.

El ejercicio de estas facultades por parte del trabajador individual es inusual. La débil posición del trabajador, debida a la dependencia de su sustento de un puesto de trabajo de incierta sustitución, especialmente en épocas de crisis económica, desalienta la práctica de este tipo de acciones individuales²⁰.

3. El ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración en el ámbito laboral queda clarificado y simplificado tras la promulgación de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), que deroga expresamente el artículo 57 ET²¹, que a su vez había

contra cualesquiera consecuencias perjudiciales e injustificadas, de conformidad con las legislaciones y/o usos nacionales".

¹⁸ Vid. infra IV.3.3.B.2.b.

¹⁹ Cfr., por ejemplo, SALA FRANCO, ALBIOL MONTESINOS, CAMPS RUIZ, GARCIA NINET y LOPEZ GANDIA ("Derecho del Trabajo", cit., pp. 577 y ss., págs. 26 y ss.; ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, op. cit., pp. 372 y ss.

²⁰ En este sentido, por todos, F. BIANCHI D'URSO (op. cit., p. 86).

²¹ Disposición final 1ª. Sobre la LISOS, cfr. en general, R. ESCUBERO RODRIGUEZ, "El nuevo marco legal de la potestad sancionadora de la Administración en el orden social", en RL, 1.988, 11, pp. 29 y ss.; GARCIA BLASCO, "Infracciones y sanciones en materia laboral", Madrid (Civitas), 1.989; RODRIGUEZ SANUDO, "Nueva regulación de las infracciones y sanciones en el orden social", en RL, 1.988, 13, pp. 9 y ss.; VAZQUEZ MATEO, "La ley 8/1.988 de 7 de abril, sobre

venido a sustituir parcialmente las previsiones sancionadoras de la OGSHT. La nueva ley suple estos preceptos en su totalidad, con lo que la regulación de las sanciones administrativas en materia de seguridad e higiene en el trabajo se contiene en dos textos de rango legal: la nueva ley (a) y la Ley general de la Seguridad Social (b). El nivel de seguridad e higiene que se protege es el que determina la normativa estatal y la normativa colectiva, con lo que "se resuelve directamente el largo debate de la tutela de la Administración de los convenios colectivos, al incluirlos expresamente"²².

a) La Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social divide las infracciones, "en materia de seguridad e higiene y salud laborales"²³ en leves, graves y muy graves (arts. 9, 10 y 11), y prevé sanciones de 5.000 a 50.000 pesetas para las primeras, de hasta 500.000 para las segundas y de hasta 15.000.000 para el tercer grupo (art.

infracciones y sanciones de orden social y su puesta en práctica", en RL, 1.989, 1, pp. 85 y ss.

²² Exposición de motivos de la LISOS.

²³ Nótese la imperfección de la expresión, que constituye la rúbrica de la sección segunda del capítulo II de la LISOS. Las lesiones de la salud se sancionan en el Código Penal; la salud no es el bien jurídico de los tipos administrativos, sino tan sólo la seguridad de la salud. Aunque consideremos que las violaciones de la seguridad e higiene en el trabajo son también infracciones "en materia de" salud, la expresión no deja de ser redundante. Por otra parte carece de sentido adjetivar la salud de "laboral"; no existe un tipo tal de salud, sino la necesidad o conveniencia de preservar la salud de determinados atentados que contra ella se producen en el ejercicio de la actividad laboral. La expresión correcta es a nuestro juicio "salud en el trabajo" y la dicción del epígrafe debería ser "infracciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo".

31)²⁴. En caso de reincidencia la sanción puede elevarse al doble, aunque en ningún caso puede sobrepasar el tope máximo de las sanciones de multa (art. 38). Finalmente prevé el artículo 39 una medida de seguridad consistente en la suspensión de la actividad del centro de trabajo o incluso en su cierre definitivo cuando concurren circunstancias de excepcional gravedad en las infracciones de seguridad e higiene en el trabajo²⁵. "Cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen y siempre que no se deriven daños ni perjuicios directos a los trabajadores", la Inspección "podrá advertir y aconsejar, en vez de iniciar un procedimiento sancionador" (art.48)²⁶.

Las infracciones leves (art. 9) se caracterizan por su falta de "trascendencia para la integridad física o la salud del trabajador" o por constituir incumplimientos de los deberes de comunicación que impone la Administración en su actividad de control. Cuando dichos incumplimientos puedan tener mayor trascendencia - centro de trabajo de más de veinticinco trabajadores o industria peligrosa, insalubre o nociva - o la infracción cree un grave riesgo para la

²⁴ Cada sanción se divide en tres grados, para cuya elección el órgano sancionador tendrá en cuenta factores subjetivos - tales como "la negligencia e intencionalidad del infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la inspección" -, objetivos - número de trabajadores afectados, permanencia del riesgo "inherente a dicha actividad", medidas adoptadas e instrucciones impartidas - y circunstanciales - tipo de actividad, cifra de negocios de la empresa - (art. 36).

²⁵ Medida prevista también en la Ley General de Sanidad (art. 26.1). El informe "Safety and Health at Work" recomienda la sanción de suspensión para los casos graves en los que la prescripción del inspector no se ha cumplido en el plazo indicado. La suspensión debería ser impuesta por los tribunales (*op. cit.*, p. 85, pfo. 276).

²⁶ Podría entenderse que esta facultad no es aplicable a las infracciones muy graves que, en caso de ser total o parcialmente dolosas y de poderse individualizar la responsabilidad, serían calificadas como delito del 348 bis a), pues la situación de peligro muy grave que estas conductas originan podría considerarse ya como un perjuicio directo.

integridad física o salud de los trabajadores, la infracción será grave. También lo será la omisión de la constitución de los servicios médicos de empresa preceptivos, de los órganos competentes en materia de seguridad e higiene, de la práctica de reconocimientos médicos, o de la realización del plan de seguridad e higiene en los proyectos de edificación y en las obras públicas (art. 10). La obstrucción de la labor inspectora se califica también como infracción grave (art. 49.1). La calificación de muy grave la merecerán las infracciones de la normativa protectora de los periodos de embarazo y lactancia y de la relativa a trabajos prohibidos a menores; asimismo las que tengan como consecuencia un riesgo grave e inminente para la integridad física o la salud de los trabajadores (art. 11). Constituyen también infracciones muy graves los supuestos de resistencia reiterada, coacción, violencia, desacato o cualquier otra forma de presión sobre la Inspección de Trabajo (art. 49.2).

El empresario es el sujeto que ha de responder de las infracciones que en materia de seguridad e higiene en el trabajo prevé la LISOS y sobre el que, por lo tanto, recaen las sanciones que ésta impone (arts. 2.1, 5 y rúbrica de la sección primera del capítulo sexto). Menos claras aparecen las respuestas a las siguientes cuestiones: si son susceptibles de ser sancionados administrativamente los directivos, técnicos y mandos intermedios de la empresa (aa) y si, tras la promulgación de la ley que comentamos, subsiste la responsabilidad de los trabajadores ante la Administración por la puesta en peligro de la vida, integridad física o salud propias o ajenas (art. 160 OGSHT) (bb).

aa) El artículo 10 OGSHT establece una serie de obligaciones en materia de seguridad e higiene del personal directivo y técnico y de los mandos intermedios. El incumplimiento de estas obligaciones podrá dar lugar, sin duda, al ejercicio de la potestad disciplinaria por parte

del empresario y, en la medida de que se trate de actuaciones de la empresa, a sanciones de la Administración al empresario. No parece sin embargo que a los sujetos señalados se les puedan imponer las sanciones previstas en el artículo 37 LISOS. El legislador parece reservar éstas a la figura del empresario²⁷; así lo indican especialmente los artículos 2.1 y 5, y se deduce de algunos de los criterios de graduación de las sanciones, tales como "la cifra de negocios de la empresa" (art. 36.1), "las condiciones, formas y modalidades que se aprecien en la ejecución de las actividades desarrolladas en el centro de trabajo" y "las medidas o elementos de protección colectiva o individual adoptadas por el empresario" (art. 36.2). La propia OGSHT indica claramente que "las responsabilidades empresariales de contenido económico recaerán directa e inmediatamente sobre el patrimonio individual o social de la empresa respectiva" (art. 153)²⁸.

Queda aún la duda de si subsiste la sanción que prevé la OGSHT (art. 158) consistente en la inhabilitación para el desempeño de funciones directivas en materia de seguridad e higiene en el trabajo a los sujetos responsables de graves y

²⁷ En este sentido, GARCIA BLASCO ("Infracciones y sanciones en materia laboral", Madrid - Civitas -, 1.989, pp. 58, 60 y s.).

²⁸ Se ha de entender, por lo tanto, que el art. 154 OGSHT, que indica que "la responsabilidad de las empresas por infracciones en materia de seguridad e higiene no excluirá la de las personas que trabajan a su servicio en funciones directivas, técnicas, ejecutivas o subalternas, siempre que a cualquiera de ellas pueda serle imputada, por acción u omisión, la infracción cometida", se refiere a la responsabilidad civil, penal, disciplinaria o administrativa no patrimonial. En este sentido: ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE ("Derecho del Trabajo", cit., p. 227) y B. PINDAS DIAZ (op. cit., pp. 28 y s.).

reiteradas infracciones que causen constantes peligros para los trabajadores de la empresa. A pesar de que esta medida no se opone expresamente a lo previsto en la LISOS y a pesar de que ésta, en su exposición de motivos, no parece querer regular con exclusividad la normativa sancionadora en el orden social²⁹, no se ha de considerar vigente el citado precepto, ya que la voluntad de la ley parece ser la adopción de un sistema sancionador nuevo, completo y sustitutorio del anterior, al menos en materia de seguridad e higiene, para la que incluso se prevén normas específicas³⁰. Uno de los pilares fundamentales de dicho sistema está constituido por la exclusión de las sanciones a las personas físicas, salvo que éstas sean empresarios; característica ésta que pretende aportar un grado sustancialmente mayor de eficacia al mecanismo sancionador³¹. No parece de recibo, pues, el mantenimiento

²⁹ La exposición de motivos dice en su segundo párrafo: "En el Derecho agrupado bajo la rúbrica genérica de lo Social la normativa sancionatoria venía dispersa en numerosas disposiciones, la mayoría reglamentarias, aprobadas por Decreto o simple Orden ministerial cuya vigencia se mantiene en principio". En el sexto párrafo destaca que en materia sancionadora no puede pretenderse una uniformidad total "que, además, tampoco parece posible por la singularidad de las materias agrupadas".

³⁰ Aunque destaca la "vocación 'totalizadora' de la ley" (pp. 53, 121), considera GARCIA BLASCO que el título III de la OGSHT ha quedado derogado sólo "en la mayor parte de sus preceptos" (op. cit., p. 117). ESCUDERO RODRIGUEZ mantiene que el título III de la OGSHT "queda profundamente afectado por la nueva ley, por no decir que derogado en la mayoría de sus preceptos" (op. cit., p. 52). Los subrayados son añadidos.

³¹ Diferente es la perspectiva de la Ley de Infracciones Administrativas (*Ordnungswidrigkeitengesetz, OWIG*) de la República Federal de Alemania contiene un precepto, el párrafo 9, destinado extender la responsabilidad administrativa al representante en los supuestos en los que la infracción típica sólo pueda ser cometida, en principio, por el representado. Asimismo se tipifica como infracción administrativa la vulneración del deber de vigilancia en el

de un precepto de rango reglamentario que prevé una sanción restrictiva de derechos sin amparo legal en una materia que ha sido objeto de específica atención por parte del legislador³².

bb) A pesar de que la LISOS, como acabamos de recordar, no pretende la exclusividad de la regulación sancionadora en el orden social creemos que tras su promulgación decae la vigencia del artículo 160 OGSHT, que faculta al inspector para proponer sanciones a los trabajadores "que por acción u omisión inexcusable produzcan riesgos o peligros que afecten a su vida, salud, integridad física o a la de terceras personas". La aplicación de esta norma era menos que escasa y su trascendencia, nula, debido tanto a la poca cuantía de las sanciones previstas (entre 100 y 5.000 pesetas) como a la existencia de sanciones disciplinarias mucho más contundentes³³. Además de las

establecimiento del titular del mismo cuando se comete en él una contravención de los deberes que a dicho titular le corresponden (parágrafo 130.12 OWIG) y se precisan los requisitos que justifican la imposición de una multa a la empresa (parágrafo 30 OWIG).

³² En este sentido, BAYLOS GRAU y TERRADILLOS BASOCO ("Derecho penal del trabajo", cit., p. 169), ESCUDERO RODRIGUEZ (op. cit., p. 54); REY GUANTER ("Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social", Madrid - MTSS -, 1.990, p. 373); también, GARCIA BLASCO, que sorprendentemente considera que, por razones de "conveniencia (...) podría entenderse que sigue vigente y actuable la adopción de esa medida" (op. cit., pp. 164 y s.). La referencia de la exposición de motivos de la LISOS a la vigencia "en principio" de otras disposiciones sancionadoras ha de entenderse, a nuestro juicio, en relación con materias que por sus numerosas peculiaridades o por su menor importancia no han sido objeto de específica atención por la ley.

³³ La escasa cuantía de la sanción y su comparación con otras medidas no son sin embargo datos que sirvan para negar el carácter administrativo de la sanción, postura que, equivocadamente a nuestro juicio, mantiene FERNANDEZ MARCOS ("La seguridad e higiene del trabajo como obligación...", cit., pp. 142 y s., 185).

razones técnicas que alegábamos para defender la derogación del artículo 158 OGSHT, deben recordarse algunos argumentos de fondo: ni el fundamento ni la especificidad del deber impuesto, ni la frecuencia de este tipo de comportamientos, ni el tipo de motivación que subyace a las mismas son comparables al fundamento de un especial deber de seguridad, a la frecuencia de los comportamientos empresariales contra la seguridad e higiene en el trabajo y a la motivación que subyace a éstos.

Se ha de tener en cuenta, en primer lugar, el restringido ámbito de autonomía con el que se mueven los trabajadores en ámbitos de peligro relevante; esta restricción se deriva, por una parte, de su limitada capacidad de influencia sobre ciertos procesos y de su reducida información acerca de la capacidad lesiva de éstos; por otra, del propio condicionamiento que supone su posición subordinada frente a las instrucciones o a los deseos de sus superiores. Los comportamientos arriesgados de los trabajadores, además, se deben frecuentemente a la "propensión al peligro"³⁴ que tienen determinadas actividades; su rutinaria realización provoca una inevitable falta de concentración en su agente y una relajación de los mecanismos de defensa frente al riesgo. Quiere decirse con todo ésto que sólo un bajo porcentaje de los procesos de riesgo que se desatan en la empresa son imputables a

³⁴ Expresión que se utiliza en el Derecho alemán (*gefährgeneigte Arbeit*) para explicar la limitación de la responsabilidad civil de los trabajadores (cfr. A. SCHUTZBACH, "Die strafrechtliche Verantwortung für Betriebsunfälle", Berlin - Erich Schmidt -, 1.983, pp. 87 y ss.).

comportamientos de los trabajadores, y que un alto porcentaje de los que si los son se realizan en condiciones de excusabilidad. La sanción del 160 OGSHT, en conclusión, carece de fundamento; no tiene, por su cuantía, un mínimo efecto preventivo; por todo ello y porque existen ya sanciones más eficaces, es innecesaria; diluye la responsabilidad principal del empresario y sus encargados; supone, además, una curiosa excepción al criterio de imposición de sanciones administrativas de tipo económico únicamente a la empresa y al criterio de no imposición de sanciones económicas a los trabajadores.

b) *La Ley General de Seguridad Social* prevé tres tipos de sanciones por infracción de nivel de seguridad e higiene debido: recargo del 30% al 50% de las prestaciones económicas a que dan lugar los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, "cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador" (art. 93)³⁵; aumento de hasta un 20% de la cuantía de las primas

³⁵ El carácter punitivo y no meramente resarcitorio de la medida y la finalidad preventiva son expresamente reconocidos por la jurisprudencia (SSTS 3.6.54 - Ar. 1.259 -, 28.9.64 - Ar. 4.645 -, 6.3.69 - Ar. 1.195 -, 5.5.69 - Ar. 4.192 -, 15.10.70 - Ar.4.498 -; SSTCT 29.9.81 - Ar. 5.470 -, 11.2.82 - Ar. 788 -, 20.3.84 - Ar. 2.588 -; la

que haya de cotizar la empresa por el seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, cuando la empresa en cuestión incumpla sus obligaciones en materia de seguridad e higiene (art. 72.3)¹⁶; responsabilidad directa de las prestaciones que puedan derivarse de accidente de trabajo y enfermedad profesional, cuando la empresa incumpla su obligación de efectuar los reconocimientos médicos previos y periódicos preceptivos, o cuando incumpla las decisiones que la Inspección o la autoridad laboral adopte de paralización o suspensión inmediata de los trabajos que impliquen grave riesgo para los trabajadores e infracción de la normativa de seguridad e higiene. La peculiaridad de estas sanciones reside tanto en que la cuantía de las mismas beneficia directamente al trabajador afectado o a la entidad aseguradora, como en que sólo proceden cuando la infracción

STCT 28.187 - FD 2^a, A. 1.968 - indica que "la doctrina de esta Sala ha venido exigiendo con reiteración, por su carácter punitivo, la interpretación restrictiva del mismo (artículo)" y por la doctrina (ALONSO OLEA, "La responsabilidad...", cit., p. 64; ARROYO ZAPATERO, "La protección penal...", cit., pp. 99, 105; BAYLOS GRAU Y TERRADILLOS BASCO, "Derecho penal del trabajo", cit., p. 107; FERNANDEZ MARCOS, "La seguridad e higiene del trabajo como obligación...", cit., pp. 175 y ss.; el mismo, "El concepto de adecuación...", cit., p. 139; LOPEZ PEREZ Y GALVAN DE GRANDA, cit., p. 32; MONTOYA MELGAR, "Sanción e indemnización: el recargo de las indemnizaciones por accidentes de trabajo", en ADC, 1.967, p. 630; B. FENDAS DIAZ, "Responsabilidades en materia...", cit., p. 154; TUDELA CAMBRONERO, "Nota a la SSTCT de 8, 22 y 30 de noviembre de 1.984", en RL, 4, 1.985, p. 685). En el mismo sentido se manifestó también la DIRECCION GENERAL DE LA INSPECCION DE TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL ("Consultas evacuadas por la Dirección General. Criterios interpretativos y de actuación.", Madrid - DGITSS -, 1.988, consulta n^o 1, p. 4).

¹⁶ Obsérvese que el aumento de primas no es una mera medida de técnica actuarial destinada a compensar el aumento de las prestaciones, sino una auténtica sanción que se impone con independencia de éstas y por la mera infracción del nivel de seguridad e higiene preceptivo (de acuerdo con el carácter sancionador de la medida, FERNANDEZ MARCOS, "La seguridad e higiene del trabajo como obligación...", cit., p. 175).

tiene como consecuencia un accidente de trabajo o una enfermedad profesional.

4. Junto a los mecanismos de sanción negativa prevé la Administración otras medidas destinadas a la protección de la seguridad e higiene en el trabajo, consistentes, básicamente, en medidas de control previas a la fabricación, suministro o importación de material de producción y protección, o a su instalación en el centro de trabajo³⁷; en la facilitación de formación e información a los organizadores y participantes en la producción, labor que realiza a través del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo³⁸; en la concesión de créditos blandos

³⁷ Vid. el R. D. 1.466/86, de 26.5, que aprueba el Reglamento de Seguridad en las Máquinas, y los arts. 157.a) y b)/1 OGSRT), 187 LGSS y 9.3 y 10.2 LISOS.

³⁸ Las mutuas patronales de accidentes de trabajo, entidades aseguradoras de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, realizan también una labor de protección y promoción de la seguridad e higiene en el trabajo, pues a ello han de destinar el 80% de sus excedentes anuales (art. 29 del Reglamento de Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo de 6.7.67; cfr. al respecto, FERNANDEZ MARCOS, "La seguridad e higiene del trabajo como obligación...", cit., pp. 249 y ss.). VILLALOBOS TALERIO propuso en el Congreso de los Diputados que se obligara a las mutuas patronales de accidentes de trabajo a tener una sección de formación e información de las empresas que estén acogidas a ellas (Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, n.º 197 - 30.5.89 -, p. 11.233). Existe en Suecia un Consejo de Seguridad Industrial formado por tres representantes de la patronal y tres de los sindicatos, cuya misión es la formación en materia de seguridad, especialmente dirigida a los directivos y a los representantes de los trabajadores (cfr. "Safety and Health...", cit., p. 177, pfo. 29). Existen asimismo asociaciones privadas que tienen como fin la protección y el fomento de la seguridad e higiene en el trabajo y que agrupan empresas de la misma rama de la producción (cfr. al respecto, FERNANDEZ MARCOS, "La seguridad e higiene del trabajo como obligación...", cit., pp. 249 y ss.). Este área merece el aliento decidido de las sanciones positivas. Es interesante por su amplitud el conocimiento de la fundación sueca Bygghälsan, financiada por empresas del ramo de la construcción y dedicada a la investigación, asesoramiento y

para la realización de inversiones de mejora en este campo³⁸; y en sanciones positivas para las empresas que se distinguan por el alto nivel de seguridad e higiene alcanzado. Este último campo, poco explotado hasta el momento, se limita a la reducción de hasta un 10% de la cuantía de las primas del seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a las empresas que se distinguan por "el empleo de medidas eficaces de prevención" (art. 72.3 LGSS)³⁹.

5. El ejercicio colectivo del derecho de resistencia, mecanismo de autotutela colectiva, aparece regulado en el segundo párrafo de apartado 5 del artículo 19 ET con ciertas limitaciones: lo acuerdan los órganos competentes en materia de seguridad o los representantes de los trabajadores; en este último caso se exige una mayoría favorable del 75% en empresas con procesos discontinuos, y unanimidad en aquellas cuyo proceso sea continuo; ha de tratarse de un supuesto de riesgo inminente de accidente. La superación de estos estrechos cauces podrá realizarse a través del recurso al

formación en el campo técnico y médico (cfr. "Safety and Health...", *op. cit.*, p. 47, pto. 78; p. 178, pto. 30).

³⁸ El Banco de Crédito Industrial habilitó en 1.965 una línea de créditos a bajo interés para posibilitar una serie de mejoras en la minería leonesa. La iniciativa bancaria fracasó, pues ningún empresario solicitó información al respecto (vid. en *El País*, 17.7.86, p. 20; *Ya*, 4.8.86, p. 19).

³⁹ El art. 3.1 de la O. M. de 7.4.84 añade: "y teniendo en cuenta la evolución de su accidentabilidad en el último trienio". La diputada VILLALOBOS TALERO indicaba que "habría que estimular al empresario, como de hecho se recoge en el texto refundido de la Ley de Seguridad Social en un artículo que, hasta ahora, no se ha puesto en práctica, con la desgravación en las cuotas de accidentes de trabajo, no en las de la Seguridad Social" (Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, nº 197 - 30.6.89 -, p. 11.233).

derecho de huelga, que implica, sin embargo, el inconveniente para los trabajadores de la suspensión de la prestación salarial⁴¹.

6. Sobre la insuficiente eficacia del sistema descrito no merece la pena extenderse más⁴². Las altas cifras de siniestralidad y el bajo respeto empresarial a las condiciones mínimas de seguridad que indican los muestreos estadísticos revelan claramente la insuficiente capacidad disuasoria de los mecanismos de protección existentes, ya sea por su propia naturaleza, ya por su baja aplicación. A la misma conclusión se llega a través de la comparación de nuestras tasas de siniestralidad con las de otros países industrializados con los que compartimos el nivel de riesgo permitido en la actividad productiva.

No cabe duda, sin embargo, de que nuestro sistema administrativo sancionador de protección de la seguridad e higiene en el trabajo es parcialmente eficaz y que su eventual inexistencia provocaría en amplios sectores de la producción una casi absoluta y dramática desprotección del bien en cuestión; *mutatis mutandi*, la primera etapa de la era industrial nos ofrece buena muestra de ello. El desequilibrio de poder existente entre las partes sociales, especialmente en ciertas ramas de la producción y en ciertos centros de trabajo, y la motivación económica que impulsa la transgresión en este campo, avalan esta afirmación.

⁴¹ En relación con este precepto y su significación, *vid.* también *infra* IV.3.2.B.2.b.

⁴² *Vid.* la información estadística contenida en la parte III, así como las conclusiones que de ella deriváramos.

B) Estrategias de mejora de la protección no penal de la seguridad e higiene en el trabajo.

1. Nuestra reflexión se encamina ahora a la propuesta de algunas medidas de mejora de los mecanismos existentes de protección (2) y al análisis de su eficacia potencial (3). Este dato se revelará esencial para la respuesta a la cuestión de la prescindibilidad del recurso al Derecho Penal: si la reforma de los medios de protección previos es factible y despierta un pronóstico de eficacia razonablemente suficiente, devendrá ilegítima la intervención penal en este área.

2. La reforma del sistema de protección que analizamos se debería realizar, a nuestro juicio, en torno a tres coordenadas: potenciación del sistema de premios y ayudas (a); disminución de las restricciones para el ejercicio del derecho de resistencia individual y, sobre todo, colectivo (b); y reforzamiento de los sistemas de control internos y externos al centro de trabajo (c).

a) Parece necesario ahondar y diversificar⁴³, primer lugar, en la hasta ahora superficial política de sanciones positivas: su incidencia en el aspecto económico y la simplicidad de su procedimiento de aplicación las convierten en medidas, además de eficaces, relativamente baratas para la Administración. Obsérvese que el presupuesto jurídico no tendría que ser detectado por un numeroso cuerpo de

⁴³ Por ejemplo: desgravaciones fiscales de las inversiones en seguridad. PADOVANI destaca la funcionalidad de las sanciones positivas en la materia ("Diritto penale...", cit., p. 205).

funcionarios inspectores, sino que la propia empresa interesada sería la que solicitaría la comprobación de la concurrencia del mismo. Mayores problemas presenta la potenciación de las estructuras de licencia y homologación, que contraponen a su eficacia preventiva su alto coste⁴⁴ y su ineludible parcialidad e insuficiencia. Téngase en cuenta que so pena de colapsar la actividad productiva o de constituirse en un inútil trámite burocrático, han de constituir procesos a la vez intensos y rápidos⁴⁵. La mencionada parcialidad proviene, de una parte, de la imposibilidad fáctica y económica de que todo local, instrumento, plan, procedimiento y decisión sean controlables a priori; de otro de la imposibilidad de que lo controlado sea absolutamente controlado⁴⁶. Incluso la reducción del sistema de autorizaciones a las decisiones empresariales más trascendentes en términos de seguridad e higiene en el trabajo⁴⁷ requiere, además de la labor técnica de comprobación de que la decisión se adapta a lo jurídicamente previsto, un sistema complementario de

⁴⁴ En este sentido, el informe "Safety and Health...", *cit.*, p. 87, pfo. 281.

⁴⁵ En este sentido llama la atención el informe "Safety and Health at Work" acerca del riesgo de burocratización del sistema (*cit.*, p. 87, pfo. 281). El art. 118 A del Tratado constitutivo de la CEE, que se refiere a la seguridad e higiene en el trabajo (*vid. supra* n.), dice que las directivas correspondientes evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas.

⁴⁶ En sentido similar, implícitamente, el informe "Safety and Health at Work" (*cit.*, p. 87, pfo. 281).

⁴⁷ Como propone el informe "Safety and Health at Work" (*cit.*, p. 88, pfo. 282).

detección y sanción de las decisiones que las empresas sustraigan a dicho control⁴⁸.

En ciertos campos se torna la actividad promotora de la Administración, por insustituible, imprescindible⁴⁹. Nos referimos tanto a la investigación de nuevos instrumentos, mecanismos, medios y métodos de seguridad, como a la formación, información y asesoramiento de técnicos sindicales⁵⁰ y de las pequeñas y medianas empresas, a la formación profesional de los futuros trabajadores, y a la ayuda financiera a empresas, normalmente pequeñas y medianas, que la necesitan para compatibilizar su actividad productiva y el mantenimiento del nivel de seguridad jurídicamente exigido. Ni por su coste están normalmente las empresas interesadas en el primer campo, ni por eso mismo estarán los sindicatos capacitados para adentrarse en él. Las mismas razones latan en relación con la segunda

⁴⁸ El informe "Safety and Health at Work" añade también como argumento en contra de una ampliación excesiva del sistema de licencia previa que "podría tender a fortalecer la idea de que la responsabilidad primaria del ejercicio del control recae más sobre las autoridades que conceden la licencia que en aquellos que crean los riesgos" (*cit.*, p. 87, pfo. 281).

⁴⁹ Algunos datos manifiestan una tendencia descendente en este área: "el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene, que en 1.983 contaba con 7.600 millones de pesetas de presupuesto y una plantilla de 2.022 trabajadores, ha visto rebajado su presupuesto en 2.000 millones de pesetas y su plantilla se ha reducido en 579 personas" (CCOO, "Indicadores de costes sociales de la política económica del Gobierno, 1.983 - 1.989", p. 1). El personal del INSHT era de 2.022 en 1.983, de 1.530 en 1.987 y de 1.443 en 1.989; su presupuesto fue de 7.500 millones de pesetas en 1.983, de 4.114 en 1.987 y de 4.900 en 1.989 (misma fuente).

⁵⁰ FERRAJOLI denuncia la falta en el movimiento obrero de una estructura organizativa adecuada a la defensa de la salud en la fábrica ("Defensa de la salud en la fábrica y artículo 9 del estatuto de los trabajadores", en AA. VV., "La salud de los trabajadores", *cit.*, p. 117).

actividad, esencial para la elevación del nivel de seguridad e higiene y para la protección del nivel debido.

El problema de la seguridad e higiene en el trabajo en las PYME ha merecido la atención del tercer programa de la CEE en el ámbito de la seguridad, la higiene y la salud en el lugar de trabajo⁵¹. Dicho programa destaca como frecuentes características de éstas la falta de conocimientos técnicos de estas empresas, su tendencia al aumento de las horas de trabajo y la falta de conocimiento de la normativa vigente⁵². A ellas hay que añadir las dificultades financieras, de difícil solución en este tipo de empresas. Esta situación requiere un decidido apoyo de la Administración en la facilitación de medios técnicos y financieros. Cuando ésta sea insuficiente para mantener el nivel debido de seguridad e higiene se deberá proceder al cierre del centro de trabajo por vía directa o indirecta - vía sancionadora pecuniaria - y a garantizar a los trabajadores perjudicados salidas profesionales o económicas a la nueva situación de desempleo. El mantenimiento de la actividad productiva y de los puestos de trabajo que la mantienen, de indiscutible valor social, encuentra en el respeto a un determinado nivel de seguridad e higiene en el trabajo uno de sus límites infranqueables. Los argumentos de tipo económico no pueden primar sobre la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores. Nuestro país conoce dolorosamente las consecuencias que implica el minifundismo en la industria minera⁵³.

⁵¹ Comunicación de la Comisión 88/C28/02 (DO C 28, de 3.2.88). En el análisis empírico de SCHUTZBACH sobre 90 sanciones penales en relación con accidentes de trabajo en el Estado de Baden-Württemberg entre 1.974 y 1.978 se muestra que las empresas implicadas son principalmente pequeñas y medianas (cit., p. 30).

⁵² Art. II E).

⁵³ La mecanización en las minas de Asturias alcanza hoy tan sólo un 30% de la actividad, mientras que en la R. F. A. y en el Reino Unido supone un 90% (cfr. El País Domingo, 7.1.90, p. 6). El 80% de las 194 empresas mineras de Castilla - León, con 13.000 trabajadores en total, mantiene una plantilla inferior a las 50 personas, que tan sólo producen el 11% del carbón de la provincia y sin embargo la mayor parte de los accidentes laborales mortales (cfr. en El País, 17.7.86, p. 20; Ya, 4.8.86, p. 12, que concluye que "sólo en la cuenca minera de El Bierzo existen 'más agujeros' que en toda la Europa comunitaria").

En relación con la labor de promoción de la Administración se han de mencionar dos aspectos estructurales de relevancia fundamental para la seguridad e higiene en el trabajo. El primero radica en el fortalecimiento de los sindicatos, de su capacidad técnica y de su penetración en la empresa. Si uno de los rasgos fundamentales de la seguridad e higiene en el trabajo es su conflictividad⁵⁴, su protección pasará por la facilitación de cauces a quien, por su posición en el conflicto, quiere proteger y, por su situación no subordinada, puede hacerlo⁵⁵. Otra política esencial de favorecimiento de la

⁵⁴ Vid. *supra* I.3.3.

⁵⁵ FERRAJOLI insiste en la necesidad de organizaciones médicas al servicio de los sindicatos ("Defensa de la salud en la fábrica y artículo 9 del estatuto de los trabajadores", en AA. VV., "La salud de los trabajadores", *cit.*, pp. 117 y s.; también, implícitamente, KONSTANTY Y REMMEL, *op. cit.*, p. 73). ESPASA OLIVER (IU-IC) llamó la atención en el Congreso de los Diputados acerca de la importancia que tiene para la protección de la salud el que los servicios médicos de empresa no dependan del empleador (Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, nº 200 - 20.6.89 -, p. 11.331). El artículo 7 de la proposición de ley de servicios de salud en el trabajo (IU-IC) indicaba que "se asegurará la independencia profesional del personal sanitario respecto de la empresa y de los trabajadores" (BOCG, Congreso de los Diputados, serie B, nº 140.1 - 10.2.89 -; *vid.* también el art. 26.4). En el IX Congreso Nacional de Medicina, Higiene y Seguridad del Trabajo, la Unión Sindical de Madrid de Comisiones Obreras (Asesoría de Seguridad e Higiene y Salud Laboral) reclamaba una amplia socialización de los conocimientos científicos para posibilitar el control obrero de las condiciones de trabajo ("Resúmenes de comunicaciones, libros y posters", Palma de Mallorca, octubre de 1.980, p. 177).

Acerca de la importancia de la toma de conciencia de las organizaciones sindicales y del esfuerzo de éstas para la concienciación de los trabajadores en torno a las posibilidades jurídicas de protección de la seguridad e higiene en el trabajo llaman la atención LE FRIANT (*op. cit.*, p. 75) y SMURAGLIA ("Diritto penale...", *cit.*, p. 138; "La tutela penale...", *cit.*, pp. 361, 364). ESPASA OLIVER indicaba en el Congreso que "existe hoy día en Europa, en la Comunidad, un concepto de salud laboral que prima el protagonismo de los agentes sindicales en la prevención y promoción de la salud y de la seguridad en el trabajo" (Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación

seguridad e higiene en el trabajo será la de incentivación de la estabilidad en el empleo. Con ello no sólo se contribuye a una mejor formación del trabajador sino que, al reforzar su posición en la empresa, se fortalece su capacidad de denuncia de las situaciones antijurídicas⁵⁴.

Permanente, nº 197 - 30.5.89 -, p. 11.230). BIANCHI D'URSO destaca, como factor de disfunción en los mecanismos de detección y represión de las infracciones, la insuficiente relación del aparato inspector con la organización sindical en la fábrica (op. cit., p. 155, n. 188). Destacan también la necesidad de una mayor intervención de los sindicatos y del comité de empresa en los programas de seguridad, KONSTANTY Y REMMEL (op. cit., p. 81). En Gran Bretaña tienen los mineros desde 1.872 el derecho estatutario de nombrar representantes para la inspección de las minas. En 1.954, el *Mines and Quarries Act* (Ley de minas y canteras) extendió este derecho a todos los empleados en minas y canteras. Los representantes son nombrados por los sindicatos y tienen derecho a llevar a cabo una inspección al menos una vez al mes y a investigar los accidentes y los sucesos peligrosos. En 1.970 los representantes de los trabajadores hicieron más de 5.500 inspecciones en minas de carbón y más de 30 en canteras. Provisiones similares se contienen en la legislación sueca (cfr. "Safety and Health...", cit., p. 19, pfo. 60).

⁵⁴ Se trata así en no tanto de "diseñar formas abstractas de garantía como de definir situaciones de utilización real de los instrumentos jurídicos predispuestos" (BIANCHI D'URSO, op. cit., p. 69). Para UGT "es la precarización el principal factor causal del deterioro de las condiciones de seguridad (...). La inestabilidad laboral que los términos del contrato precario suponen, obliga a estos trabajadores a adoptar resignadamente (es realmente cínico hablar de libertad de elección en estas circunstancias) cualesquiera condiciones de trabajo que se les impongan: exceso de horas, ritmos altos, horarios atípicos, asignaciones a puestos de trabajo más penosos y peligrosos, trabajos urgentes o nuevas actividades. Esta situación contractual impide desarrollar una formación suficiente para poder reducir el riesgo de accidente y, a su vez, les disuade de participar junto con sus compañeros en las acciones para defender la salud" (Gabinete de Salud Laboral de UGT, "Evolución social...", cit., p. 120; en sentido similar se manifiesta el Gabinete de Salud Laboral de CC.OO. - vid. en *El País* 6.3.89, p. 22). KONSTANTY Y REMMEL demuestran que en el período 1.949 - 1.974 coinciden las épocas de recesión económica con las cifras más bajas de denuncias por accidentes de trabajo (op. cit., p. 63). En España el número absoluto de trabajadores precarios fue de 1.226.800 en 1.987 (15'6% del total de trabajadores), de 1.851.300 en 1.988 (22'4%) y de 2.334.700 (26'5%) en 1.989 (fuente: CC. OO., "Indicadores de costes...", cit., p. 4, que cita la encuesta de población activa del INE; los datos corresponden al segundo trimestre de cada año). La directa relación entre accidentes de trabajo y empleo eventual fue puesta de manifiesto por el ESPASA OLIVER (IU-IC) en el Congreso de los Diputados (BOCG, Congreso de los Diputados, serie B, nº 140.1 - 10.2.89 - pp. 11.229s.). GOZALO VAQUERO propone incluso la prohibición de los contratos eventuales

b) La mejora de la protección de la seguridad e higiene en el trabajo requiere una interpretación jurisprudencial de los límites del deber de obediencia y del derecho de resistencia más clara y más acorde con el carácter contractual de la prestación de seguridad del empleador y con una concepción del poder de dirección no autoritaria, en consonancia con nuestro sistema constitucional de valores⁵⁷. Si aquellos límites han de ser "contingenciales"⁵⁸, parece claro que en nuestra materia, por su repercusión en los bienes más fundamentales de los trabajadores, repugna un deber "inicial" de obediencia en los casos de órdenes empresariales antijurídicas⁵⁹.

para determinados trabajos (op. cit., p. 42). Diversos estudios estadísticos realizados en Francia estiman que la sobreaconteabilidad de los trabajadores interinos ronda el 50%. Frente a estos resultados el Parlamento francés adoptó, en el marco de la Ley de Favorecimiento de la Estabilidad en el Empleo, diversas medidas tendentes a mejorar la seguridad de los trabajadores con contratos temporales: formación especial previa a la prestación; consulta de los puestos de trabajo a cubrir por este tipo de trabajadores al médico de la empresa y al comité de higiene, seguridad y condiciones de trabajo; posibilidad de que el Ministerio de Trabajo prohíba la temporalidad de ciertos trabajos (cfr. en Janus, 4, pp. 10 y s.). Como afirmaba NEVOIGT, "la experiencia nos dice que los más débiles y los más pobres encuentran más difícil el camino a la protección jurídica (...). Esto no puede ser un argumento para dudar de la protegibilidad de la fuerza de trabajo, sino que puede exhortar a confirmar su protección del modo más completo y eficaz posible" (op. cit., p. 147).

⁵⁷ Cfr. RODRIGUEZ PINERO, "Obediencia debida y desobediencia justificada", en RL, 1.988, I, pp. 12, 16.

⁵⁸ Cfr. RODRIGUEZ PINERO, op. cit., p. 18 y s.

⁵⁹ El artículo 19 del borrador de proyecto de ley sobre prevención de riesgos para proteger la salud en el trabajo (en adelante, Borrador) dice, en su apartado 5º, que el trabajador tendrá el derecho de "paralizar su actividad en el caso de existencia de un riesgo grave e inminente para la salud del trabajador del que éste hubiese informado a su superior jerárquico, y a pesar de ello no se hubiesen adoptado las necesarias medidas correctivas. En tales casos no podrá pedirse a los trabajadores que reanuden su actividad mientras persista el riesgo denunciado; caso de discrepancia entre el empresario y el trabajador, cualquiera de los dos podrá acudir ante

La piedra angular de una protección más eficaz en materia de seguridad e higiene es una regulación menos restrictiva y más precisa del ejercicio del derecho de resistencia colectivo, pues supone este mecanismo la entrega de un auténtico contrapoder en el interior de la empresa a quienes están auténticamente interesados en la protección de un bien conflictivo⁶⁰. Desde un punto de vista subjetivo se debería otorgar la posibilidad de acordar la paralización tanto al comité de seguridad e higiene como a los representantes del personal, sin exigir a la decisión de éstos una mayoría cualificada en los supuestos de vulneración muy grave de la normativa de seguridad (art. 11 LISOS) y en los de riesgo grave e inminente. En los casos de vulneración grave (art. 10 LISOS), a los que debería extenderse la posibilidad de paralización, podría

la Autoridad Laboral por el procedimiento previsto en el artículo 33 de esta ley".

⁶⁰ VILLA GIL considera que estamos ante una competencia interdicta del comité de empresa ("La participación de los trabajadores en la empresa", Madrid - Instituto de Estudios Económicos-, 1.980, pp. 129 y s.). Para GONZALEZ ORTEGA "la posibilidad de paralizar la actividad de la empresa por razones de seguridad y a iniciativa de los representantes de los trabajadores no puede sino considerarse una facultad excepcional de origen legal, expresión máxima de una competencia de control sobre la empresa y más cercana a una facultad de policía y de tutela general de la salud sólo que encomendada, y en ello reside la excepcionalidad, a los representantes de los trabajadores y no al propio empresario ya que no es titular del bien jurídico afectado, con frecuencia el origen del riesgo se encuentra en su propia actitud y la desaparición del mismo choca con el obstáculo de su resistencia a eliminarlo" ("Derecho a la salud...", cit., p. 93). FERNANDEZ LOPEZ considera que esta medida "supone la sustitución parcial del empleador en la determinación de un aspecto tan fundamental para el funcionamiento de la organización como es si la propia actividad de ésta debe cesar o no. Es una medida cuya titularidad original podía ser perfectamente del empleador, adoptada por los representantes de los trabajadores, de ahí su excepcionalidad y la cantidad de garantías de que viene rodeada" ("Algunos problemas de las Sentencias del caso Alúmina - Aluminio", en Temas Laborales, 13, 1.987, p. 94).

compensarse la ampliación de los supuestos de posibilidad de ejercicio del derecho con la exigencia de una mayoría cualificada de los representantes del personal y con el condicionamiento de esta facultad de acuerdo a la no prosperidad de la iniciativa emprendida por el comité de seguridad e higiene debido al empate en la votación entre sus miembros. En todo caso la paralización encontraría sus recios límites objetivos en las prestaciones afectadas por el riesgo antijurídico y en la duración de éste. Lo colectivo hace referencia al sujeto de la decisión, no al titular de la prestación que se inhibe. Sostener lo contrario sería convertir este mecanismo en una forma de ejercicio del derecho de huelga⁶¹.

Las pocas experiencias de recurso al 19.5 ET sugieren la necesidad de mayores garantías para su ejercicio⁶². En los supuestos de vulneración grave debería mediar requerimiento previo de la prestación de seguridad incumplida y aviso de paralización; el empresario podría acudir a la autoridad laboral para que anule o ratifique el acuerdo en un plazo breve; deberían establecerse los

⁶¹ SOMA-UGT y CCOO piden que se atribuya a la figura del delegado minero de seguridad la prerrogativa de paralización de la labor cuando estime que ésta es peligrosa (cfr. en El País, 3.1.90).

⁶² Vid. la STS de 30.1.89 (Ar. 316) sobre el famoso caso Alúmina - Aluminio y el comentario a las sentencias previas a la misma de FERNANDEZ LOPEZ (op. cit., pp. 85 y ss.); el fallo del Tribunal Supremo consideró que en el supuesto enjuiciado hubo un exceso temporal en el mantenimiento de la paralización (FJ 12º de acuerdo con ello, FERNANDEZ LOPEZ, op. cit., pp. 95 y s.); en su voto particular se posicionó en contra de esta consideración el magistrado BRIS MONTES (FPJJ 5º y 7º). Vid. también la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Valladolid, de 14.5.90 (RL, 1.990, 13, pp. 83 y ss.).

servicios mínimos necesarios para no causar daños desproporcionados o irreparables a la producción, siempre, naturalmente, que la prestación de los mismos no implique una relevante peligrosidad. En caso de infracción muy grave o riesgo grave e inminente debería comunicarse inmediatamente la decisión al empresario, que podría acudir a la autoridad laboral en los términos y con los fines antes descritos; la reanudación de la actividad sólo podría ser acordada por los órganos que decidieron sus suspensión, por la autoridad laboral o por el empresario con acuerdo del comité de seguridad e higiene⁶².

C) La eficacia de un sistema de sanciones negativas se apoya en la aflictividad de las mismas para los potenciales interesados en la contravención, por una parte, y en la probabilidad de que su conducta sea efectivamente detectada y su responsabilidad exigida, por otra. A pesar del juicio de ineficacia emitido, nuestro sistema ofrece desde luego buenos argumentos en ambos campos. Por una parte las sanciones, sensiblemente incrementadas en relación con la

⁶² El tema queda así regulado en el Borrador: "El Comité de Seguridad e Higiene tendrá las siguientes competencias: (...) Acordar la paralización de las actividades si el riesgo de daños para la salud de los trabajadores fuese grave e inminente, debiendo este acuerdo ser comunicado de inmediato al empresario. Caso de discrepancia del empresario con el acuerdo de paralización se podrá acudir a la Autoridad laboral para que, en el plazo máximo de 24 horas anule o ratifique la paralización. Mediante el mismo procedimiento los representantes del personal podrán solicitar ante la Autoridad laboral la paralización de actividades, en el caso de que el acuerdo sobre paralización no se hubiese obtenido en el seno del Comité de Seguridad y Salud como consecuencia de empate en la votación" (art. 33).

OGSST⁶⁴, pueden ser de hasta quince millones de pesetas (art. 37 LISOS) e implicar el cierre definitivo del centro de trabajo (art. 39 LISOS), cuantía aquella que, si bien corresponde a una multa que se dirige normalmente a personas jurídicas y por lo tanto a conjuntos de personas cuya responsabilidad patrimonial es además casi siempre limitada, supera en mucho la cuantía máxima de casi todas las multas penales⁶⁵. Por otra parte, encuentran lugar en el sistema ciertos rasgos tendentes a posibilitar, facilitar o asegurar la aplicación de la sanción: en comparación con el proceso penal, el procedimiento de imposición es relativamente simple (arts. 50 y ss.) y el plazo de prescripción, amplio (tres años, según el art. 4 LISOS) - el de las faltas es de dos meses (art. 113) -; el contenido del acta de la Inspección de Trabajo se presume cierto (art. 52.2 LISOS); y los principios destinados a perfilar la concreta responsabilidad se relajan y agilizan - como lo demuestra claramente la sanción a las personas jurídicas (arts. 2 y 5 LISOS) y la ausencia de reglas precisas de apreciación de las circunstancias (art. 35 LISOS) -.

La necesaria reforma del mecanismo administrativo sancionador en busca de unas mayores cotas de eficacia no puede centrarse en el primero de los aspectos, en la cuantía de las sanciones; su elevación despertaría reproches de

⁶⁴ Un 900% en las leves, un 400% en las graves y un 2.900% en las muy graves (cfr. GARCÍA BLASCO, "Infracciones y sanciones..", *cit.*, pp. 154 y s., n. 77).

⁶⁵ El art. 63.2.4.3. del R. D. 2.519/82, de 12 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección Sanitaria contra Radiaciones Ionizantes prevé una multa de ;hasta 100 millones de pesetas!

ilegitimidad porque vulneraría el criterio de proporcionalidad y porque constituiría auténticas sanciones penales bajo la etiqueta de multas administrativas. El limitado efecto preventivo de las sanciones impuestas, derivado de su carácter pecuniario, sólo puede combatirse con el mantenimiento, para los supuestos más graves, de la intervención penal⁶⁶.

La parcial ineficacia preventiva del sistema se debe también, al alto número de infracciones que quedan sin sancionar. Este hecho puede atascarse con una intensificación de los controles internos y externos de las condiciones de trabajo.

El refuerzo de los controles internos pasa, en primer lugar, por el reconocimiento expreso de un amplio derecho a la información y a la inspección en materia de seguridad de los representantes unitarios, sindicales y especializados de los trabajadores⁶⁷; en segundo lugar, por el reconocimiento expreso para los representantes de los trabajadores en el comité de seguridad e higiene de las garantías del artículo 68 ET⁶⁸; en tercer lugar, por el carácter democrático y representativo del vigilante de seguridad o de la figura que le sustituya⁶⁹.

⁶⁶ Vid. *infra* V.7.2.2.b.

⁶⁷ Vid. *infra* V.2.3.1.

⁶⁸ Vid. *infra* V.2.3.2.

⁶⁹ Vid. *infra* V.2.3.2.

Se han de incrementar en la medida de lo posible los recursos personales y materiales de la Inspección de Trabajo, que deberá concentrarse especialmente en las actividades más arriesgadas⁷⁰. Asimismo debe la Administración acentuar su rigor en la imposición de sanciones, sin reparar en pretendidas justificaciones financieras de la empresa y sin bagatelizar la gravedad de los comportamientos por el simple dato de la buena situación social de sus agentes o la funcionalidad económica de la transgresión. Desgraciadamente la LISOS ha perdido la oportunidad de obstaculizar las actuaciones sancionadoras excesivamente benignas, pues omite toda regla precisa de aplicación de las ya de por sí ambiguos criterios de graduación de la sanción⁷¹.

D) Los requisitos que impone el criterio de legitimidad democrática al Derecho Penal son también válidos, por las mismas razones, para el Derecho Administrativo sancionador. Este sector normativo forma parte del Derecho sancionador y, por lo tanto, en cuanto ordenación restrictiva de libertad que prevé para sus infractores medidas privativas de derechos, queda sometida también para su justificación a las exigencias que sistematizábamos en tres niveles: protección de una condición de libertad del sistema, necesidad de la intervención, adecuación de la forma de intervención a los principios esenciales de legalidad, culpabilidad, igualdad y proporcionalidad⁷². El TRIBUNAL CONSTITUCIONAL declara

⁷⁰ Vid. *Infra* V.2.2.

⁷¹ La cuantía media estimada de las sanciones administrativas impuestas en materia de seguridad e higiene en el trabajo fue de 98.469 en 1.968 (según datos de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social).

⁷² Sobre la unidad del ordenamiento punitivo, cfr. CASABO RUIZ, comentario al art. 26.3, en CORDOBA RODA, RODRIGUEZ MOURULLO, TORO MARZAL y CASABO RUIZ, "Comentarios al Código Penal", II, Barcelona - Caracas - México (Ariel), 1.972, pp. 99 y ss.; PRIETO SANCHIS, "La jurisprudencia constitucional y el problema de las

en la fundamental sentencia de 8 de junio de 1.981: "los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad)"⁷³.

La conformidad del Derecho sancionador de las infracciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo a los principios esenciales informadores del Derecho sancionador de un Estado democrático quiebra por el no respeto de la LISOS a las vertientes procedimental (a) y sustantiva (b) del principio de culpabilidad.

a) La sociología y la práctica indican que los ilícitos penales son mucho más frecuentes que los ilícitos administrativos. Ello se debe, probablemente, a factores como el menor desvalor ético que implican éstos - o, si se quiere, a la menor influencia de otros mecanismos de control social - y a la menor eficacia preventiva del sistema administrativo sancionador. A esta mayor frecuencia de los ilícitos administrativos, que no puede ser combatida con sanciones más graves por la vigencia del principio de proporcionalidad, se responde con un procedimiento más breve y expeditivo, menos costoso para el Estado⁷⁴ y que asegura más la aplicación de la sanción que el proceso penal - plazos de prescripción mayores, régimen de suspensión de la sanción más severo⁷⁵ -.

sanciones administrativas en el Estado de Derecho", en REDC, 4, 1.982, pp. 99 y ss.

⁷³ RA 13, FD 2º, BJC aist. 1.982-1, p. 29.

⁷⁴ El preámbulo de la LO 3/89, de 21.6, de Actualización del Código Penal, comentaba, en relación con las faltas, lo siguiente: "Las que en su día fueron llamadas 'delitos veniales' integran un cuerpo de infracciones pensales de excesiva amplitud. A ello se añaden las imaginables consecuencias de agolpamiento ante los Tribunales de Justicia de muchos pequeños problemas que no merecen ciertamente el dispendio de tantos esfuerzos de los poderes públicos".

⁷⁵ Como señalan GARCIA DE ENTERRIA y T. R. FERNANDEZ, parece ciertamente intolerable desde el punto de vista del respeto a los derechos a la presunción de inocencia y a la efectiva tutela judicial (art. 24.2 CE) que la interposición de un recurso jurisdiccional no suspenda necesariamente la ejecución de la sanción administrativa (en E. GARCIA DE ENTERRIA y T. R. FERNANDEZ, "Curso de Derecho Administrativo", cit., p. 169). La limitación de la suspensión a los supuestos de sanciones pecuniarias reguladas por la Ley de Orden Público carece de toda justificación. La Ley 26/78, de 26.12, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, indica (art. 7.5) que "la interposición del recurso

Esta simplificación procedimental se justifica por su necesidad, pero ha de respetar el contenido esencial de los derechos a la presunción de inocencia, a la defensa y a la efectiva tutela judicial⁷⁶.

La LISOS parece indicar que la presunción de inocencia queda desbaratada por las actas de la Inspección de Trabajo, que no poseen el valor de mera denuncia, sino que están "dotados de presunción de certeza respecto de los hechos reflejados en los mismos, que hayan sido constatados por el Inspector actuante, salvo prueba en contrario" (art. 52.2); ataca también el citado principio la no previsión de suspensión de la sanción con la interposición de los recursos administrativos y jurisdiccionales pertinentes (art. 53)⁷⁷. El TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sin embargo, declara la constitucionalidad de un artículo similar al artículo 52.2 de la LISOS, el 145.3 de la Ley General Tributaria⁷⁸, siempre que se interpreta en el sentido

contencioso-administrativo suspenderá, en todo caso, la resolución administrativa cuando se trate de sanciones pecuniarias reguladas por la Ley de Orden Público, sin necesidad de afianzamiento o depósito alguno ni de los dictámenes a que se refiere el apartado anterior". El TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (STC 8.684; sala 1ª, recurso de amparo 487/83, B.O.E. 19.6.84, ponente: Arozamena Solerria) afirmó, en relación con la posible vulneración del art. 24, que "el derecho a la tutela se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión". La timidez de esta postura ha sido destacada por la doctrina (GARRIBI LLOBREGAT, "La aplicación de los derechos...", *cit.*, pp. 146 y ss.; LOPEZ RAMON, "Límites constitucionales a la autotutela administrativa", en RAP, 115, 1.988, pp. 72 y ss.; SANZ GANDANSEGUI, "La potestad sancionadora de la Administración: la Constitución española y el Tribunal Constitucional", Madrid - Ederse -, 1.986, p. 187; SUAY RINCON, "Sanciones administrativas", *cit.*, pp. 189 y s.), que indica que ya el Tribunal Supremo había llegado más lejos al exigir el aplazamiento de la ejecutividad de la sanción hasta el agotamiento de la vía administrativa (SSTS 26.3.86 - Ar. 1.160 -, 27.3.86 -Ar. 1.527 -, 11.6.86 -Ar. 3.390-, 20.6.86 -Ar. 3.583-).

⁷⁶ "Es doctrina reiterada de este Tribunal que las garantías que este precepto constitucional impone por relación directa al proceso penal son igualmente aplicables al procedimiento administrativo sancionador, en tanto que manifestación del *ius puniendi* del Estado, y en la medida en que sean compatibles con la naturaleza de este tipo de procedimiento" (STC 29/89, de 6.2, RA 981, FD 6º).

⁷⁷ A BAJO FERNANDEZ y MENDOZA BUERGO no les parecerían recusables estas prerrogativas procesales si el poder sancionador estuviera en manos del poder judicial, pues quedarían justificadas por la defensa de la función pública encomendada a la Administración ("Hacia una ley de contravenciones...", *cit.*, p. 587).

⁷⁸ "Las actas y diligencias expendidas por la Inspección de los Tributos tienen naturaleza de documentos públicos y hacen prueba de los

de que lo único que constata el legislador es que las actas y las diligencias de la Inspección son un modo de prueba, sin que, en consecuencia, suponga el precepto una inversión de la carga de la prueba ni un ataque al principio de libre valoración de la misma¹⁹.

b) Razones de eficacia, amparadas en la menor trascendencia de sus consecuencias, explican la modificación en nuestro Derecho Administrativo sancionador de algunos de los principios, técnicas y estructuras que informan el Derecho Penal. Nuestros preceptos administrativos sancionadores no suelen contemplar, por ejemplo, la exigencia de la concurrencia de culpabilidad, ni un catálogo de causas de justificación y de exculpación, ni una circunstanciada aguilatación del contenido de injusto y de culpabilidad y de la aportación del sujeto al

hechos que motiven su formalización, salvo que se acredite lo contrario." Como afirma GARDERÍ LLOBREGAT, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional afecta también al art. 52 de la LISOS y a "todas aquellas referencias legislativas que consagren la denominada 'presunción de veracidad' de los actos administrativos en materia sancionadora" ("Derechos fundamentales de incidencia penal y procesal en la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 26 de abril sobre constitucionalidad de determinados preceptos de la Ley General Tributaria", en PJ, 19, 1.990, p. 213 y n. 38).

¹⁹ STC 76/90, de 26.4. (RI 695/85 y CI 889 y 1.960/88; ponente: Leguina Villa). El FJ 8 B afirma que "no puede suscitar ninguna duda que la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas (...). Ha de acquirirse a limine que el artículo 145.3 LGT establezca una presunción legal que dispense a la Administración, en contra del derecho fundamental a la presunción de inocencia, de toda prueba sobre los hechos que constan en las actas y diligencias de la Inspección tributaria, cuyo valor o eficacia ha de medirse a la luz del principio de la libre valoración de la prueba". BAJO FERNÁNDEZ critica la resolución del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: "Toda la argumentación de la sentencia del Tribunal Constitucional va dirigida a interpretar el precepto de un modo contrario a su propio sentido y al tradicional entendimiento de las presunciones legales, como si se tratara de eludir a toda costa reconocer la razón que le asiste al recurrente, es decir, como si se tratara a toda costa de evitar ceder ante las pretensiones del recurso declarando inconstitucional algún precepto de la Ley General Tributaria." "Hubiera sido menos traumático", concluye, "para la Ciencia Jurídica, para el prestigio del Tribunal Constitucional y para el cumplimiento de las funciones que le incumben en el orden social y político, haber utilizado el bisturí de la inconstitucionalidad del precepto que no el bálsamo sedante de esta inesperada interpretación" ("Presunción de inocencia, presunción legal y presunción judicial o prueba de indicios", en La Ley, 2.664 (22.1.91), pp. 1, 2.

resultado disvalioso⁸⁰. Tampoco suelen prever una específica regulación de los supuestos concursales o de la trascendencia del error del sujeto agente de la conducta⁸¹. La relajación de las afinadas técnicas penales de determinación del injusto, la culpabilidad y la pena tiene, sin embargo, su infranqueable límite en la inviolabilidad de los esenciales principios de legalidad, igualdad y culpabilidad. El criterio democrático de legitimidad y nuestra Constitución rechazan por tanto, al menos, la imposición de sanciones administrativas por comportamientos no previstos en una norma con rango de ley⁸²; las

⁸⁰ En los ordenamientos alemán, italiano y portugués se contemplan en una norma general estas cuestiones. Así, en el Decreto-Ley de Contravenciones portugués se regula minuciosamente la culpabilidad (art. 11), el error (art. 9), las formas imperfectas de ejecución (art. 12ss.), las formas sancionables de participación (art. 16), el concurso de infracciones (art. 19ss.) (cfr. BAJO FERNANDEZ Y MENDOZA BUERGO, "Hacia una ley de contravenciones...", *cit.*, pp. 588 y ss.; el texto traducido del Decreto - Ley se encuentra a continuación de este artículo, pp. 591 y ss.). También la Ley 699/81 Italiana dedica preceptos a la culpabilidad (arts. 1 y ss), al error (art. 3.2), a las causas de exención de la responsabilidad (art. 4), a la participación (art. 5) y al concurso (arts. 8 y s.). La Ley de Infracciones Administrativas alemana (OWIG) establece el principio de culpabilidad (art. 10); regula los efectos del error (art. 11), la sancionabilidad de la tentativa (art. 13) y de ciertas formas de participación (art. 14); indica expresamente que tanto la legítima defensa (art. 15) como el estado de necesidad (art. 16) eximen de responsabilidad; y enuncia las reglas de determinación de la pena para los supuestos concursales (arts. 19 y 20).

⁸¹ Para GARBERI LLOBREGAT "la estimación minuciosa de la culpabilidad colisiona frontalmente con las exigencias de celeridad que demanda el procedimiento administrativo sancionador (...). El estudio de la intencionalidad o negligencia (...) haría caer al procedimiento administrativo en idénticos defectos (lentitud, dilación...) que los que hoy aquejan a nuestra Justicia Penal" (*op. cit.*, pp. 92 y s.). El artículo 1.2 del Decreto - Ley de Contravenciones portugués parece admitir la posibilidad de una responsabilidad objetiva ("La ley determinará los casos en que una contraordenación puede ser imputada independientemente del carácter reprochable del hecho"; cfr. BAJO FERNANDEZ Y MENDOZA BUERGO, "Hacia una ley de contravenciones...", *cit.*, pp. 589 y s.).

⁸² En este sentido: BAJO FERNANDEZ y MENDOZA BUERGO, "Hacia una ley de contravenciones...", *cit.*, pp. 577 y s.; COBO DEL ROSAL y BOIX REIG, "Garantías constitucionales del Derecho sancionador", en "Comentarios a la legislación penal", I ("Derecho penal y Constitución"), Madrid (Edersa), 1.982, p. 198; PRIETO SANCHIS, *op. cit.*, p. 108; SUAY RINCON, "Sanciones administrativas", *cit.*, pp. 171 y ss. La STC 42/1.987, de 7.4 (FJ 2º, BJC sist. 1.987, p. 163), indica que "el alcance de la reserva de ley establecida en el artículo 25.1 no puede ser tan estricto en relación con la regulación de las infracciones y sanciones administrativas como por referencia a los

cláusulas abiertas o indeterminadas en la descripción de los ilícitos administrativos⁸³; la interpretación

tipos y sanciones penales en sentido estricto, bien por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, bien por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias (STC 2/87, de 21 de enero), bien, por último, por exigencias de prudencia y oportunidad que pueden variar en los distintos ámbitos de ordenación territorial (STC 87/85, de 16 de junio) o materiales". Y concluye que "debe reputarse contrario a las mencionadas exigencias constitucionales no sólo la regulación reglamentaria de infracciones y sanciones carente de toda base legal, sino también en el ámbito de las relaciones de sujeción general, la simple habilitación a la Administración, por norma de rango legal vacía de todo contenido material propio para la tipificación de los ilícitos administrativos y las correspondientes consecuencias sancionadoras". La STC 3/88, de 21.1 (FJ 9º, BJC nist. 1.988, p. 149), por su parte, aclara que el art. 25.1 de la Constitución "determina la necesidad de cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal, pero no excluye que esa norma contenga remisiones a normas reglamentarias, siempre que en aquella queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica (de tal manera que sólo sean infracciones las acciones u omisiones subsumibles en la norma con rango de ley) y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer". La STC 20/89, de 6.2 (RA 981, FD 2º), indica que "en concreto, por lo que se refiere a las infracciones que se comentan en el ámbito de las relaciones de supremacía general, que es el supuesto que ahora se enjuicia, el artículo 25.1 de la Constitución resulta vulnerado cuando la regulación reglamentaria de infracciones y sanciones carece de toda base legal y también cuando se adopta en virtud de una habilitación a la Administración por norma de rango legal carente de todo contenido material propio, por lo que se refiere a la tipificación de los ilícitos administrativos y las correspondientes consecuencias".

⁸³ La STC 62/92, de 16.10, afirma (FJ 7º): "Es cierto que el principio de tipicidad al que responde el precepto (art. 25.1 de la Constitución) está íntimamente conectado con el de seguridad jurídica, y es cierto también que el legislador, para conseguir la finalidad protectora que persigue el Derecho Penal, debe hacer el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos. Pero, dicho lo anterior, ello no supone que el principio de legalidad quede infringido en los supuestos en los que la definición del tipo interpone conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación, máxime en aquellos supuestos en los que los mismos responden a la protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional en que se inserta nuestra Constitución, de acuerdo con su artículo 10.2, y en supuestos en que la concreción de tales bienes es dinámica y evolutiva y puede ser distinta según el tiempo y el país de que se trate; ello sin perjuicio de que la incidencia sobre la seguridad jurídica, en los casos en que se produzca, debe tenerse en cuenta al valorar la culpabilidad y en la determinación de la pena por el Tribunal". La STS 10.11.96 (3ª, Ar. 6.847) declaró nulo el RD 2.347/85, que desarrollaba el art. 57 del Estatuto de los Trabajadores, por la vulneración de los derechos de legalidad y tipificación establecidos en el art. 25.1 de la

extensiva o analógica de los tipos administrativos⁸⁴; la imposición de sanciones administrativas a sujetos inimputables, o que hayan realizado el hecho típico justificadamente - según las cláusulas generales del Código Penal -, o sin concurrir al menos culpa⁸⁵; la duplicidad de sanciones, penal y administrativa, por la comisión de un mismo hecho por el mismo sujeto y por idéntico fundamento⁸⁶.

La LISOS tiene su origen en el Real Decreto 2.347/85, de 4 de diciembre, que desarrollaba el artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores y que fue declarado nulo

Constitución. El FJ 2º afirma que "la tipificación normativa previa de conductas sancionables ha de realizarse a través de igual mecanismo legal (Ley formal), sin que sean suficientes amplias y vagas remisiones abstractas mediante descripciones carentes de toda precisión". Cfr., por ejemplo, GARCIA DE ENTERRIA y T. R. FERNANDEZ, "Curso...", II, cit., pp. 165 y ss.; MESTRE DELGADO, "La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública", en AA. VV., "Estudios sobre la Constitución española", III, Madrid (Civitas), 1.991, pp. 2.523 y ss.; PRIETO SANCHIS, op. cit., p. 109.

⁸⁴ En este sentido, BAJO FERNANDEZ y MENDOZA BUERGO ("Hacia una ley de contravenciones...", cit., p. 680) y SUAY RINCON ("Sanciones administrativas", cit., pp. 182 y s.).

⁸⁵ Cfr. GARCIA DE ENTERRIA y T. R. FERNANDEZ, "Curso...", II, cit., p. 167; REY GUANTER, "Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social", Madrid (MTSS), 1.990, p. 74. NIETO GARCIA indica que la jurisprudencia más moderna se mueve de ordinario en unas declaraciones de principio enormemente ambiguas, aunque suele inclinarse por la tesis de la responsabilidad objetiva "adornada, eso sí, con toda clase de matizaciones y cautelas" ("Los principios de tipicidad y culpabilidad en las infracciones en materia de consumo", Estudios sobre consumo, 3, 1.984, pp. 156 y s.). GARBERRI LLOBREGAT señala tres posturas de doctrina y jurisprudencia: "Para una primera corriente de opinión, dicho ordenamiento no exige que la determinación de las consecuencias sancionadoras se fundamente en la responsabilidad jurídica derivada de la culpabilidad personal (...). Otra línea, por el contrario, apunta claramente por la implantación del principio de culpabilidad a la potestad sancionadora de la Administración, por considerarlo esencial para la existencia del ilícito administrativo (...). Por último, a medio camino entre ambas se sitúan quienes opinan que, a pesar del carácter predominantemente objetivo del Derecho administrativo sancionador, son reconocidas las conexiones del mismo con el sancionador común, o Derecho penal, en el que el elemento subjetivo del infractor es un factor importante" ("Derechos fundamentales...", cit., p. 201).

⁸⁶ En este sentido, SSTC 30.1.81 (sala 1ª, recurso de amparo 90/80, B.O.E. 24.2.81, ponente: Díez de Velasco Vallejo) y 3.10.83 (sala 2ª, recurso de amparo 366/82, B.O.E. 7.11.83, ponente: Díez Picazo). Cfr., por ejemplo, PRIETO SANCHIS, op. cit., pp. 115 y ss.; REY GUANTER, "Potestad sancionadora...", cit., pp. 79 y ss.

por el Tribunal Supremo por su contrariedad a los principios constitucionales de legalidad y tipicidad⁶⁷. La adecuación de la nueva norma a los citados principios no vino acompañada de una análoga adecuación al principio de culpabilidad⁶⁸. En efecto,

⁶⁷ Cfr. ESCUDERO RODRIGUEZ, "El nuevo marco legal de la potestad sancionadora de la Administración en el orden social", en RL, 1.988, 11, pp. 39 y ss; REY GUANTER, "Potestad sancionadora...", cit., pp. 168 y s.; RODRIGUEZ SANUDO, "Nueva regulación de las infracciones y sanciones en el orden social", en RL, 1.988, 13, pp. 11 y ss.

⁶⁸ Afirma REY GUANTER: "Lo que es evidente es que la LISOS se ha pronunciado por la línea tradicional de no exigir el elemento de la culpabilidad para la conceptualización de la infracción de seguridad e higiene y salud laborales en sí, y ello en base a dos opciones esenciales. Por un lado, un planteamiento favorable a la relevancia de la culpabilidad tendría que haber llevado, en este ámbito más que en ninguno, a la inclusión como posibles sujetos responsables de todos los demás que, junto al empresario, pueden ser considerados como culpables en las infracciones de este ámbito (...). Por otra, y más decisivo aún, hemos tenido ocasión de señalar que la culpa para la LISOS es un factor - seguramente el principal - en la graduación de las sanciones - artículo 36 -, y no un elemento constitutivo de la infracción ni determinante en la calificación de la infracción" ("Potestad sancionadora...", cit., pp. 349 y s.). No creemos que la configuración del empresario como sujeto activo único implique necesariamente una renuncia al principio de culpabilidad, como supone este autor; al menos, no creemos que no quepa una modalización de dicho principio, el mantenimiento de algunos de sus postulados. Se trata, si se quiere, de la sustitución de dicho principio por otro similar adaptado a la nueva circunstancia del sujeto pasivo. Este postulado exigiría que la infracción y, por lo tanto, la lesión al bien jurídico protegido, sea debida al comportamiento reprochable - activo u omisivo, doloso o culposo - de alguien, aunque no se pueda determinar exactamente de quién. Esta condición supone que no se trate de supuestos de caso fortuito y que por lo tanto el comportamiento que emana de la persona jurídica le sea socialmente reprochable a ésta, ya sea porque exista un comportamiento objetivamente imputable también a alguno de sus miembros, ya sea por la existencia de un defecto general de organización imputable con toda seguridad a comportamientos de personas físicas concretas. TIEDEMANN propone, para llenar el "vacío dogmático" que surge de la configuración de la multa administrativa a la persona jurídica como sanción autónoma, el establecimiento de "un concepto de culpabilidad en sentido amplio orientado a categorías sociales y jurídicas, en lugar de la culpabilidad humana entendida en el sentido clásico como defecto personal y ético". Este reproche pondría el acento "en la culpabilidad por defecto de organización". "Los hechos individuales (hechos de conexión) son por lo tanto vistos en ese sentido como delitos del ente colectivo porque éste ha omitido - a través de sus órganos o representantes - tomar aquellas medidas de precaución necesarias para garantizar un giro comercial ordenado y no delictivo". Este principio de responsabilidad no sería en modo alguno nuevo, pues el Derecho penal conoce figuras, como la ebriedad

por una parte, la necesidad de la concurrencia de un comportamiento culpable no se reseña expresamente en el contenido de la ley: ni en el concepto de infracción administrativa (art. 11), ni en el de infracción laboral (art. 5), ni en los criterios básicos de determinación del tipo de sanción (art. 1.3). Tan sólo se sugiere en el catálogo de criterios de determinación del grado de la sanción, al constituir uno de ellos "la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor" (art. 36). La mención es indudablemente insuficiente para ahuyentar los reparos que cabe hacer a la ley desde los postulados del principio de culpabilidad. Téngase en cuenta que la misma responde a una cierta postura ecléctica de nuestra jurisprudencia, que considera el elemento subjetivo de la infracción como factor importante al único efecto de graduación de la sanción, pero no como determinante de la existencia de la infracción administrativa⁸⁹. Se ha perdido, por otra parte, la ocasión de establecer unas reglas precisas para la determinación de la sanción según las circunstancias concurrentes⁹⁰. Con ello se habría podido reducir el arbitrio de la Administración, aumentar la seguridad y las garantías jurídicas y atemperar la sanción a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del sujeto, *latu sensu*, responsable.

3. Tras concluir la insuficiente eficacia de los sistemas de protección no penales aventuráramos una serie de estrategias de mejora de la protección⁹¹. Podría ahora pensarse que la indemnidad del bien jurídico quedaría suficientemente garantizada con la reforma de los mismos y que, por lo tanto, el recurso al Derecho penal se torna excesivo y, consecuentemente, ilegítimo. Existen, sin

completa del párrafo 323 a), en los que "no se reprocha el último hecho delíneo singular (...) sino la omisión previa de tomar las medidas organizativas dirigidas a evitar tales hechos" ("Punibilidad y responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y sus órganos", en Revista Jurídica de Buenos Aires, 1.988, II, pp. 24 y ss., 31 y s.; también en "Die 'Bebussung' von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", en NJW, 1.988, pp. 1.172 y s.).

⁸⁹ Cfr. GARCIA BLASCO, *op. cit.*, p. 90, con referencias jurisprudenciales.

⁹⁰ En este sentido, GARCIA BLASCO (*op. cit.*, pp. 156 y s.).

⁹¹ *Vid. supra* IV.3.2.B.

embargo, ciertos límites internos que condicionan el crecimiento de la eficacia de estos mecanismos y que les impiden desplegar, al menos en un plazo razonablemente breve, el nivel deseado de eficiencia.

Mientras que, por su propia naturaleza reparatoria, apenas si tienen los mecanismos civiles un mecanismo preventivo mencionable⁸², despliegan los mecanismos administrativos no sancionadores (control previo, formación e información, premios) sólo un limitado efecto de protección. La evidente insuficiencia preventiva de un sistema compuesto únicamente de sanciones positivas, la imposibilidad y la falta de justificación de que el Estado costee todo gasto de seguridad e higiene no rentable para las empresas por el sólo hecho de que éstas existan y produzcan, y la imposibilidad económica y fáctica de un sistema completo de control previo demuestran la necesidad de un sistema principal y complementario de sanciones negativas⁸³.

⁸² En este sentido, por ejemplo, REY GUANTER ("Potestad sancionadora...", cit., pp. 198 y s.) y SCHÜNEMANN ("Alternative Kontrolle...", cit., p. 646).

⁸³ TIEDEMANN ha llamado la atención acerca de la posibilidad de una vulneración justificada del principio de subsidiariedad del Derecho Penal: el principio de proporcionalidad puede exigir la criminalización cuando la protección del bien a través de controles preventivos acarree tales limitaciones de libertad, también para los ciudadanos que observan el Derecho, que la penalización de ciertos comportamientos representa globalmente una medida menos contundente ("Wirtschaftsstrafrecht...", cit., pp. 79 y s.; de acuerdo con él, SCHÜNEMANN, "Alternative Kontrolle...", cit., p. 632).

Los mecanismos colectivos de protección de autonomía colectiva²⁴, por su parte, fracasan allí donde los trabajadores carecen de suficiente poder de presión²⁵, lo que suele suceder en la pequeña y mediana empresa, de peso decisivo en nuestro tejido económico²⁶. Sin el soporte de un sistema público de protección, el derecho a trabajar en condiciones de seguridad e higiene se convertiría, en la práctica, en un derecho renunciabile, intercambiable por ventajas salariales, de estabilidad o de promoción en la empresa²⁷.

El recurso a una adecuada actividad pública sancionadora en el campo administrativo, finalmente, tampoco resuelve el problema de una protección suficientemente eficaz²⁸. Las limitaciones del efecto preventivo de las

²⁴ Vid. *supra* IV.3.2.A.5 y IV.3.2.B.b.

²⁵ En este sentido, T. PADOVANI ("Diritto penale...", *cit.*, p. 207). Sobre la insuficiencia, en general, de los mecanismos de protección que se derivan de la libertad sindical, ARROYO ZAPATERO ("La protección penal...", *cit.*, p. 31). Sobre la insuficiencia de los mecanismos colectivos de control, con un estudio alternativo de las limitaciones de la huelga como medida de sanción, REY GUANTER ("Potestad sancionadora...", *cit.*, pp. 197 y ss.). A favor de la oportunidad y necesidad del Derecho Penal del trabajo en la era de la flexibilidad legislativa laboral, BAYLOS GRAU Y TERRADILLOS BASOCO ("Derecho penal del trabajo", Valladolid - Trotta -, 1.990, pp. 32 y ss.) y REY GUANTER ("Potestad sancionadora...", *cit.*, p. 205).

²⁶ LOPEZ PINTOR afirma que "a lo largo de los últimos treinta años no ha dejado de aumentar el número de empresas pequeñas y medianas de la industria, ocupando cada vez a un porcentaje mayor de la población asalariada: el 99'8% del total emplean al 80'8% de los trabajadores" (*op. cit.*, p. 213; los datos se refieren a 1.984).

²⁷ Sobre la necesidad de los mecanismos públicos de inspección y control, BAYLOS GRAU Y TERRADILLOS BASOCO ("Derecho penal del trabajo", *cit.*, p. 107).

²⁸ En este sentido, BAYLOS GRAU Y TERRADILLOS BASOCO ("Derecho penal del trabajo", *cit.*, p. 109) y REY GUANTER ("Potestad sancionadora...", *cit.*, pp. 204 y ss.).

sanciones administrativas provienen de la conjunción de dos factores: el carácter económico de las sanciones administrativas y la cuantía lógicamente limitada de las mismas. La multa tendrá un evidente carácter preventivo en la medida en que haga rentable la adopción de las pertinentes medidas de seguridad e higiene; en la medida en que incida sobre la motivación económica de los comportamientos desviados en este área. Dicha rentabilidad sólo se producirá si las situaciones antijurídicas son detectadas y sancionadas con una frecuencia y en una cuantía tal que hagan más costoso su mantenimiento que su eliminación⁹⁹. El problema surge porque mientras que la alta cifra oculta impulsa la puesta en marcha de un mecanismo de compensación consistente en la elevación de las sanciones, dicha elevación se encuentra limitada en los ilícitos de menor gravedad por razones de proporcionalidad y en los ilícitos de mayor gravedad por los cauces que el Estado democrático de Derecho impone al Derecho administrativo sancionador en cuanto ordenamiento represivo y que exigen la calificación penal, con todo lo que ello comporta, de las sanciones de elevada cuantía. Una disminución relevante de la cifra oculta de desviación, compensadora de la debilidad intrínseca de la sanción administrativa, se enfrenta, por una parte, al igual que la suficiencia de la protección colectiva, a importantes cambios estructurales que posibiliten un control interno regular en todo tipo de empresas; por otra, a la inviabilidad de un completo control

⁹⁹ Cfr. BAJO FERNANDEZ, "Derecho penal económico...", *cit.*, p. 117; BIANCHI D'URSO, *op. cit.*, p. 158, n. 194.

externo en un área tan vasta, en la que éste se ve forzado a poseer un carácter esporádico, y la sanción, a cumplir un papel ejemplarizante.

C) Eficacia de la protección penal.

1. Existen normas que despiertan un pronóstico de insuficiente nivel de eficacia. Este juicio recaerá, por de pronto, en las que prescriban comportamientos necesarios, imposibles o generalmente inexigibles. Habrá de faltar, en estos casos, bien la correspondencia entre el contenido normativo y las acciones de los sujetos, bien la aportación de la norma al proceso motivacional de éstos (2). La ineficacia de la norma puede provenir también de las dificultades para conocer los comportamientos desviados por parte de los órganos encargados de su sanción. Si la clandestinidad de un cierto tipo de comportamientos es inatacable por parte de los poderes públicos, la norma que prohíba aquellos no desplegará ningún efecto disuasor relevante (3). Un último factor que podría arruinar la misión de la norma es el pobre efecto preventivo de la posible pena imponible (4).

2. No parece veraz un juicio general que predique la inexigibilidad o la imposibilidad, por razones de tipo económico, de los comportamientos respetuosos con el nivel normativa o contractualmente marcado de seguridad o higiene¹⁰⁰. Hemos de pensar, en primer lugar, que el

¹⁰⁰ En sentido similar, ARROYO ZAPATEIRO ("La protección penal...", cit., p. 174). El TRIBUNAL SUPREMO ha determinado que el carácter antieconómico de los medios de protección no puede constituir

emprendimiento de una actividad productiva o la colaboración con ella son actividades voluntarias, de posible cesación cuando el respeto al nivel impuesto de seguridad no sea posible o implique pérdidas o insuficientes beneficios¹⁰¹. Por otra parte, la norma podrá, y, si quiere quedar dotada de una mínima dosis de racionalidad, deberá, contemplar un nivel compatible con las necesidades sociales mínimas de producción¹⁰². En relación, finalmente, con los supuestos de cargos subordinados a los que la empresa exige una actuación jurídicamente desviada y en los que un comportamiento alternativo es auténticamente inexigible existirá también un comportamiento reprochable activo u omisivo de los sujetos que determinan una política productiva de este tipo.

3. Existen tres tipos de dificultades relevantes para el descubrimiento de las conductas más graves de lesión de la seguridad e higiene en el trabajo: la menor constatabilidad del resultado de peligro¹⁰³ (a), la relación

causa excluyente de la obligación ni de la responsabilidad (STS, 4ª, 11.11.85, Ar. 883/86).

¹⁰¹ En sentido similar, ARROYO ZAPATERO ("Manual...", cit., pp. 62 y s.); también, KLIESCH, NÖTHLICH y WAGNER, ("Arbeits-sicherheitsgesetz. Kommentar.", Berlín - E. Schmidt -, 1978, p. 70): "en la medida en que (el empresario o su representante) no disponga de los medios materiales y personales necesarios para mantenerse en los límites de los preceptos de protección del trabajo y de evitación de accidentes, debe suspender el trabajo".

¹⁰² En este sentido, R. GERMANN ("Die strafrechtliche Verantwortung...", cit., p. 77) y D. SEIDEL ("Riskantes Handeln...", cit., pp. 611 y ss.; "Risiko in Produktion und Forschung als gesellschaftliches und strafrechtliches Problem", Berlín - Staatsverlag der DDR -, 1968, pp. 86 y ss.).

¹⁰³ Indica B. SCHÜNEMANN, en este sentido, que el concepto de peligro concreto plantea problemas que se derivan de la propia naturaleza de las cosas: "se trata de una instantánea de un acontecimiento fluido", que encuentra su término natural en la lesión del bien

jerárquica existente entre los perjudicados por el hecho, por una parte, y los testigos del mismo y el agente del mismo, por otra, (b), y la compleja atribución de responsabilidad individual en los delitos de empresa (c). Ninguna de las tres es, como a continuación veremos, insalvable, ni, por lo tanto, invalida a priori todo intento de intervención penal protectora del bien de referencia.

a) Si bien es cierto que una situación de peligro que sea el resultado del comportamiento desviado no es tan inmediatamente perceptible como un resultado de lesión, no por ello habremos de negar su constatabilidad a través de un juicio de pronóstico. No tendría sentido en otro caso la frecuente exigencia de dicho resultado en los preceptos del Código Penal y en los de otros códigos penales que comparten con el nuestro un mismo criterio de legitimidad. Parece aconsejable, en cualquier caso, atenuar la menor constatabilidad de los delitos que protegen la seguridad a través de la exigencia de un resultado grave - de peligro concreto o, al menos, de peligro grave - que facilite el juicio de pronóstico¹⁰⁴. Otro factor que dificulta la perceptibilidad del resultado radica en el hecho de que éste haya de constituir una situación no permitida, dato de determinación frecuentemente compleja¹⁰⁵, pero paliable con

jurídico o con el abandono del campo de peligro del objeto del bien jurídico" ("Moderne Tendenzen...", cit., pp. 793 y s.).

¹⁰⁴ La Fiscalía General del Estado destaca, en relación con los delitos contra el medio ambiente, la dificultad de constatación del resultado de peligro (Circular 1/90, de 28.9; ADPCP, 1.990. pp. 982 y s.).

¹⁰⁵ En este sentido, implícitamente, el informe "Safety and Health..." (cit., p. 80, pfo. 256).

el recurso a los minuciosos catálogos que incluyen las normas reglamentarias y colectivas aplicables a la actividad¹⁰⁶.

b) Los factores que dificultan el conocimiento de los comportamientos desviados por parte de los órganos encargados de su represión pueden verse efectivamente compensados por una eficaz labor de denuncia de los sindicatos, la Inspección de Trabajo y los representantes legales de los trabajadores, y por una política de fortalecimiento de la posición de trabajador en la empresa. Causa sorpresa y estupor la alta cifra de criminalidad oculta en un área sometida a un intenso control por medio de diversas instancias independientes del poder empresarial.

Conviene aclarar y comparar, en este punto, las diversas afirmaciones que hemos realizado en torno a la eficacia de los controles externos e internos de la actividad laboral. Se han revelado hasta ahora insuficientes para una eficaz protección administrativa; podrían ser reforzados y ver así incrementada su eficiencia, pero esta no llegaría al punto de hacer prescindible el recurso al Derecho Penal; podrían ser reformados y posibilitar la suficiente eficacia de la intervención penal en este área. Con otras palabras: el actual sistema de control es insuficientemente eficaz de cara tanto a la protección administrativa como a la penal; el sistema es

¹⁰⁶ Como indica TORIO LOPRE, "corresponde al derecho del trabajo determinar el ámbito concreto del deber respecto a la vida y salud de los operarios, prefiriéndose descriptivamente" ("Límites político-criminales...", cit., pp. 704 y s.).

mejorable: con ello aumentaría la eficacia de la intervención administrativa y se posibilitaría la suficiente eficacia de la intervención penal; esta mejora, sin embargo, no sería suficiente para convertir en innecesario este tipo de intervención.

c) Característica de la actividad de empresa, a la que no escapa la actividad delictiva de la misma, es la escisión de responsabilidad y acción¹⁹⁷. Si a la dificultad de individualización de la imputación del hecho lesivo, le añadimos, vencida aquélla, la exigencia que implican los principios de culpabilidad e *in dubio pro reo*, y la notoria dificultad de prueba que se presume en este ámbito, se comprenderá el escepticismo que pueden provocar los afanes de eficacia de la intervención penal represiva de este tipo de delitos. Creemos, sin embargo, con SCHÖNEMANN, que no está perdida la batalla de la eficacia penal en este campo y que los operadores jurídicos cuentan con buenas bazas para el embate. Se requiere, una cuidadosa descripción del comportamiento típico lesivo del bien jurídico que nos ocupa; ésta descripción ha de sustentarse en una profunda comprensión del fundamento, la naturaleza y los límites del deber de seguridad. Su practicabilidad exigirá, como mencionábamos recientemente, el recurso a otros cuerpos normativos que indican con claridad la frontera del riesgo permitido y la descripción de un resultado claramente

¹⁹⁷ Vid. B. SCHÖNEMANN, "Questiones básicas...", cit., p. 531; también el informe "Safety and Health...", cit., pp. 80 y s., pfo. 287. En sentido similar, W. BOTTKE ("Das Wirtschaftsstrafrecht in der BRD. Lösungen und defizite", 2, en *Wistra*, 1.981, 2, p. 52).

constatable, de peligro concreto. Los titulares del deber de seguridad han de coincidir con los potenciales sujetos activos del delito; para su determinación deben precisarse los requisitos que otorgan a un sujeto un deber originario de seguridad, los requisitos que posibilitan la delegación de dicho deber y los efectos que tiene la misma¹⁰⁸. Desde el punto de vista subjetivo se revela esencial la incriminación del comportamiento imprudente en relación con el resultado de peligro¹⁰⁹.

Como concluye SCHÜNEMANN, la tesis de la dificultad de prueba¹¹⁰ parece más una ficción encubridora de las deficiencias personales y materiales de la Fiscalía que una afirmación acorde con la realidad: "no existe en realidad un ámbito delictivo que ofrezca posibilidades tan favorables de esclarecimiento y de prueba"¹¹¹.

¹⁰⁸ Sobre la importancia de una responsabilidad del representante sin lagunas injustificadas se manifestó el CONGRESO DE JURISTAS ALEMANES siguiendo la sugerencia de P. NOLL ("Verhandlungen des 49. Deutschen Juristentages", München - Beck -, 1972, pp. M204 y M198). SCHÜNEMANN destaca los problemas de prueba que despierta la delegación ("Unternehmenskriminalität...", *cit.*, p. 35).

¹⁰⁹ TIEDEMANN se ha manifestado a favor, en general, de la punición de la imprudencia en aquellos delitos del Derecho Penal económico en los que la prueba del dolo se revela especialmente complicada, como, por ejemplo, el fraude de subvenciones ("Weiße strafrechtlichen Mittel...", *cit.*, p. C48). BOTTE señala que la punición de la imprudencia es una característica de los tipos del Derecho Penal económico alemán ("Das Wirtschaftsstrafrecht in der BRD. Lösungen und defizite", I, en *Wistra*, 1991, I, p. 10).

¹¹⁰ Defendida en España, entre otros, por VILADAS JENE ("Notas sobre la delincuencia económica en España", en *ADPCP*, 1978, p. 648).

¹¹¹ "Cuestiones básicas...", *cit.*, p. 552. Debido a que se trata de un ámbito en el que existe un amplio caudal de documentación, concluye SCHÜNEMANN que ni la dificultad es tanta, ni es tan diferente a la que sufre el Derecho Penal individual, sin que por ello llame nadie a la despenalización, ni es tan grave que existan hechos punibles sin sanción, pues el Derecho Penal tiene

4. No sólo no existen motivos racionales para sospechar la ineficacia de la intervención penal en el campo de la seguridad e higiene en el trabajo, sino que cabe alegar buenas razones para sostener la opinión contraria. Mientras que un razonable nivel de aplicación del precepto en cuestión podría venir garantizado por el control sindical en la empresa, el efecto preventivo de la pena está asegurado por las características típicas de los potenciales sujetos activos del delito, sujetos que, por su profesión, tienden a eliminar cualquier factor de inseguridad de su actividad futura¹¹², y, por su buena posición social, temen especialmente ser objeto del reproche que implica, no ya la imposición de una pena privativa de libertad, sino el propio sometimiento a los órganos de la jurisdicción penal¹¹³.

IV.3.3. ADECUACION DE LA FORMA DE INTERVENCION A LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL CRITERIO DE LEGITIMIDAD DEMOCRATICA.

1. El respeto a los principios de igualdad¹¹⁴, legalidad, proporcionalidad y culpabilidad deberá quedar reflejado en la conformación típica correspondiente¹¹⁵. Ni

simplemente una función ejemplarizante ("Unternehmenskriminalität...", *cit.*, p. 49).

¹¹² Cfr. K. TIEDEMANN, "Weiche strafrechtlichen Mittel...", *cit.*, pp. C40 y s.

¹¹³ En este sentido, M. LE FRIANT (*op. cit.*, p. 72).

¹¹⁴ BUSTOS RAMIREZ destaca que el 348 bis a) responde a la exigencia de una protección igualitaria en relación con la vida y la salud de las personas ("Manual de Derecho Penal. Parte especial", *cit.*, p. 300).

¹¹⁵ El necesario sometimiento de la intervención penal a ciertos principios consustanciales al Estado democrático de Derecho no

de la naturaleza del bien jurídico que se quiere proteger - seguridad de la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores -, ni del tipo de ataque al mismo que se quiere prohibir - el que se deriva de las condiciones personales, materiales y organizativas de la actividad productiva - parece que pueda concluirse la imposibilidad de la sujeción de la intervención penal a dichos criterios fundamentales. Posteriormente, al hilo del análisis crítico de los diferentes elementos del tipo del 348 bis a) y de la sanción que incluye el citado artículo, tendremos oportunidad de evaluar su conformidad con estos postulados. Baste por ahora la indicación de que nuestra atención se centrará en evaluar la suficiencia de la precisión y la exhaustividad con que se describe la conducta típica, la adecuación de la cuantía de la sanción al desvalor del comportamiento típico y la coincidencia de los potenciales sujetos activos con aquellos sujetos a los que cabe atribuir justificadamente un deber de cuidado y de garantía en relación con la seguridad e higiene en el trabajo¹¹⁸.

implica que todos los preceptos penales deban estar sometidos a una parte general común. K. TIEDEMANN ha destacado que "los esfuerzos por la unidad jurídica sólo tienen sentido allí donde el objeto de relación del Derecho es único" y que una reforma en el campo del Derecho penal económico ha de pasar por la aceptación de preceptos especiales de parte general en materias como la tentativa, la participación, el error de prohibición y la prescripción ("Welche strafrechtlichen Mittel...", *cit.*, pp. C61 y ss.).

¹¹⁸ C. SMURAGLIA señala, por ejemplo, el "delicado y complejo" problema que supone la inadecuación entre los criterios de individualización de la responsabilidad y la naturaleza y estructura de la empresa ("Diritto penale...", *cit.*, p. 26). Cfr. también, *infra* V.1, n. 12.

IV.3.4. CONCLUSION.

1. Constituye el objetivo de este epigrafe la aplicación de los tres niveles de justificación de la intervención penal descritos en el apartado anterior (IV.2) a la intervención penal configuradora de la seguridad e higiene en el trabajo como bien jurídico-penal¹¹⁷.

2. Si tenemos en cuenta que la expresión "seguridad e higiene en el trabajo" hace referencia tanto a un bien como a un tipo de ataque al mismo, y que aquél es la seguridad de la vida, la integridad física y la salud de los trabajadores, y a la vista, además, del artículo 40.2 de la Constitución, no parece cuestionable la pertenencia de la seguridad e higiene en el trabajo al catálogo de los objetos cuya protección resulta democráticamente legítima. La inclusión del compromiso de los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo, indiscutida en el proceso constituyente, pretende, en relación con los artículos 15 y 43, llamar la atención acerca de las limitaciones que una política de protección de este tipo supone para las facultades empresariales de organización de

¹¹⁷ Doctrina casi unánime en Francia (cfr. LE FRIANT, *op. cit.*, p. 71). A favor del mantenimiento de la tutela penal de los derechos que la legislación concede al trabajador, SAINZ CANTERO ("Los delitos laborales...", *cit.*, p. 374; su afirmación, de 1.975, se refería al art. 499 bis). Expresamente a favor de la tutela penal de la seguridad e higiene en el trabajo se manifiestan BAYLOS GRAU y TERRADILLOS BASOCO ("Derecho penal del trabajo", *cit.*, p. 116) y BUSTOS RAMIREZ ("Manual de Derecho Penal. Parte especial", *cit.*, p. 301). En Italia, C. SMURAGLIA ("Diritto penale...", *cit.*, p. 36); en general, para el Derecho Penal del trabajo, T. PADOVANI ("Diritto penale...", *cit.*, p. 207).

la producción, dimanantes del principio de la libertad de empresa (art. 38).

3. El análisis en el segundo nivel de justificación (eficacia de la intervención) supone, en primer lugar, el estudio de los mecanismos prepenales de protección, la evaluación de su eficacia, y la prospección de sus posibilidades de mejora.

a) Podemos estructurar la protección no penal de la seguridad e higiene en el trabajo en cuatro grupos de medidas. Medidas de defensa del crédito contractual, en primer lugar, son: facultad de extinción del contrato con derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente, facultad de exigir el cumplimiento de la obligación de seguridad, facultad de exigir una indemnización por los daños y perjuicios acarreados por la falta de la debida seguridad, y facultad de demorar el cumplimiento de la prestación laboral hasta que se faciliten las prendas de protección personal preceptivas. Podría pensarse también en una facultad general de demora de la prestación hasta que el empresario cumpla con su obligación de seguridad, pero para nuestra jurisprudencia la presunción de legitimidad de las órdenes empresariales sólo quiebra, en nuestra materia, en los supuestos en que aquellas impliquen una prestación manifiesta o patentemente peligrosa. Los mecanismos básicos de autotutela colectiva, en segundo lugar, son el derecho de huelga y el derecho colectivo de resistencia. La Administración instituye, en tercer lugar, una serie de medidas no sancionadoras para la protección de

la seguridad, tales como el control previo de materiales y procedimientos de producción, la información e información de los agentes de la actividad productiva, facilidades financieras para la adopción de medidas de seguridad, y sanciones positivas.

La principal vía de protección no penal, finalmente, está constituida por la actividad sancionadora de la Administración, cuyos cauces han quedado clarificados y simplificados con la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Esta norma deroga, a nuestro juicio, el artículo 158 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, que preveía una sanción de inhabilitación para cargos directivos, y el artículo 160 del mismo texto, que facultaba a la Inspección de Trabajo para proponer sanciones a los trabajadores. El legislador manifiesta la voluntad de adoptar un sistema sancionador nuevo, uno de cuyos pilares es, por razones de eficacia, la exclusiva conformación del empresario como sujeto pasivo único de la sanción. Las sanciones a los trabajadores, por otra parte, carecían de fundamento y de un mínimo efecto preventivo.

b) En vista de la ineficacia del sistema descrito, demostrada por las cifras que expusimos en la tercera parte de este trabajo, cabe preguntarse si el remedio pasa, antes que por el recurso al Derecho Penal, por la mejora de los mecanismos previos de protección. La reforma del sistema de protección que analizamos se debería realizar, a nuestro juicio, en torno a tres coordenadas. La primera de ellas radica en la potenciación del sistema de premios y ayudas;

la segunda, en el reforzamiento de los sistemas de control internos y externos al centro de trabajo, al que haremos una referencia más sesgada al analizar los factores de aplicación del 348 bis a) del Código Penal. La piedra angular de una protección más eficaz en materia de seguridad e higiene es una regulación menos restrictiva y más precisa del ejercicio del derecho de resistencia colectiva, pues supone este mecanismo la entrega de un auténtico contrapoder en el interior de la empresa a quienes están auténticamente interesados en la protección de un bien conflictivo. Se deberían ampliar a los de infracción grave los supuestos que posibilitan la entrada en juego del citado mecanismo; en los de infracción muy grave o en los de riesgo grave e inminente se deberían flexibilizar los requisitos de adopción de la medida.

La reforma de los mecanismos previos de protección no hace innecesario el recurso al Derecho Penal, pues aquéllos poseen ciertos límites internos que les impiden desplegar, al menos en un plazo razonablemente breve, el nivel deseado de eficiencia. Los mecanismos administrativos no sancionadores despliegan un limitado efecto preventivo, ampliable a un nivel suficiente sólo a través de una inviable e injustificable completa generalización de los mismos. Los mecanismos colectivos de protección fracasan allí donde los trabajadores carecen de suficiente poder de presión. Sin el soporte de un sistema público de protección, el derecho a trabajar en condiciones de seguridad e higiene se convertiría, en la práctica, en un derecho renunciabile.

El recurso a una adecuada actividad pública sancionadora en el campo administrativo, finalmente, no resuelve tampoco el problema de una protección suficientemente eficaz. Las limitaciones del efecto preventivo de las sanciones administrativas provienen de la conjunción de dos factores: el carácter económico de las sanciones administrativas y la cuantía lógicamente limitada de las mismas.

c) La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo no vislumbra obstáculos que invaliden apriorísticamente su eficacia. La constatabilidad de los hechos descritos se faculta con la exigencia típica de un resultado de peligro concreto, o, al menos, grave; con la remisión, para el conocimiento preciso de la frontera del riesgo permitido, a la minuciosa normativa general o paccionada; y con la incriminación del comportamiento imprudente en relación con el resultado de peligro. La efectiva constatación es factible a través de una decidida labor de denuncia de los sindicatos, de la Inspección de Trabajo y de los representantes legales de los trabajadores. La dificultad de determinación de la responsabilidades individuales es, finalmente, superable con la delimitación de los requisitos que otorgan a un sujeto un deber originario de seguridad, los requisitos que posibilitan la delegación de dicho deber y los efectos que tiene la misma.

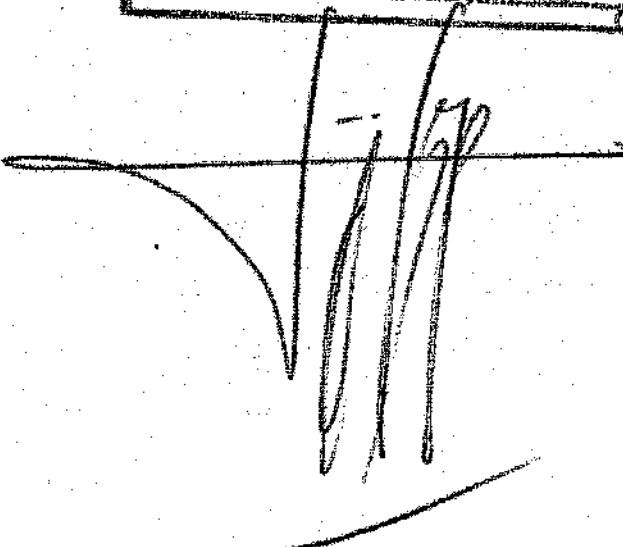
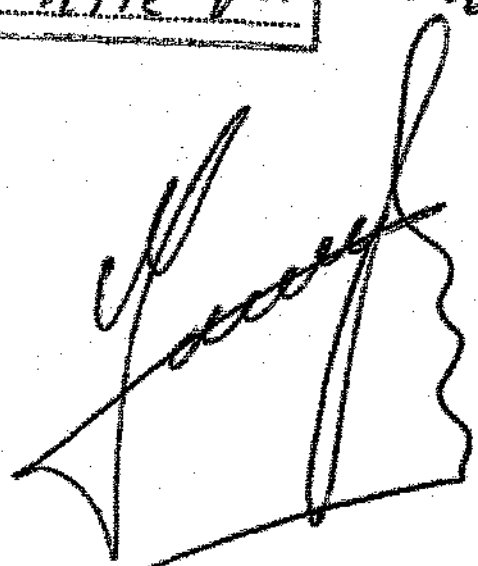
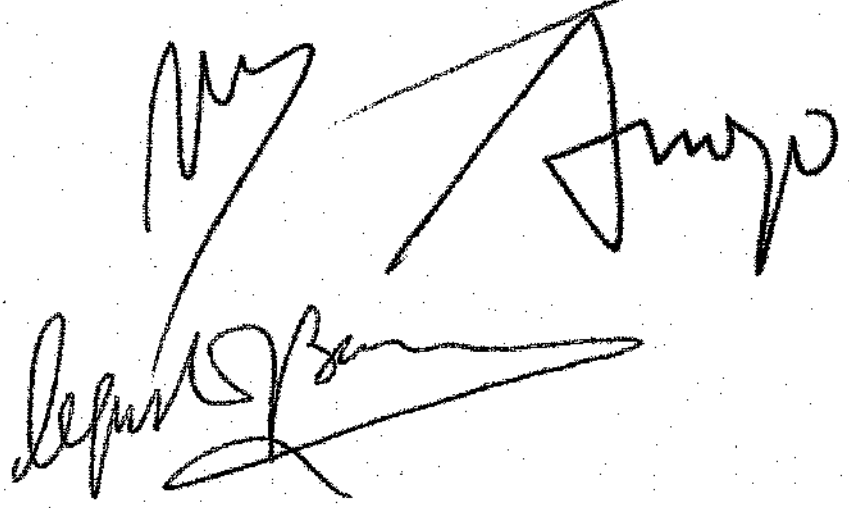
No sólo no existen motivos racionales para sospechar la ineficacia de la intervención penal en el campo de la seguridad e higiene en el trabajo, sino que el efecto

preventivo de la pena está asegurado por las características típicas de los potenciales sujetos activos del delito.

3. El respeto a los principios de igualdad¹¹⁸, legalidad, proporcionalidad y culpabilidad deberá quedar reflejado en la conformación típica correspondiente. Ni de la naturaleza del bien jurídico que se quiere proteger, ni del tipo de ataque al mismo que se quiere prohibir, parece que pueda concluirse la imposibilidad de la sujeción de la intervención penal a dichos criterios fundamentales.

¹¹⁸ BUSTOS RAMIREZ destaca que el 348 bis a) responde a la exigencia de una protección igualitaria en relación con la vida y la salud de las personas ("Manual de Derecho Penal. Parte especial", cit., p. 300).

REUNIDO EL TRIBUNAL QUE SUSCRIBE EN EL DIA DE
LA FECHA, ACORDO CALIFICAR LA PRESENTE TESIS
DOCTORAL CON LA CENSURA DE ~~APROBADA~~ *hecho*
MADRID, *3 febrero 1992* *En* *Carmin. DA*

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal line at the top.A large, stylized handwritten signature in black ink, featuring a prominent loop at the top and a long horizontal stroke at the bottom.A large, stylized handwritten signature in black ink, with a complex, angular shape and a long horizontal stroke at the bottom.