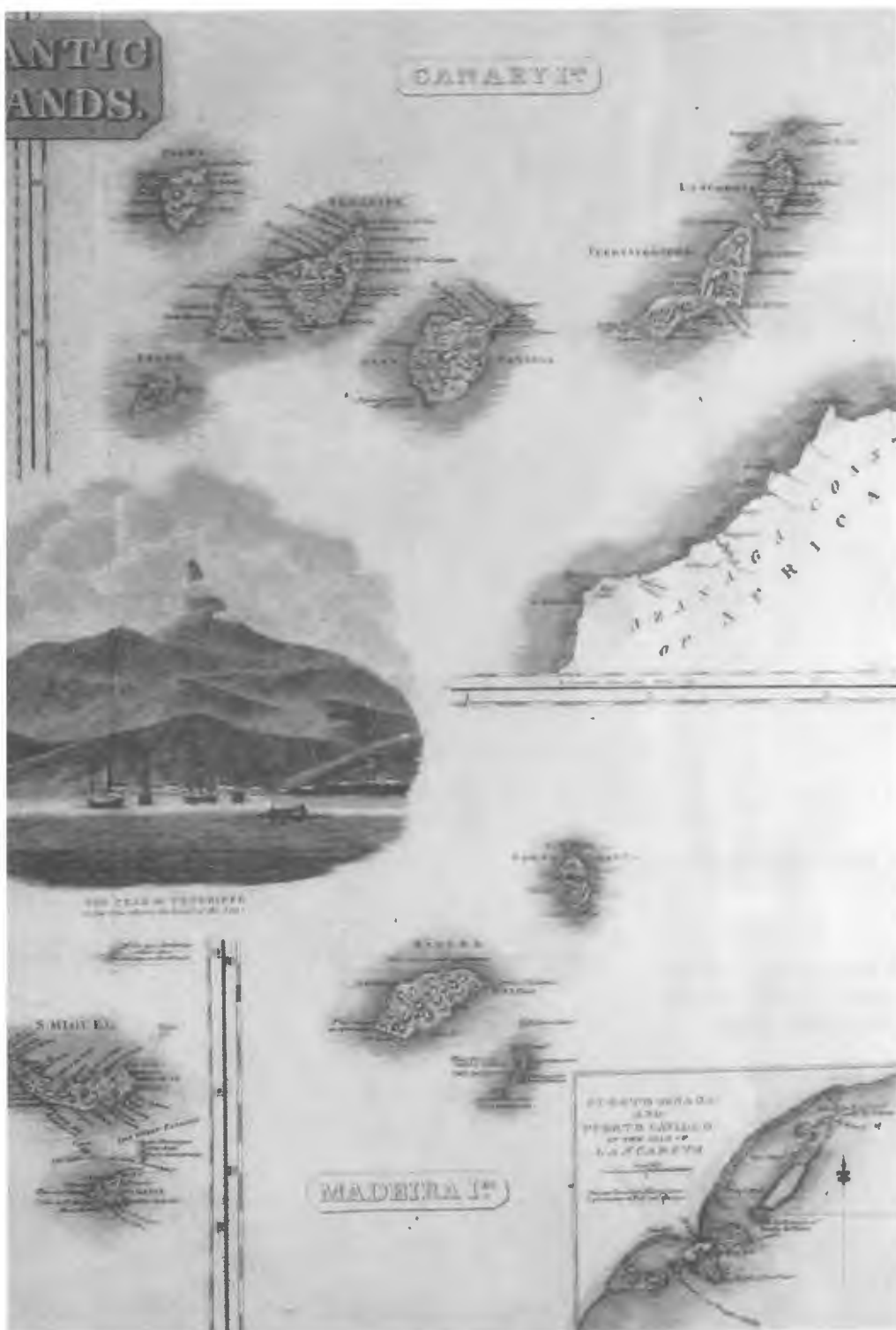


*Revista del
Foro Canario*

Revista del Foro Canario

87

Las Palmas de Gran Canaria, 1993



Portada: Foto cortesía de El Museo Canario.

Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo

Decano del Colegio

Jaime Santana Castellano

Diputado Primero

José M. Acedo Croft

Diputado Segundo

Alberto Ojeda Pérez

Diputado Tercero

Juan Delgado Rodríguez

Diputado Cuarto

Jaime Rubio López

Diputado Quinto

Francisco C. Beneyto Naranjo

Diputado Sexto

Josefina Navarrete Hernández

Diputado Séptimo

Micaela Domínguez Hernández

Diputado Octavo

Luis F. Naranjo Sintés

Bibliotecario-Contador

Javier Marrero Pulido

Tesorero

Rafael Vera Cominges

Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

Óscar Bosch Benítez

Micaela Domínguez Hernández

Serafín García Zumbado

M.^a Teresa García Cuyás

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

**REFLEXIONES ACERCA DE LA REFORMA ESPAÑOLA
DE LOS DELITOS CONTRA LOS INTERESES
COLECTIVOS: DOS CASOS PARADIGMÁTICOS:
ARTS. 347 BIS (DELITO ECOLÓGICO) Y 348 BIS A)
(PROTECCIÓN PENAL DE LA SEGURIDAD E HIGIENE
EN EL TRABAJO) DEL C.P. (*)**

DR. AGUSTÍN JORGE BARREIRO

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL DE LA
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN A LA REFORMA DE LOS DELITOS CONTRA LOS INTERESES COLECTIVOS.
- II. DELITO ECOLÓGICO (ART. 347 BIS).
- III. PROTECCIÓN JURIDICOPENAL DE LA SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO (ART. 348 BIS A)).

(*) Este texto se corresponde al contenido de la conferencia pronunciada el 23-4-1992 en el Ilustre Colegio de Abogados de Las Palmas, con motivo de la II Semana de Derecho Penal ("15 años de Derecho Penal democrático") organizada por el Área de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

I. INTRODUCCIÓN A LA REFORMA DE LOS DELITOS CONTRA LOS INTERESES COLECTIVOS

Al hablar sobre los delitos contra los intereses colectivos hay que dilucidar dos cuestiones previas: su ubicación sistemática dentro de la clasificación de los delitos; y segunda cuestión, las posibles respuestas penales para la protección de aquellos intereses (colectivos o difusos).

1.^a Cuestión: *La ubicación sistemática de los delitos contra los intereses colectivos.*

Los delitos pueden clasificarse, desde una perspectiva doctrinal moderna, en delitos contra las *bases de existencia del sistema* y los ataques contra el *funcionamiento del sistema* (Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal*, P.E., 2.^a ed., 1991).

Entre los primeros, *delitos contra las bases de la existencia del sistema*, nos encontramos con los atentados contra bienes jurídicos *individuales* o *microsociales*. En este apartado se incluyen los *delitos* contra: la *vida* (homicidio, asesinato...), la *salud* (lesiones), *libertad y seguridad de las personas* (detenciones ilegales, allanamiento de morada), el *patrimonio* (hurto, robo, estafa, etc...). Estos delitos atentan contra los llamados bienes jurídicos “microsociales”, es decir, se refieren a las relaciones interpersonales y configuran la red social sobre la que se asienta el sistema.

Los *delitos contra el funcionamiento del sistema* se caracterizan porque recogen los ataques contra bienes jurídicos “macrosociales”, y tienen una relación directa con el funcionamiento del sistema e indirecta con las bases de éste. No se puede olvidar algo fundamental en esta clase de delitos, que se relacionan con el funcionamiento del sistema y se conectan con problemas de carácter político o económico-sociales, y es que será siempre criticable que se trate de solucionar por vía penal los fallos o disfunciones de carácter estrictamente político-social. Dentro de los *delitos* contra el *funcionamiento del sistema* se incluyen: 1º) Delitos contra *bienes jurídicos colectivos* (“salud pública”; “seguridad colectiva” —en el tráfico, medio ambiente y seguridad en el trabajo—; “socio-económicos”); 2º) Delitos contra *bienes jurídicos institucionales* (“garantías constitucionales”; “el ejercicio de los derechos de la persona”; “fe pública”; “administración de justicia” y “administración pública”); y 3º) Delitos contra *bienes jurídicos de control* (“Seguridad exterior e interior del Estado”).

Por razones de tiempo, nuestro objeto de estudio se limitará a destacar los aspectos fundamentales de determinados delitos contra bienes jurídicos colectivos, que en estos 15 años de Derecho Penal democrático han merecido especial atención por parte del legislador español. Me refiero a dos casos paradigmáticos: *el delito ecológico* (347 bis); y *el delito contra la seguridad e higiene en el trabajo* (348 bis a)).

2.^a Cuestión: *Las posibles respuestas penales para la protección de los intereses colectivos o difusos.*

Antes de introducirnos en el estudio de estas figuras delictivas conviene tener presente que, a pesar del *carácter difuso* de los bienes tutelados en la mayor parte de estos delitos, el Derecho Penal cuenta con ciertos instrumentos técnicos para hacer frente a esta peculiar clase de delincuencia (Vid. SGUBBI, F., *Tutela penale di interessi diffusi*, en la *Questione Criminale*, 1975).

1º) El Derecho Penal puede actuar a nivel preventivo, adelantando la barrera de la intervención del poder punitivo al momento en que se ponga en peligro el bien jurídico sin esperar a la producción del daño (causación del resultado lesivo). Esto se puede llevar a cabo a través de tipos de delito de *peligro concreto*, sin excluir la discutible técnica de los delitos de *peligro abstracto*.

2º) El principio básico de la *personalidad de la responsabilidad penal* constituye potencialmente el mayor obstáculo para la operatividad del instrumento penal en la protección de los intereses colectivos. En el ámbito penal los daños han de vincularse a la investigación de una acción personal de un sujeto —*persona física*—, que da lugar al daño causalmente producido.

Sin embargo, el Derecho Penal tiene recursos técnicos para la tutela de aquellos intereses: las categorías de la dogmática jurídico-penal de naturaleza normativa como la *imprudencia* y la *comisión por omisión*.

3º) La lucha contra esta clase de delincuencia, vinculada frecuentemente al mundo económico y empresarial, podrá articularse también a través de la cláusula de la “*actuación en nombre de otro*” (art. 15 bis) o acudiendo a *medidas de seguridad* como consecuencias accesorias del delito.

No se puede ocultar, como veremos de inmediato, que el confiar todo a un control penal de los intereses colectivos, sin adoptar soluciones por instancias extrapenales, está condenado al fracaso.

II. EL DELITO ECOLÓGICO (347 BIS)

Hoy puede afirmarse que el medio ambiente es reconocido como un valor fundamental de la vida en sociedad, cuya protección interesa a toda la colectividad. La tutela del medio ambiente es algo relativamente reciente y está íntimamente relacionada con el desarrollo industrial. La sociedad actual ha tomado conciencia de la dimensión negativa que tiene para la colectividad un proceso de industrialización sin límite (STC 4-11-1982), y se aprecia una creciente preocupación por proteger jurídicamente el medio ambiente. En esta dirección resulta revelador lo establecido por el *art. 45 de nuestra Constitución*:

“1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

Pues bien, la *L.O. 25-6-1983*, de Reforma Parcial y Urgente del CP, introduce un nuevo precepto (art. 347 bis) que incorpora a nuestro CP los delitos contra el medio ambiente. La reforma de 1983 intenta de esta manera cumplir con el mandato constitucional (art. 45.2 Const.), reconociendo la urgencia de crear el delito ecológico, ante la irreversibilidad de los daños causados en el medio ambiente, y sin olvidar el limitado alcance de la respuesta penal para una problemática tan compleja. Conviene señalar que la reforma del 11-12-1987 introduce una regulación específica de los incendios forestales (553 bis b)), que por su deficiente técnica legislativa no resulta aplicable.

El 347 bis, ubicado sistemáticamente en la Sección 2ª —dedicada a los *Delitos contra la salud pública y el medio ambiente* del Capítulo II (De los *delitos de riesgo en general*) del Título V, del Libro II, del CP declara:

“Será castigado con la pena de AM y multa de 175.000 a 5 millones de pesetas el que, *contraviniendo las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente*, provocare o realizare directa o indirectamente *emisiones o vertidos* de cualquier clase, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, que pongan en *peligro grave la salud de las personas*, o puedan *perjudicar* gravemente las *condiciones de la vida animal*, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles.

Se impondrá la pena superior en grado si la *industria* funcionara *clandestinamente*, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones, o se hubieren *desobedecido las órdenes* expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de la actividad contaminante, o se hubiere aportado *información falsa* sobre los aspectos ambientales de la misma o se hubiere *obstaculizado la actividad inspectora* de la Administración.

También se impondrá la pena superior en grado si los actos anteriormente descritos originasen un *riesgo de deterioro irreversible* o catastrófico.

En todos los casos previstos en este artículo podrá acordarse la *clausura temporal o definitiva del establecimiento*, pudiendo el Tribunal proponer a la Administración que disponga la *intervención de la empresa* para salvaguardar los derechos de los trabajadores”.

Dentro del estudio del 347 bis distinguiremos los apartados siguientes: 1º) Bien jurídico; 2º) Tipo básico del 347 bis 1º; 3º) Tipos agravados de los párrafos 2º y 3º del 347 bis; y 4º) Las medidas de seguridad previstas en el 347 bis 4º.

1º) *El bien jurídico protegido en el 347 bis.*

La doctrina penal española considera unánimemente que el *medio ambiente* es el bien jurídico protegido en el 347 bis. Sin embargo, no se puede olvidar que la naturaleza pluridimensional de este bien jurídico suscita disputas doctrinales acerca de su contenido y de su ubicación sistemática. No cabe duda que estamos ante un bien jurídico que afecta a la colectividad, y que podría considerarse como un caso paradigmático de los intereses difusos. El medio ambiente está relacionado con: la salud pública (calidad de la vida de los ciudadanos), la seguridad colectiva (condición necesaria para el desarrollo de todas las personas); la solidaridad humana; y con el orden socio-económico (utilización racional de los recursos naturales), pero —como señala cierto sector doctrinal— tiene sustantividad propia.

La complejidad del medio ambiente y el reconocimiento de su propia autonomía ha sido tenida en cuenta por los autores de la PANCP 1983 y del Proyecto de CP de 1992, que han ubicado los delitos contra el medio ambiente —en el Título XIII del Libro II— entre los delitos contra el orden socioeconómico y los delitos contra la seguridad colectiva.

Por otra parte nuestro legislador ha optado, de acuerdo con las opiniones doctrinales más autorizadas, por proceder a una tutela penal del medio ambiente dentro del CP y no a través de una Ley especial. Existen razones más que suficientes para pronunciarse a favor de la tutela del medio ambiente en el CP: unificación y armonización de las disposiciones penales sobre la materia, además de facilitar una mejor y uniforme aplicación de las mismas (Vid. CUESTA ARZAMENDI, J.L. de la, *Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente*, en DJ, 37/40, 1983).

2º) *Tipo básico: 347 bis 1º CP.*

Dentro de los *elementos objetivos* del tipo merece especial atención el análisis de la conducta típica y particularmente el estudio de tres cuestiones: 1.— La acción típica; 2.— La remisión a leyes y reglamentos para delimitar la relevancia típica de la conducta (ley penal en blanco), y 3.— El resultado típico.

1.— La *acción típica* consiste en *provocar o realizar* directa o indirectamente *emisiones o vertidos* de cualquier clase, en la atmósfera, suelo o aguas..., contraviniendo las Leyes o reglamentos. Se trata de una *conducta de contaminación*.

La modalidad de “*provocar*” emisiones o vertidos no debe interpretarse en sentido normativo, identificable con el de provocación del art. 4.3º CP, sino de carácter objetivo y material de intervención mediata —poner las condiciones, facilitar...— en las emisiones o vertidos.

La otra modalidad de “*realizar*” la emisión o el vertido ha de entenderse como una clara referencia a la inmediatez de la ejecución, que puede ser directa o indirecta.

Aunque las expresiones “*provocar*” o “*realizar*” parecen aludir a la exigencia de conducta activa no debe considerarse excluida la modalidad de *comisión por omisión*: dejar que se produzca la emisión o el vertido o no poner los medios para evitarlo.

La acción de provocar o realizar se refiere a *emisiones o vertidos* de “cualquier clase”. El sentido gramatical de “*emitir*” (arrojar, exhalar, o echar hacia

fuera una cosa) y de “*verter*” (derramar o vaciar líquidos y también cosas menudas...) puede servir de punto de partida y es susceptible de ulterior desarrollo por la interpretación doctrinal, que tiene un amplio margen de juego en la referencia legal al provocar o realizar emisiones o vertidos de *cualquier clase*. Esta última referencia legal (“de cualquier clase”) se inserta en la criticable indeterminación que informa el contenido del 347 bis.

La emisión o vertido de cualquier clase ha de recaer en la *atmósfera, el suelo, las aguas terrestres o marítimas*, debiendo considerarse comprendidas las aguas subterráneas en las terrestres ya que el Código no distingue.

2.— El 347 bis requiere que la conducta típica de contaminación o polución se realice *contraviniendo las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente*. La doctrina penal dominante está de acuerdo en que estamos ante un supuesto claro de “*ley penal en blanco*”, es decir, un elemento del tipo para cuya determinación el CP se remite a una norma extrapenal, más concretamente administrativa. La remisión a una compleja normativa extrapenal, para determinar la relevancia típica de la conducta, cuestiona el principio de legalidad y suscita dudas acerca de la constitucionalidad de esta técnica legislativa. La complejidad de la normativa extra-penal se constata si comprobamos sólo algunas de las normas elementales sobre esta materia: *Leyes 22 de diciembre de 1972 y 6 de febrero de 1975 sobre contaminación atmosférica*; *Ley de 19 de noviembre de 1975 sobre derechos y residuos sólidos urbanos*; *Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985*; *Real Decreto legislativo de 28 de junio de 1986 de evaluación de impacto ambiental* y *R.D. de 30 de septiembre de 1988* que aprobó su reglamento; *Ley de Costas de 28 de julio de 1988*; y *Ley de 27 de marzo de 1989, de conservación de los espacios naturales, de la flora y la fauna*. No se puede ocultar por otra parte que, teniendo en cuenta la posible integración normativa técnica por parte de las Comunidades Autónomas, se puede considerar afectada la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal (art. 148.9º, las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias de “gestión en materia de protección de medio ambiente”).

Sin embargo, a pesar de todos los inconvenientes apuntados, la doctrina penal mayoritaria considera que la técnica legislativa de ley penal en blanco es un recurso ineludible y básico en esta clase de delitos. En todo caso se echa en falta una *Ley General sobre el medio ambiente*, que aglutine y clarifique la dispersa normativa administrativa existente.

3.— El *resultado típico*. El 347 bis 1º configura un delito de *peligro concreto*: poner en “*peligro grave la salud de las personas*” o se pueda “*perjudicar*

gravemente las condiciones de la *vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles*”. Será preciso constatar que este peligro concreto es consecuencia de la emisión o vertido de cualquier clase realizado o provocado.

En cuanto al primer resultado, puesta en *peligro grave* de la *salud* de las *personas*, la doctrina penal entiende que se refiere al peligro para la *salud pública o colectiva* y se critica —con razón— el calificativo de “grave” referido al “peligro”, que es un elemento valorativo e indeterminado de difícil concreción. Estamos ante un caso típico de delito de peligro concreto.

El segundo resultado del 347 bis 1º se refiere a las conductas de contaminación que puedan perjudicar (peligro) *gravemente* las condiciones de la *vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles*. Es criticable, por su indeterminación, el haber utilizado el adverbio “*gravemente*”, y por la limitada tutela del medio ambiente que no alcanza al aire, suelo, etc... (Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Delitos contra el medio ambiente*, en AAVV, *La Reforma del CP de 1983*, V. II, 1985, pág. 830). En esta materia se denuncia la deficiente técnica legislativa, que provoca la confusión sobre el bien jurídico protegido, y que fundamenta la crítica doctrinal en el sentido de que mientras el peligro para la salud de las personas ha de ser concreto, el peligro sobre las condiciones de la vida animal o vegetal es un peligro abstracto-concreto (“de aptitud para”, *pueda perjudicar*) (Vid. TIEDEMANN, *Protección penal del medio ambiente en España y Alemania*, en *Poder económico y delito*, 1985, pág. 139).

3º) Tipos agravados.

1.— El 347 bis 2º establece la pena superior en grado si la *industria* funcionara *clandestinamente* (sin autorización), *desobedezca* órdenes expresas de la autoridad administrativa acerca de su actividad contaminante, aporte *información falsa* sobre los aspectos ambientales de la misma, u *obstaculice* la actividad *inspectora* de la Administración.

Sujetos activos serán quienes actúen en nombre de la industria, llevando a cabo las diversas conductas. Se echa en falta una tipificación expresa de las actuaciones irregulares de la Administración a través de sus representantes, cuya posible responsabilidad penal podrá determinarse en todo caso por los tipos penales existentes de cohecho o de prevaricación o por las reglas generales de la participación.

2.— El *párrafo* 3º del 347 bis establece también la pena superior en grado “si los actos anteriormente descritos —se entiende los previstos en el párrafo 1º—

originaren un *riesgo de deterioro irreversible o catastrófico*” de muy difícil concreción y necesitados de integración judicial.

La vaguedad e imprecisión de la técnica legislativa en esta materia permiten albergar serias dudas acerca de su utilidad, eficacia y de su efectiva puesta en práctica.

El art. 348, que tiene relación con los delitos contra la salud pública, establece una cualificación (pena R.m.) por el resultado de muerte.

4º) *Las medidas de seguridad.*

El párrafo 4º del 347 bis permite al Tribunal acordar la *clausura temporal o definitiva* del establecimiento y proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores.

Cabe entender que estamos ante medidas de seguridad no criminales o “consecuencias accesorias del delito”, que se imponen por la peligrosidad objetiva demostrada en las actividades irregulares del establecimiento industrial, con la encomiable cláusula de salvaguarda de los derechos de los trabajadores.

Es criticable que no se establezcan límites para la clausura temporal del establecimiento, que sí se hace en el 344 bis b), 2º CP y que le convierte en una medida inaplicable.

Breves consideraciones de política criminal sobre el delito ecológico:

1ª) Existía una *falta de concienciación* acerca de la gravedad de los atentados contra el medio ambiente. En efecto, ciertos sectores de nuestra sociedad estimaban que no se debían calificar como delitos los ataques contra el medio ambiente ni como delincuentes a quienes los realizaban. Hoy en día la situación ha cambiado y en esta nueva panorámica no es nada desdeñable el efecto preventivo general de la protección penal del medio ambiente.

2ª) No se puede olvidar la interdependencia y necesaria coordinación entre la normativa penal y administrativa en esta materia.

En cuanto a la regulación jurídica administrativa conviene superar en nuestro país su estado actual de dispersión en una insuficiente y desfasada legislación sectorial, debiendo propiciarse una *Ley General* del medio ambiente.

3ª) La actual tutela penal del medio ambiente por el art. 347 bis es, como hemos visto, bastante deficiente (incorpora numerosos elementos típicos valo-

rativos, de contenido indeterminado; con un sistema criticable de remisiones en los tipos agravados) e insuficiente (acogida de “recursos naturales”). No se tiene en cuenta la específica responsabilidad penal en esta materia de los funcionarios de la Administración, que ha de exigirse a través de las disposiciones relativas a la criminalidad de los funcionarios y de las reglas generales de participación previstas en el CP. Esta laguna se colma en el art. 306 del Anteproyecto de CP de 1992. Debería dedicarse un Título específico, como hace el CP alemán (título 28, párrafos 324 y ss.) o postulan la PANCP 1983 y el Anteproyecto CP de 1992, para los delitos contra el medio ambiente.

4.^a) Es preciso tener muy presente que en la tutela del medio ambiente ha de ocupar un lugar preferente la potenciación de medidas extrapenales de carácter preventivo, respetando el carácter de última ratio (intervención mínima) del Derecho Penal, es decir, que el poder punitivo del Estado ha de ejercitarse sólo frente a aquellos ataques más intolerables al medio ambiente.

5.^a) El futuro de la tutela penal eficaz del medio ambiente dependerá de que exista una policía judicial especializada para conseguir una efectiva investigación y lograr el adecuado enjuiciamiento de las conductas atentatorias contra el medio ambiente (Vid. CONDE-PUMPIDO TOURON, C., *Introducción al delito ecológico*, en AAVV, *El delito ecológico*, Madrid 1992, pág. 36).

III. LA TUTELA PENAL DE LA SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO (ART. 348 BIS A))

La LO de Reforma Urgente y parcial del CP, de 25 de junio de 1983, introduce un nuevo precepto, el 348 bis a), configurando la seguridad en el trabajo como un bien jurídico autónomo. Hasta entonces, como destaca ARROYO, “la seguridad y la higiene en el trabajo no encontraba protección penal como tales. El ordenamiento penal ofrecía tan sólo una tutela de la vida y de la integridad corporal frente a su destrucción o menoscabo imprudentes a través de los preceptos generales del homicidio y las lesiones imprudentes que pudieran cometerse en los accidentes de trabajo” (ARROYO ZAPATERO, L., *Manual de Derecho Penal del trabajo*, 1988, pág. 61). El nuevo 348 bis a) incorpora al CP un delito de *peligro concreto* para la *vida e integridad física* de los trabajadores, donde el bien jurídico protegido es de carácter colectivo y se refiere a la *seguridad en el trabajo*, es decir, a la ausencia de riesgos para la vida y la

salud del trabajador, dimanantes de las condiciones materiales de prestación del trabajo.

Puede afirmarse, por tanto, que el nuevo 348 bis a) incorpora a nuestro CP la seguridad en el trabajo como bien jurídico colectivo al servicio de bienes jurídicos interpersonales como son la vida y la salud de los trabajadores.

El 348 bis a) castiga con las penas de A.M. o multa de 100.000 a 500.000 pesetas a “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*”.

Aquí me limitaré a destacar los aspectos más relevantes de la figura delictiva del 348 bis a) (*Sujetos activos, conducta típica y resultado*), para concluir con las oportunas consideraciones de política criminal.

1.— *Sujetos activos.*

El 348 bis a) limita el círculo de posibles sujetos activos a los que están *legalmente obligados* a facilitar los medios o a procurar las condiciones para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene exigibles. Es sujeto activo de este delito sólo quien reúne la condición de titular ex-lege de cierto deber de seguridad, conforme al *Estatuto de los Trabajadores* de 1980 (arts. 4.2º y 19) y a la *Ordenanza General de Seguridad e Higiene* de 1971 (art. 7.1º y 2º), Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social de 1988. Están obligados en materia de seguridad en el trabajo —como señala Fernández Marcos— “el *empresario* y *todas aquellas personas* que por *delegación* de éste asumen en el esquema organizativo de la empresa facilidades de mando sobre los trabajadores y facultad de resolución en la concreta esfera funcional que tienen a su cargo” (*La seguridad e higiene en el trabajo como obligación contractual y como deber público*, Madrid 1975, pág. 144). Doctrina penal y jurisprudencia consideran que el deber de seguridad recae sobre el *empresario* y los *encargados*, entendiendo por tales aquellas personas que efectivamente asumen y ejercen el poder de dirección empresarial que les convierten en garantes de la seguridad de los trabajadores. En realidad, no se trata —a efectos penales— de precisar sólo la fuente legal del deber de seguridad del empresario o del encargado sino —como destaca ARROYO— su fundamento material, es decir, tener en cuenta el hecho de la creación del riesgo para los trabajadores y la titularidad del empresario o del encargado con un poder fáctico de disposición sobre la organización de la empresa y sobre las personas

que en ella participan, las cuales tienen respecto de aquéllos una posición de dependencia (*Manual de Derecho Penal de trabajo*, cit., pp. 65 y ss.).

El titular de la empresa puede cumplir con su *deber general de seguridad* de tres formas: 1ª) Influyendo *inmediatamente* en los procesos materiales o dirigiendo personalmente a sus subordinados; 2ª) De manera *mediata*, es decir, ejerciendo su dirección a través de otra persona sin margen de autonomía; y 3ª) A través de la *delegación*, transmitiendo al delegado el deber de seguridad y quedando el delegante (el empresario) con el cometido de vigilancia, coordinación y control de las actividades del delegado (Vid. LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, tesis doctoral, Madrid, 1991, inédita, pendiente de próxima publicación). Puede afirmarse que, en un principio, los técnicos asesores en materia de seguridad, por carecer de un dominio (poder decisorio) que fundamente la posición de garante, no pueden ser sujetos activos. Por las mismas razones tampoco pueden serlo los vigilantes de seguridad y los miembros del Comité de seguridad e higiene.

2.— La conducta típica del 348 bis a) consiste en no exigir, no facilitar los medios (omisivas) o el no procurar las condiciones de seguridad exigibles que puede ser tanto activa como omisiva. Conducta *activa* como la de poner a los trabajadores en lugares y circunstancias que provoquen una situación de grave peligro para su vida o su salud (trabajar bajo un techo provisional mal acondicionado o con una instalación eléctrica peligrosa). Puede darse una *conducta omisiva* al no exigir o no facilitar los medios necesarios para la seguridad de la vida o salud de los trabajadores (no suspender la actividad laboral cuando se había observado que estaban rotos ciertos hilos del cable de la grúa).

El 348 bis a) requiere que la conducta típica implique una *infracción grave de las normas reglamentarias*. La doctrina critica la técnica de “ley penal en blanco” que se consagra en el 348 bis a), remitiéndose a normas reglamentarias sobre las condiciones o medios de seguridad e higiene en el trabajo, si bien en este caso se considera que el núcleo del injusto está determinado por el tipo penal. En todo caso, la doctrina penal es unánime al denunciar el calificativo de *grave* referido a la infracción de normas reglamentarias, dejando en manos del juez la concreción de un elemento determinante de la relevancia típica de la conducta. Más correcto hubiera sido calificar como grave el peligro y no la infracción.

Cabe criticar que la remisión formulada por el 348 bis a) se limite a las normas reglamentarias y no comprenda a las leyes ni a convenios colectivos de

eficacia general y ámbito estatal, donde se contemplan regulaciones sobre medidas o condiciones de seguridad e higiene en el trabajo. La falta de una normativa coherente articulada sobre seguridad e higiene en el trabajo es denunciada por nuestra doctrina.

3.— *El resultado típico* se refiere a la puesta en *peligro* de la *vida* o de la *integridad física* de los trabajadores. Se critica el carácter restrictivo del legislador penal en cuanto alude sólo a la integridad física de los trabajadores, dejando fuera los peligros para la salud personal que no afecten a su dimensión física.

El 348 bis a) se refiere a un peligro específico (creado, incrementado o no evitado) para la vida o la integridad física de los trabajadores, como consecuencia de una infracción grave de las normas reglamentarias sobre seguridad e higiene en el trabajo. Dicho peligro y la mencionada conducta antinormativa han de relacionarse causalmente.

Consideraciones de *política criminal* sobre el 348 bis a):

1.— El 348 bis a) no ha alcanzado los objetivos que pretendía: tutelar la seguridad en el trabajo mediante un delito de peligro concreto para la vida o la integridad física de los trabajadores. Es un precepto que no se ha aplicado en la práctica. Cabe constatar que sólo el art. 565 (imprudencia) tiene cierta aplicación en la sanción de homicidios y lesiones imprudentes por infracción del nivel exigible de seguridad en el trabajo (T.S.: 50 casos entre 1981-88).

2.— Se debería ir, por razones de prevención general, a un *tratamiento unitario* en un Título o Capítulo del CP dedicado a la protección penal de los derechos de los trabajadores (Capítulo XIV del Título XII, Libro II del Proyecto de CP de 1992).

3.— El *fracaso* de la tutela penal de la seguridad en el trabajo, propiciada por el 348 bis a), es *deudor del fracaso de las instancias preventivas extrapenales*. Está pendiente de culminar en el proceso legislativo una *Ley básica de Salud Laboral* (Proyecto sobre prevención de riesgos para proteger la salud en el trabajo).

Otro factor del fracaso es el de la *pasividad* de las *instituciones judiciales* (Fiscalía y Magistratura de trabajo), *administrativas* (Inspección de trabajo), (Cfr. la Instrucción nº 7/1991, de 8 de noviembre de la Fiscalía General del Estado, “*Criterios de actuación en los supuestos de infracciones contra el orden*

social'', en ADPCP 1992, pp. 337 y ss.) y de los propios representantes de los trabajadores (*Sindicatos*).

La pretensión de resolver la problemática de la seguridad en el trabajo sólo con el recurso al Derecho Penal, olvidando su carácter de última ratio y descuidando las elementales reglas de técnica legislativa, sin haber agotado vías extrapenales más eficaces, conduce inevitablemente —como le ha ocurrido al legislador español de los ‘‘80’’ en la tutela de intereses colectivos— a postular una política criminal inconsecuente, ineficaz, y condenada de antemano al fracaso.