

UNA REFLEXIÓN GENERAL Y ALGUNAS PARTICULARES SOBRE LA LEY 31/1995, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Prof. Dr. Dr. h.c. Manuel Alonso Olea

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Profesor Emérito de la Universidad Complutense.
Del Colegio Libre de Eméritos.

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRi), dice en su disposición derogatoria única:

Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a la presente Ley, y específicamente ... d) los títulos I y III de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, aprobados por Orden de 9 de marzo de 1971.

Lo que a contrario quiere decir que sigue en vigor el Título 11 de la propia Ordenanza General de Seguridad e Higiene, como, por lo demás, se apresura a confirmar el párrafo 2º del mismo apartado d), que prosigue diciéndonos:

En lo que no se oponga a lo previsto en esta Ley..., continuará siendo de aplicación la regulación de las materias ... que se contienen en el Título II de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene.

La tal Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (en adelante OSH), contiene 161 artículos, de los cuales, el de vigencia mantenida Título 11, comprende los artículos 13 a 151, ambos inclusive. Dato del que resulta evidente que el bloque de la OSH sigue en vigor.

Resultando además que mientras que el Título 1 (12 artículos) se dedica a las que se llama Disposiciones generales, y el Título III (10 artículos) a Responsabilidades y sanciones, el que hemos llamado bloque de la OSH, contenido en el Título 11 (139 artículos) es, su tamaño aparte, el verdaderamente sustantivo en cuanto a la materia objeto de regulación, el que nos dice cuáles son las Condiciones generales de los centros de trabajo y de los mecanismos y medidas de protección, como reza su rúbrica.

De forma que, por decirlo ya de una vez, la LPRi es una norma huera, falta del contenido esencial de una norma sobre salud, seguridad e higiene (SyH en adelante) que, por supuesto, tiene que estar formado por las medidas de seguridad e higiene, o de seguridad y salud en la nueva terminología, que deben ser observadas.

Lo dicho hasta aquí precisa una aclaración y una ampliación.

La aclaración -que rellena los huecos significados por puntos suspensivos usados, al transcribir el párrafo 2º del apartado d) de la disposición derogatoria- consiste en que según éste la vigencia del Título 11 de la OSH se mantiene "hasta que se dicten los Reglamentos" de la LPRi previstos en su artículo 6º, especialmente hay que entender los previstos en su número 1, apartado a), *requisitos mínimos que deben reunir las condiciones de trabajo para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores*, y apartado f) *condiciones de trabajo, medidas preventivas en trabajos especialmente peligrosos ...*

La LPRi, conforme a su disposición final 2ª, entra en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE (ocurrida en 10 de noviembre de 1995). Cuando esto escribo, han pasado ya los tres meses, la Ley ha entrado en vigor, pues, y no se ha dictado ni un sólo reglamento, con lo que el bloque sustantivo de SyH sigue estando en la OSH, Título II.

La ampliación consiste en que no sólo se mantiene la vigencia de "la regulación de las materias" que se contiene en el Título 11 de la OSH, sino también la de "otras normas que contengan previsiones específicas sobre tales materias" (de SyH), en espera también de "los Reglamentos". Normas estas por cierto abundantísimas; baste citar, entre otras, las medidas de seguridad y protección contra las radiaciones

ionizantes, o sobre trabajo en cajones de aire comprimido, o con productos que contengan benceno, o en trabajos con riesgo de amianto, o en trabajos que supongan exposición al plomo metálico y a sus componentes iónicos, etc. Todas ellas reguladas en esas "otras normas" que, por tanto, siguen en vigor. Lo que, si la paradoja expresiva se autoriza, completa el vacío normativo de la LPRi.

La oquedad, lo "vano, vacío y sin sustancia", que es como el Diccionario define lo huero, se completa, siguiendo con la paradoja, con la aproximación peculiarísima que en la LPRi se hace a las Directivas comunitarias en esta materia. En esta materia, en la que son especialmente abundantes si comparadas con la relativa penuria normativa de las Comunidades Europeas sobre materia laboral.

En su preámbulo, la LPRi nos dice, bien dicho, que "de las directivas que configuran el acervo jurídico europeo sobre la protección de los trabajadores en el trabajo ... la más significativa es, sin duda, la 89/391/CEE ... que contiene el marco jurídico general en el que opera la política de prevención comunitaria".

Esta es la directiva, prosigue el preámbulo, que "se transpone al Derecho español", junto con algunas otras que también cita, a saber: la de 92/85, la de 94/33 y la 91/383, respectivamente relativas a *Seguridad y salud en el trabajo de la mujer embarazada que haya dado a luz o en período de lactancia*; *Protección de jóvenes en el trabajo*; *Seguridad y salud de los trabajadores temporales o de empresas de trabajo temporal*.

Pero esto que la LRPi transpone es una ínfima parte de lo transponible y de lo que se debe transponer. En efecto, la "más significativa" denominada Directiva marco 89/931 ha sido desarrollada, conforme a sus propias prescripciones (artículo 16º y anexo) por hasta catorce directivas específicas, de las cuales no se transponen por la LPRi ninguna, salvo la décima (la 92/85), la relativa al trabajo femenino. Todas las demás específicas, quedan sin transponer y, por supuesto que en ellas reside el contenido sustantivo de la normativa comunitaria sobre seguridad y salud de los trabajadores que, respecto de la "marco", juegan el mismo papel que el Título 11 de la OSH para el derecho interno. Así, la directiva primera específica (89/654) es la relativa "a las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo"; la segunda específica (89/655) se refiere a "disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de los equipos de trabajo" -; la tercera específica (89/656) a los "equipos de

protección individual para su utilización por los trabajadores en el trabajo"...; etc .

Nada de esto ha sido transpuesto y, por consiguiente, queda también en el vacío la referencia necesaria a las directivas comunitarias; mejor dicho, ni siquiera se hace.

En algún caso, lo que se acaba de decir llama muy especialmente la atención. El artículo 4, apartado 8º de la LPRi contiene una definición del "equipo de protección individual", que es transcripción literal de la contenida en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 89/656, específica tercera citada que el preámbulo, por cierto, no menciona. Pero aquí empieza y acaba la "transposición". Esta Directiva contiene un anexo primero con arreglo al cual debe formularse un inventario de los reglamentos para la utilización de los equipos según sean físicos, químicos o biológicos (de varios tipos cada uno de ellos), y unos formidables anexos II (Texto indicativo y no exhaustivo de equipos de protección individual) y III (Texto indicativo y no exhaustivo de actividades y sectores que pueden requerir la utilización de equipos de protección individual).

Nada de esto se transpone; la transposición queda reducida a la definición, en lo que ha sido singular la fortuna de esta directiva específica tercera; porque respecto de las demás, salvo la décima, ni la definición. En espera pues, también aquí, de "los Reglamentos" o de ulteriores "transposiciones" por vía reglamentaria u otra; o en espera de que la Directiva sea publicada en el Boletín Oficial del Estado para que así impere sin más, esto es, sin transposición .

Conviene aquí abrir un paréntesis, a propósito de las directivas sobre equipos de protección individual, para

¹ En el volumen editado por la Dirección General de Salud Pública, del Ministerio de Sanidad y Consumo, Decisiones adoptadas por la Unión Europea en materia de salud (Serie de Informes Técnicos, nº 4, 1994) pueden consultarse, bien ordenadas, todas estas directivas.

² LPRi, art. 4.8º: "a los efectos de la presente Ley... se entenderá por equipo de protección individual, cualquier equipo destinado a ser llevado o sujetado por el trabajador para que le proteja de uno o varios riesgos que puedan amenazar su seguridad o su salud en el trabajo, así como cualquier complemento o accesorio destinado a tal fin".

Directiva 89/656/CEE, art. 2.1: *a los efectos de la presente Directiva... se entenderá por equipo de protección individual, cualquier equipo destinado a ser llevado o sujetado por el trabajador para que le proteja de uno o varios riesgos que puedan amenazar su seguridad o su salud en el trabajo, así como cualquier complemento o accesorio destinado a tal fin*".

Hay pues una transcripción literal de la directiva a la LPRi.

³ Sobre las directivas, su ejecución normativa interna y los remedios en caso de inejecución, R. Alonso García, Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea, la. ed., Madrid, 1994, cap. IVA, pags. 224-238.

evitar una posible confusión, a la que incluso los números de identificación de las directivas se prestan.

A la directiva 89/656 ya su transposición ficticia ya nos hemos referido.

Pero existe además una segunda directiva, ésta, la 89/686, también sobre "equipos de protección individual" (en adelante EPIs)⁴; pero no precisamente sobre los equipos de protección individual que se "utilizan por los trabajadores en el trabajo", sino sobre los "equipos de protección individual", sin más o en general. Y esta segunda directiva sí ha sido "transpuesta"; lo fue por el RD. 1407/1992, de 20 de noviembre, y al adoptarse nuevas directivas -concretamente las 93/68 y la 93/65 sobre "cascos y viseras destinados a los usuarios de vehículos de motor de dos o tres ruedas" -se produjo una nueva transposición por el RD. 159/1995, de 3 de febrero, que modificó el ya citado 1407/1992, de 20 de diciembre.

Contrasta esta plétora normativa de "transposición" en cuanto a los EPIs generales, con la penuria en cuanto a los EPIs para el trabajo. Podría quizá argüirse, por lo menos en cuanto a los cascos de los motoristas, que los accidentes en las vías públicas son mucho más letales que los accidentes en las fábricas. Lo que se demuestra por la enormidad de la diferencia de los índices de gravedad de los accidentes de trabajo *in itinere* respecto de los accidentes de trabajo, llámemoslos ordinarios .

Supongo que es innecesario proseguir esta vía la crítica de la LPRi en cuanto Ley sin substancia, cuya "poca confianza en sí misma" 5bis queda trasladada a su intérprete y, se teme éste, a sus destinatarios.

Celebro que M^a Emilia Casas aborde el tema sobre las "competencias administrativas", imaginando que dentro de él está comprendida la distinción entre la LPRi en cuanto "legislación laboral", conforme al artículo 149.1.78 de la Constitución (como la disposición adicional 38 .1 cuida de

⁴ Abreviatura ésta con frecuencia usada; incluso legalmente se utiliza, por ejemplo, en los R.D. 1407/1992 Y 149/1995, que se citan más adelante en el texto.

⁵ Ver al respecto Alonso Olea - Tortuero Plaza, Instituciones de Seguridad Social, 14^a edición, Madrid, 1995, págs. 70 a 77; en especial, la nota 115 en pág. 75. A lo que allí se dice, puede añadirse que según la Memoria de la Dirección General de Relaciones Laborales de la Xunta de Galicia, 1994, pág 116, en Galicia, en 1994, los accidentes *in itinere*, que fueron el 6,1% de los accidentes de trabajo totales, representaron el 16,6% de los graves y el 19,5% de los mortales.

⁶ S. González Ortega y J. Aparicio Tovar, Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, Madrid, 1996, pág. 330.

decir) por tanto competencia exclusiva del Estado, ella misma como sus normas reglamentarias; y la LPRi en cuanto aplicable al "personal civil con relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones públicas" y, por tanto, como "legislación básica" (como se cuida de decir el n^o 2 de la misma disposición adicional 38) en el sentido del artículo 149.1.188 de la Constitución, habilitante para que las Comunidades Autónomas puedan en general dictar normas complementarias. Con la señalada particularidad que, así como las normas reglamentarias de la legislación laboral son también en general, en efecto, legislación laboral según jurisprudencia constitucional inconcusa aquí, en cuanto a los funcionarios, las normas reglamentarias que dicte el Gobierno participando, es claro, del carácter de la norma reglamentada como ella, "tendrán este mismo carácter básico" (LPRi disposición adicional 3a, número 1, apartado a), párrafo último), lo que puede rellenar el vacío con una indescriptible confusión, aparte de forzar a que cada reglamento diga cuál es su naturaleza o cómo, según su naturaleza, se escinden sus preceptos, todos los cuales no son básicos (ver el listado de la propia disposición adicional 3a, número 1, apartado a)). Todo ello, salvo el mejor y más fundado parecer de quienes conmigo participan en esta obra colectiva, señaladamente el de la Profesora Casas Baamonde .

Me referiré a continuación a las "algunas (reflexiones) particulares" a que alude el título, eligiendo de entre las que no creo que sean objeto de los trabajos de mis colegas.

La primera de ellas se refiere a las empresas de trabajo temporal (E.U. en adelante) y a sus responsabilidades en materia de seguridad y salud de los trabajadores y como se combinan con las de la empresa usuaria (E.u. en adelante), ligadas entre sí por el contrato innominado de "puesta a disposición", y la primera al trabajador, que cede a la segunda, en virtud de un contrato de trabajo atípico.

En la Ley de Empresas de Trabajo Temporal (Ley 14/1994, de 1 de junio; LTT en adelante) hay ya una indicación al respecto sobre este problema; sobre este nada sencillo problema, habida cuenta de la disociación de las funciones y poderes empresariales entre la E.tt y la E.u.

El artículo 16, núm. 2 de la LIT nos dice en efecto:

⁷ La cuestión fue tempranamente resuelta en este sentido por las sentencias del Tribunal Constitucional 18, 35 Y 85/1982, de 4 de mayo, 14 de junio y 23 de diciembre. Tengo comentadas estas sentencias en Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social, tomo I, Madrid, "Civitas", 1983, referencias 9, 13 Y 33.

⁸ Se ha ocupado del tema con cierta amplitud, M.C: Palomeque, El nuevo marco jurídico de la prevención de riesgos laborales, en "Actualidad laboral", 8/19, pags. 202-206, estudio del que no dispuse al escribir éste.

La empresa usuaria es responsable...

- de la seguridad e higiene en el trabajo ...

- así como del recargo de las prestaciones de seguridad social a que se refiere el artículo 93 del Decreto 2065/1974, de 3 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, en caso de que el accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en su (de la E.u.) centro de trabajo durante la vigencia del contrato de puesta a disposición (entre la E. T. T y la E. u.) y traiga su causa de falta de medidas de seguridad e higiene.

De ambas fuentes de responsabilidad se hace eco la LPRi.

De la primera: conforme a su artículo 28, núm. 5, la E.u. es responsable "de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores", básica regla que se completa imponiendo también a la E.u. los deberes generales de información sobre los riesgos a los que el trabajador va a estar expuesto y los especiales de información respecto de los trabajadores que hayan de ocuparse de las actividades de protección o prevención.

La E.tt -todo esto, y algo más, también en el artículo 28.5 de la LPRi- tiene obligaciones de información similares, que ha de cumplir "antes de la adscripción" de los trabajadores afectados a la E.u.; y la obligación de vigilar periódicamente el "estado de salud" de los propios trabajadores.

Un reparto de responsabilidades éste entre las dos empresas, sin solidaridad ni subsidiaridad entre ellas, que no va a ser fácil de delimitar en la práctica. Pero nada es sencillo cuando hay que enfrentarse con "el fenómeno de la disociación de la función del empresario"¹⁰, entre la E.tt y la E.u.

Y no puede decirse que contribuya a simplificado el *Primer Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal*, publicado en el BOE de 21 de abril de 1995.

Partiendo de la confusión del Convenio, que reproduce la de la Ley, a propósito de que las E.tt "cuya actividad consiste en poner a disposición de otra, *con carácter temporal*, trabajadores por ella contratados", no obstante lo cual el contrato de trabajo "celebrado entre la empresa de trabajo

⁹ La referencia hay que entenderla hoy hecha al art. 123 del Texto Refundido aprobado por R.D. Legislativo 1/1994, de 20 de junio (en adelante LSS); modificado, aunque no en el tema que nos ocupa, por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre.

¹⁰ A. Monteiro Fernandes, *Noções Fundamentais de Direito do Trabalho*, t. I, 5^ª. ed. Coimbra, 1983, pág. 70.

temporal y el trabajador para prestar sus servicios en empresas usuarias, podrá contratarse *por tiempo indefinido* (LTT, art 10.1), aplicándose "cuando el contrato se ha celebrado por tiempo indefinido, la *normativa de carácter general*" (¿?) (LTT, art 11.2), partiendo de esto, el Convenio nos dice que a sus efectos, existen dos tipos de trabajadores:

a) El trabajador "en misión", aquél que preste sus servicios en la Eu., mediante contrato temporal, o en su caso, por tiempo indefinido.

b) El "estructural" o "interno", aquél que con carácter fijo o temporal, preste directamente su actividad en la E.t.t.

Prescindiendo de todo esto, digo, y de la confusión inenarrable que caracteriza este Convenio, en él se nos dice que las facultades de dirección y control corresponden a la E.u., mientras que las facultades disciplinarias corresponden a la E.u. Una disociación que si comprensible respecto del que llama trabajador "en misión" no lo es respecto del "estructural".

Respecto de la seguridad e higiene en el trabajo, el art. 41 del Convenio reproduce en sustancia los preceptos de la LTT, lo que, con todas sus deficiencias, sería aceptable si se supiera cuál es el ámbito real de aplicación del convenio. O mejor dicho, sabiéndose que éste comprende al "*estructural*" o "*interino*" que con carácter fijo o temporal preste directamente su actividad en la ETT, hay que llegar a la conclusión que en este caso la responsabilidad se imputa directamente a la E.u. y más si se tiene en cuenta que, por hipótesis, el accidente de trabajo no ocurrirá, ni la enfermedad profesional se contraerá "en el centro de trabajo de la E.u.", inexistente en el supuesto.

Dejo este tema aquí; no es exactamente que no lo prosiga porque "la argumentación exigiría un esfuerzo mayor del que merece su objeto" que hubiera dicho Sócrates (Platón, Timeo, 38e) sino porque el objeto, el Convenio y sus intrínquilis, desbordan aquí el tema concreto de indagación, las reglas sobre seguridad e higiene contenidas en el mismo, no comprensibles fuera de su contexto total

La segunda reflexión particular, guarda una cierta conexión con la anterior y se refiere al recargo de las prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, hoy previstas y ordenadas por el art 123 de la LSS, para "*cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o 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 medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad*

dad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador".

Según el propio art. 123, se trata de un precepto sancionador -de una indemnización "punitiva", de *punitive damages*, hablaría sin duda un jurista anglo-sajón -dado que, prosigue la LSS (art. 123) "*la responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla*".

Es ésta una norma viejísima en nuestro Derecho, nacida con la primera Ley de Accidentes de Trabajo (figura en el art. 5º regla 5ª de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900),¹¹ con una formidable historia doctrinal y jurisprudencial .

El art 15 de la LPRi sobre *Principios de la acción protectora*, concluye con un núm. 5 cuya redacción cabalística es la siguiente:

Podrán concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la prevención de riesgos derivados del trabajo, la empresa respecto de sus trabajadores...

Digo que es cabalística esta redacción, porque no se vé con claridad de qué se nos está hablando.

Indudablemente no se está hablando de que se aseguren los accidentes de trabajo que son los "riesgos derivados del trabajo" típicos, respecto de los cuales la cobertura es por supuesto obligatoria; la empresa respecto de sus trabajadores no es ya que para asegurar su responsabilidad "pueda concertar operaciones de seguro" sino que tiene la obligación estricta de concertadas.

Excluido lo anterior sigamos indagando qué se nos quiere decir con esta redacción enrevesada: "operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo".

y hagámoslo para rechazar de plano que lo que se pretende sea permitir el aseguramiento -prohibido, como se vio, por el art. 123.2 de la LSS- de los recargos de las indemnizaciones por accidente derivado del incumplimiento de las normas de seguridad e higiene. En primer lugar, porque, si

¹¹ Su texto puede consultarse en A. Martín Valverde et al., *La Legislación Social en la Historia de España*, Madrid, 1987, págs. 225-257.

¹² Al respecto Alonso Olea - Tortuero Plaza, *Instituciones n.*, cit., págs. 136 a 141.

tal hubiera sido la intención, hubiera sido preciso hacer constar la derogación, en lo pertinente, del art. 123.2 de la LSS, incapaz de ser sub sumida por su precisión y por su aludida transcendencia normativa, dentro de la fórmula general (de la que, como tantas otras normas, usa la LPRi, disposición derogatoria única, inciso primero) de "*opuestas a la presente Ley*". Pero es que, en segundo término, el art. 42, núm. 3 de la LPRi sigue hablando del recargo de prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social",... de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema", una referencia evidente a LSS, art. 123, que permanece intocado. Por lo tanto, es evidente que las "operaciones de seguro" de que habla la LPRi, art. 15.5, no se refieren a las responsabilidades por deficiencias de seguridad e higiene que siguen sin "*poder ser objeto de seguro alguno*".

Si se quiere apurar la argumentación, hasta grotesco resulta pensar que el barroquismo normativo sirva de apoyo a una tesis conforme a la cual, la responsabilidad de que se está hablando subsiste, pero puede ser asegurada. Porque ello supondría una mutación radical en el carácter de la responsabilidad, inconcebible sin precepto expreso y sin que pueda pensarse que de lo que se trataría a la postre, sería de derivar hacia el Instituto Nacional de la Seguridad Social, o hacia la

Tesorería General de la Seguridad Social, las deficiencias de este inaudito aseguramiento, contra una jurisprudencia consolidada conforme a la cual "*el carácter sancionador hace intransferible ... la responsabilidad del empresario por falta de medidas de seguridad*"¹³ .

Y todo lo demás aparte y secamente dicho: si el recargo dejara de ser sanción, y en consecuencia se admitiera su aseguramiento, carecería en absoluto de sentido que existiera. La esencia del recargo esta en su carácter sancionador; predicar la desaparición del carácter es predicar la desaparición de lo caracterizado.

POST SCRIPTUM:

La instrucción de 26 de febrero de 1996, publicada en el BOE de 8 de marzo, desarrolla la LPRi, aunque sólo desde el punto de vista, llamémosle burocrático. Y referido sólo a su aplicación a la Administración del Estado, para cuyo ámbito dice con cierta pomposidad la Introducción de

¹³ Sentencias del TS, Sala 4ª en unificación de doctrina, de 8 de marzo de 1993 (Art. 1714), 31 de enero y 7 Y 8 de febrero de 1994 (Art. 398, 809 Y 815), deliberadas y entre otras.

la Instrucción que "supone una novedad importante" y que "constituye un avance cualitativo de primera magnitud".

El R.D. 150/1996, de 2 de febrero, publicado también en el BOE de 8 de marzo, modifica el Reglamento de Normas Básicas de Seguridad Minera, aprobado por el R. D. 863/1995, norma que, como en general las relativas a "prevención de riesgos profesionales en las explotaciones mineras", quedan con "vigencia no afectada" por LPRi (disposición derogatoria única, párrafo último, que menciona expresamente el recién citado R.D. 863/1985).

"Transpone" el R. D. 150/1996, -con su formidable anexo la directiva comunitaria 92/91 (11ª de las específicas) relativa a SyH de los *trabajadores en las industrias extractivas por sondeos*. Transpone y más que transpone, porque su contenido es mucho más amplio que el de la directiva transpuesta. No contiene ninguna mención a LPRi. Deja de transponer la directiva 92/104 sobre SyH de los *trabajadores de la industria extractiva a cielo abierto o subterráneo*, que, parecería, debería haber sido objeto de transposición simultánea.

EL DEBER EMPRESARIAL DE PROTECCION AL TRABAJADOR EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL

Tomás Sala Franco

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia

SUMARIO: 1. La situación anterior a la Ley 31/1995. 2. La caracterización general de la obligación empresarial de protección eficaz frente a los riesgos laborales en la Ley 31/1995. 3. Las concretas obligaciones empresariales. A. La obligación de evitar el riesgo. B. La obligación de evaluación de riesgos y de planificación preventiva. C. La obligación de proporcionar equipos de trabajo y medios de protección adecuados. D. La obligación de información de los trabajadores. E. La obligación de formación de los trabajadores. F. La obligación de elaborar un plan de emergencia. G. La obligación de adoptar las medidas necesarias en caso de riesgo grave e inminente para los trabajadores. H. La obligación de vigilar periódicamente el estado de salud de los trabajadores. I. La obligación de documentación. J. La obligación de protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos. 4. El principio de coordinación de las actividades empresariales realizadas dentro de un mismo centro de trabajo. 5. El principio de equiparación de los trabajadores temporales.

1. LA SITUACIÓN ANTERIOR A LA LEY 31/1995

1. Con anterioridad a la Ley 31/1995, la obligación empresarial de protección al trabajador en materia de seguridad y salud laboral venía configurada como una obligación contractual e integrada en el contenido básico del contrato de trabajo¹.

En efecto, el art. 4.2.d) del E.T. incluía entre los derechos que los trabajadores poseen en la relación de trabajo un ambiguo y abstracto derecho "*a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene*" que, más tarde, el art. 19 del E.T. concretaba en:

a) Un "*derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene*" (párrafo primero).

b) Un "*derecho a participar por medio de sus representantes legales en el centro de trabajo... en la inspección y control de dichas medidas que sean de observancia obli-*

gada por el empresario... si no se cuenta con órganos o centros especializados competentes en la materia a tenor de la legislación vigente" (párrafo segundo).

c) Un derecho a que "*el empresario (le facilite) una formación práctica adecuada en materia de seguridad e higiene en el momento de contratar, cuando cambie de puesto de trabajo o tenga que aplicar una nueva técnica que pueda ocasionar riesgos graves para el propio trabajador o para sus compañeros o terceros, ya sea con servicios propios, ya sea con la intervención de los servicios oficiales correspondientes*" (párrafo cuarto).

d) Un derecho a que el empresario "*adopte las medidas oportunas que hagan desaparecer el estado de riesgo*" en los casos de "*probabilidad seria y grave de accidente por la inobservancia de la legislación aplicable en la materia*".

e) Un derecho de los trabajadores nocturnos y de quienes trabajen a turnos a "*gozar en todo momento de un nivel de protección en materia de salud y seguridad adaptado a la naturaleza de su trabajo, incluyendo unos servicios de protección y prevención apropiados y equivalentes a los de los restantes trabajadores de la empresa*" (art. 36.4 E.T.).

¹ Ver, in extenso, L. FERNANDEZ MARCOS. La seguridad e higiene del Trabajo como obligación contractual y como deber público. Ed. Servicio de Publicaciones del Ministerio de trabajo. Madrid. 1975.

f) Un derecho de los trabajadores nocturnos a "*una evaluación gratuita de su salud, antes de su afectación a un trabajo nocturno y, posteriormente, a intervalos regulares, en los términos que se establezca en la normativa específica en la materia. Los trabajadores nocturnos a los que se les reconozca problemas de salud ligados al hecho de su trabajo nocturno tendrán derecho a ser destinados a un puesto de trabajo diurno que exista en la empresa y para el que sean profesionalmente aptos. El cambio de puesto de trabajo se llevará a cabo de conformidad con lo dispuesto en los arts. 39 y 41, en su caso, de la presente Ley*" (art. 36.4 E.T.).

g) Un derecho de los trabajadores que trabajen a cierto ritmo a que el empresario organice el trabajo teniendo en cuenta "*el principio general de adaptación del trabajo a la persona, especialmente de cara a atenuar el trabajo monótono y repetitivo en función del tipo de actividad y de las exigencias en materia de seguridad y salud de los trabajadores. Dichas exigencias deberán ser tenidas particularmente en cuenta a la hora de determinar los periodos de descanso durante la jornada de trabajo*" (art. 36.5 E.T.).

2. Por su parte, el art. 7 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el trabajo, de 9 de marzo de 1971, enumeraba las obligaciones generales del empresario del siguiente modo:

1. Cumplir las disposiciones de esta Ordenanza y cuantas en materia de seguridad e higiene del trabajo fueran de pertinente aplicación en los centros o lugares de trabajo de la empresa por razón de las actividades laborales que en ella se realicen.
2. Adoptar cuantas medidas fueren necesarias en orden a la más perfecta organización y plena eficacia de la debida prevención de los riesgos que puedan afectar a la vida, integridad y salud de los trabajadores al servicio de la empresa.
3. Proveer cuanto fuere preciso tanto para el mantenimiento de las máquinas, herramientas, material y útiles de trabajo en debidas condiciones de seguridad como para el normal funcionamiento de los servicios médicos, instalaciones sanitarias y servicios de higiene para los trabajadores de la empresa.
4. Facilitar gratuitamente a los trabajadores los medios de protección personal de carácter preceptivo adecuados a los trabajos que realicen.
5. Velar por la práctica de reconocimientos médicos, iniciales y periódicos, a los trabajadores, conforme a lo establecido en las disposiciones vigentes.
6. Observar con todo rigor y exactitud las normas vigentes relativas a trabajos prohibidos a mujeres y menores e impedir la ocupación de trabajadores en máquinas o actividades peligrosas cuando los mismos sufran dolencias o defectos físicos, tales como epilepsia, calambres, vértigos, sordera, anomalías de visión u otros análogos, o se encuentren en estado o situaciones que no respondan a las exigencias psicofísicas de sus respectivos puestos de trabajo.
7. Determinar en los niveles jerárquicos definidos en el Reglamento de Régimen Interior o, en su defecto, mediante instrucciones escritas, las facultades y deberes del personal directivo, técnicos y mandos intermedios, en orden a la prevención de accidentes y enfermedades profesionales.
8. Establecer aquellos cauces constantes que, en cualquier momento, permitan obtener una información adecuada sobre los defectos de prevención que se produzcan y los peligros que se adviertan.
9. Fomentar la cooperación de todo el personal a sus órdenes para mantener las mejores condiciones de seguridad, higiene y bienestar de los trabajadores en la empresa.
10. Promover la más completa formación en materia de seguridad e higiene del trabajo del personal directivo, técnicos, mandos intermedios y trabajadores al servicio de la empresa.
11. Facilitar instrucción adecuada al personal antes de que comience a desempeñar cualquier puesto de trabajo acerca de los riesgos y peligros que en él puedan afectarle, y sobre la forma, método y procesos que deban observarse para prevenidos o evitarlos.
12. Consultar con el comité de seguridad e higiene del trabajo, o, en su defecto, al vigilante de seguridad, sobre todas aquellas cuestiones relativas a dichas materias que puedan suscitarse con motivo de las actividades desarrolladas en la empresa.
13. Adoptar las medidas oportunas para el cumplimiento de las recomendaciones del comité o vigilante a que se refiere el número anterior e informados, en su caso, de los motivos y razones por las cuales no fueron aceptadas.
14. Tener a disposición de su personal un ejemplar de esta Ordenanza y, en su caso, del Anexo o Anexos que correspondan a las actividades que en la empresa se realicen; asimismo, habrá de facilitar los expresados ejemplares al comité de seguridad e higiene del trabajo

y a cada uno de sus miembros, y de no existir comité, al vigilante de seguridad.

Aunque, realmente, la casi totalidad de los 161 artículos de la O.G.S.H.T. venían a ser un compendio de las obligaciones empresariales y de los correspondientes derechos de los trabajadores sobre seguridad y salud en el trabajo.

2. LA CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA OBLIGACIÓN EMPRESARIAL DE PROTECCIÓN EFICAZ FRENTE A LOS RIESGOS LABORALES EN LA LEY 31/1995

3. Como ha señalado PALOMEQUE², la protección de la seguridad y salud de los trabajadores mediante la prevención de los riesgos laborales se articula en base a dos conceptos: 1) La definición de una política de prevención de riesgos laborales a realizar por las Administraciones Públicas y 2) el reconocimiento de un derecho del trabajador a una protección de los trabajadores a su servicio.

En efecto, la Ley 31/1995, establece expresamente la existencia de un deber *empresarial-"correlativo"* de un derecho de los trabajadores-, de protección «eficaz» del trabajador en orden a garantizar su seguridad y su salud en todos los aspectos relacionados con el trabajo, mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias (art. 14.1 y 2 Ley), lo que parece indicar con toda claridad la naturaleza contractual de tal obligación empresarial.

Así pues, la novedad no reside en el reconocimiento de un deber u obligación de naturaleza contractual -ya reconocido, como vimos, con anterioridad por la O.S.R.T.³ y por el E.T.-, sino en su mayor delimitación y concreción, como podremos comprobar a continuación.

4. En primer lugar, se trata de una obligación genérica compleja que se concreta en un haz de específicas obligaciones, todas ellas previstas en la ley, que constituyen medios para alcanzar el fin pretendido: la seguridad y salud laborales.

En este sentido, la obligación genérica empresarial de garantizar que el trabajo sea seguro y que no ocasione daños en la salud del trabajador se concreta en las siguientes obligaciones de medio:

1ª) Obligación de evitar el riesgo (arts. 15.La), c) y f) Ley).

2ª) Obligación de evaluar los riesgos que no se puedan evitar y de planificar la acción preventiva en la empresa (arts. 14.2, 15.Lb) Y 4 Y 16 Ley).

3ª) Obligación de proporcionar al trabajador los equipos de trabajo y los medios de protección adecuados (arts. 15.Lh) y 17 Ley).

4ª) Obligación de dar información, consultar y dar participación a los trabajadores (arts. 14.1 y 2, 15.1.i) Y 3 Y 18 Y Capítulo V Ley).

5ª) Obligación de proporcionar formación a los trabajadores individuales en materia preventiva (arts. 14.1 y 2 Y 19 Ley).

6ª) Obligación de elaborar un plan de emergencia (arts. 14.2 y 20 Ley).

7ª) Obligación de adoptar las medidas necesarias en caso de riesgo grave e inminente para los trabajadores (arts. 14.1 y 2 Y 21 Ley).

8ª) Obligación de vigilar periódicamente el estado de salud de los trabajadores (arts. 14.1 y 2 Y 22 Ley).

9ª) Obligación de documentación (art. 23 Ley).

10ª) Obligación de protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos (arts. 15.2.a), 25, 26 Y 27 Ley).

11ª) Obligación de constituir un sistema de prevención (arts. 14.2 y Capítulo IV Ley).

Así lo demuestra la propia estructuración del art. 14 de la Ley, cuyo párrafo primero reconoce a los trabajadores el "*derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo*" y, más tarde, señala con rotundidad que "*los derechos de información, consulta y participación, formación en materia preventiva, paralización de la actividad en caso de riesgo grave e inminente y vigilancia de su estado de salud, en los términos previstos en la presente Ley, forman parte del derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo*".

Esta complejidad de la obligación empresarial viene igualmente avalada en términos aún más directos por el

² Cfr. M.C. P. ALOMEQUE LÓPEZ, El nuevo marco de la prevención de riesgos laborales: La Ley 31/1995, de 8 de noviembre. Actualidad Laboral. nº 8, Febrero 1996. pág. 206.

³ En este mismo sentido, T. SALA FRANCO Y F. ARNAU NAVARRO. Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1996. págs. 77 y ss.; M.C. PALOMEQUE LÓPEZ. op. cito pág. 208.

párrafo segundo del mismo artículo donde se establece que "en cumplimiento del deber de protección, el empresario debe garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. A estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, con las especialidades que se recogen en los artículos siguientes en materia de evaluación de riesgos, información, consulta y participación y formación de los trabajadores, actuación en casos de emergencia y de riesgo grave e inminente, vigilancia de la salud y mediante la constitución de una organización y de los medios necesarios en los términos establecidos en el Capítulo IV de la presente Ley".

5. En segundo lugar, como consecuencia natural de esta complejidad obligacional, la obligación contractual genérica del empresario de protección eficaz del trabajador en su trabajo será, a mi juicio, una obligación de medio y no de resultado. Esto significa que el empresario cumplirá con su obligación genérica cumpliendo todas las obligaciones específicas en que aquella se concreta, poniendo todos los medios necesarios para que no se produzcan daños, aunque éste finalmente se produzca -esto es, una enfermedad profesional o un accidente de trabajo (o, si se quiere, "enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo", es decir, "daños derivados del trabajo": art. 4.30 Ley)-, y, en sentido contrario, que incumplirá su obligación genérica incumpliendo alguna de las obligaciones específicas, aunque no se produzca un resultado dañoso. Lo importante, a estos efectos, es, pues, poner los medios -cumplir con las obligaciones específicas- y no tanto que se produzca o no un resultado dañoso para el trabajador.

Lo que tendrá como consecuencia jurídica lógica que la exigencia de responsabilidad al empresario por incumplimiento no será nunca una responsabilidad objetiva sino una responsabilidad subjetiva derivada de dolo o de culpa o negligencia.

En sentido contrario, afirmando que la obligación empresarial es una obligación de resultado -"de forma que sólo un resultado positivo, consistente en la ausencia de daños o lesiones, hace que dicha obligación quede cumplida en modo adecuado"⁴ -, parecen manifestarse GONZA-

LEZ ORTEGA y AP ARICIO TOVAR, alegando la literalidad de la ley que habla del empresario como "garante" de la seguridad y de la salud de los trabajadores (art. 14.2 de la Ley en relación con el art. 5.1 de la Directiva Marco)⁵, de que la protección debida por el empresario debe ser "eficaz"⁶ y de que el empresario debe realizar "la prevención de los riesgos laborales", adoptando "cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores"⁷ - y el hecho de que el art. 14.2 de la Ley, de acuerdo con el art. 6.1 de la Directiva Marco, obligue al empresario a desarrollar, en la actuación de su deber de seguridad, "una acción permanente con el fin de proporcionar los niveles de protección existentes", obligación que se materializa en el imperativo de disponer "lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención... a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que inciden en la relación de trabajo", exigiendo del empresario una actualización constante de las medidas de seguridad en razón de los cambios en el entorno de trabajo.

Ello no obstante, estos mismos autores rebajan el planteamiento anterior, afirmando a continuación que "el que la obligación empresarial pueda, por lo dicho, calificarse de una obligación de resultado, de tal manera que se considere objetivamente incumplida si se actualiza el daño para la salud del trabajador, debe interpretarse en el sentido de que tal incumplimiento objetivo determina la responsabilidad del empresario. Aunque no siempre. Por el contrario, es posible que dicha responsabilidad exista sólo cuando entre el incumplimiento y el daño causado se produzca el nexo de conexión que se concreta en la falta de diligencia exigible; de forma que sólo entonces podrá afirmarse que el empresario ha incumplido de manera a él imputable su obligación de seguridad y se desencadenarán las consecuencias previstas en el art. 42 de la Ley"⁸.

⁵ "No se trata ya sólo de que el empresario esté obligado a intentar que la salud y la seguridad de los trabajadores no sufra merma ni lesión como consecuencia del desempeño de su trabajo; la Ley da un paso más, muy cualitativo, y exige al empresario la garantía de que tal resultado lesivo no va a producirse" (op. Cit. pág. 107).

⁶ "Y no existe otro modo de eficacia que la ausencia de lesión para los trabajadores. Si, por el contrario, el riesgo se produce y, eventualmente, la lesión o el daño se ocasiona, la protección no habrá sido eficaz y, en consecuencia, el deber empresarial no se habrá cumplido" (op. Cit. pág. 107).

⁷ "Lo que remite a la seguridad como resultado a obtener y hace que sea en función de ese resultado como se precise el carácter necesario de las propias medidas" (op. Cit. pág. 108).

⁸ Op. Cit. pág. 108.

⁴ Cfr. S. GONZÁLEZ ORTEGA y J. APARICIO TOVAR. Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales. Ed. Trotta. Valladolid. 1996. pág. 107.

En efecto, a mi juicio, lo que sucede es que, aún tratándose de una obligación de medio y no de resultado y, consiguientemente, de una responsabilidad subjetiva por dolo o culpa y no objetiva, son de tal calibre las obligaciones y la diligencia exigibles al empresario que ello hará muy difícil eximirse de responsabilidad alegando haber cumplido todas las obligaciones exigidas y con la diligencia debida: a) Primero, son muchas las obligaciones de medio (ver supra) que integran o concretan el deber genérico del empresario de protección eficaz del trabajador en materia de seguridad y salud laboral. b) Segundo, muchas de estas concretas obligaciones empresariales son de una gran amplitud y ambigüedad. Así, por ejemplo, la obligación de evitar el riesgo, combatiéndolo en su origen y sustituyendo lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro (art. 15.La), c) y f) Ley) (ver infra) o la obligación de velar por el uso efectivo de los medios de protección adecuados (arts. 15.Lh) y 17 Ley). c) Tercero, la ley señala que *"la efectividad de los medios preventivos deberá prevenir las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador"* (art. 15.4 Ley), trasladando así el riesgo del trabajador al empresario, ampliando notablemente sus obligaciones y, con ello, sus eventuales responsabilidades, dado que el concepto de *"imprudencia temeraria"* es siempre restrictivo y que casi todas las imprudencias son *"profesionales"*. d) Finalmente, el carácter dinámico de la obligación empresarial (art. 14.2 Ley) (ver infra).

Todo lo cual, sin duda alguna, con base en los derechos constitucionalmente protegidos, convierte la obligación empresarial en algo muy difícil de cumplir y a la eventual responsabilidad en una responsabilidad de la que será muy difícil escapar, sobre todo, en el caso de producirse un daño para el trabajador. Pero, aún así, todo ello no justifica en términos técnico-jurídicos la calificación de la obligación como de resultado y de la responsabilidad como objetiva.

Y esta construcción legal no atenta, en mi opinión, contra lo dispuesto en la Directiva Marco, ya que ésta expresamente señala que *"la presente Directiva no obstaculizará la facultad de los Estados Miembros para establecer la exclusión o la disminución de la responsabilidad de los empresarios por hechos derivados o de circunstancias que les sean ajenas, anormales o imprevisibles o de acontecimientos excepcionales, cuyas consecuencias no hubieran podido ser evitadas a pesar de toda la diligencia desplegada"* (art. 5.4 Directiva Marco). La ley lo que hace, en este preciso sentido, es delimitar el ámbito de la exclusión de la responsabilidad empresarial: Cuando se produzca el resultado dañoso para el trabajador habiendo cumplido el

empresario todas las obligaciones exigidas por la concreta normativa vigente, no existirá responsabilidad para éste último.

6. En tercer lugar, el deber de protección empresarial es un deber de contenido variable, esto es, de permanente modificación en atención a las nuevas circunstancias laborales y a los nuevos y perfeccionados mecanismos de producción y de protección colectiva o individual.

De acuerdo con lo dispuesto en la Directiva Marco⁹, el art. 14.2 de la ley, como ya vimos (ver supra), impone al empresario una obligación de naturaleza dinámica, lo que significa que el empresario viene obligado *"a un papel activo frente a la evolución de los riesgos"* y *"a la progresiva adaptación de las medidas adoptadas en materia de salud y seguridad"*¹⁰.

Ahora bien ¿cuál será el alcance de tal dinamicidad en la obligación empresarial de seguridad? ¿Cumplirá el empresario con su obligación contractual cumpliendo las distintas obligaciones de la normativa general de la Ley y de la normativa específica jurídico-técnica frente a riesgos particulares o, por el contrario, cuando las medidas u obligaciones recogidas en la normativa no sean suficientes para garantizar eficazmente la seguridad y salud laboral de los trabajadores -habiéndose producido un daño-, la obligación general de seguridad del empresario irá más allá del cumplimiento de tal normativa?

En mi opinión, la dinamicidad de la obligación empresarial constituye un principio inspirador de la normativa genérica o específica en cuanto a las concretas obligaciones empresariales en esta materia. Así, el desarrollo técnico condicionará la obligación de evaluación de riesgos (*"la evaluación será actualizada cuando cambien las condiciones de trabajo y, en todo caso, se someterá a consideración y se revisará, si fuera necesario, con ocasión de los daños para la salud que se hayan producido"*, dirá el art. 16.1.in fine Ley) o la obligación de vigilancia de la salud de los trabajadores que deberá ser periódica (art. 22.1 Ley) y las necesarias modificaciones de las normas jurídico-técnicas. Ahora bien, en el caso de que estas últimas hubieran concretado obligaciones particulares, el empresario afectado se liberará de responsabilidad con el cumpli-

⁹ "El empresario deberá velar para que se adopten estas medidas a fin de tener en cuenta el cambio de las circunstancias y tender a la mejora de las situaciones exigentes" (art. 6.1 de la Directiva Marco).

¹⁰ Cfr. F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL. La Directiva Marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del ordenamiento español. La Ley. 1991. 1. pág. 1227.

miento de éstas, sin que pueda exigírsele otras obligaciones adicionales en base a su deber genérico de protección, en aras de una seguridad jurídica mínima.

7. En cuarto lugar, se trata de un deber empresarial de imposible traslado a otros sujetos implicados en la protección, ya sean éstos últimos trabajadores o terceros.

Así, de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva Marco (art. 5.2 y 3 Directiva Marco), la ley señala que *"las obligaciones de los trabajadores establecidas en esta ley, la atribución de funciones en materia de protección y prevención a trabajadores o servicios de la empresa y el recurso al concierto con entidades especializadas para el desarrollo de actividades de prevención complementarán las acciones del empresario, sin que por ello le eximan del cumplimiento de su deber en esta materia sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar, en su caso, contra cualquier otra persona"* (art. 14.4 Ley).

De esta manera, el incumplimiento de las correspondientes obligaciones en materia de prevención de riesgos de los trabajadores encargados o de los servicios de prevención propios o concertados no liberará de responsabilidad al empresario, que resulta así intransferible, con independencia de las acciones de resarcimiento que el empresario pudiera en su caso ejercitar contra los incumplidores.

8. En quinto lugar, finalmente, el costo de la protección laboral nunca podrá recaer sobre los trabajadores. Así, el art. 14.5 de la Ley, de acuerdo con la Directiva Marco (art. 6.5), dirá: *"El coste de las medidas relativas a la seguridad y la salud en el trabajo no deberá recaer en modo alguno sobre los trabajadores"*.

Este principio general se plasmará en las concretas obligaciones empresariales: de evaluación de riesgos, de proporcionar adecuados equipos de trabajo y medidas de protección, de formación de los trabajadores, de vigilancia de su salud o de constitución de un sistema de prevención (ver infra).

3. LAS CONCRETAS OBLIGACIONES EMPRESARIALES

9. Dejando a un lado aquellas obligaciones empresariales de carácter organizativo -la constitución de un sistema de prevención (art. 14.2 y Capítulo IV de la Ley)-, o aquellas otras consistentes en medidas preventivas de carácter colectivo -la obligación de dar información, consultar y dar participación a los trabajadores a través de sus representantes (arts. 14.1 y 2, 15.I.i) Y 2 Y 18 Y Capítulo V de la Ley)-, me referiré a continuación a aquellas otras

obligaciones empresariales en materia de prevención de riesgos que inciden, directa o indirectamente, en la relación individual de trabajo.

A. La obligación de evitar el riesgo.

10. El empresario, en primer término, viene obligado a identificar los riesgos existentes en su empresa -*"la posibilidad de que el trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo"* (art. 4.2 de la Ley)-, -derivados de las condiciones de trabajo- entendidas éstas en un sentido amplio como *"cualquier característica del (trabajo) que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador"*, quedando comprendidas las características referidas a locales, instalaciones, equipos (máquinas, aparatos o instrumentos) y productos, ambiente de trabajo y procesos de producción (art. 4.7 de la Ley-, para evitarlos (art. 14.1.a) de la Ley), combatiéndolos en su origen (art. 15.1.c) de la Ley) y sustituyendo lo peligroso por lo que entraña poco o ningún peligro (art. 15.1.f) de la Ley).

11. Obsérvese que la ley, desarrollando lo dispuesto en la Directiva Marco (art. 6.2), no establece un parámetro de razonabilidad en la obligación empresarial de evitar el riesgo, sino que se refiere genéricamente a evitar los riesgos que sea posible evitar, teniendo en cuenta la evolución de la técnica (art. 15.1.a, b) y e) Ley). Al ser, pues, *la "posibilidad"* y no la *"razonabilidad"* el límite de la obligación empresarial, será la técnica y no la economía la que limite ésta última. Así, el empresario no podrá liberarse de esta responsabilidad por razones económicas derivadas del costo de las medidas de prevención sino que vendrá obligado a dar la máxima seguridad tecnológicamente posible¹¹, en línea con el sector jurisprudencial anterior a la Ley que, con base en el art. 7.2 de la O.S.R.T., entendía que la aplicación de las normas de protección era insensible económicamente (por todas, S.T.S. de 7 de febrero de 1986).

Por ello, el art. 14.2 de la Ley establece que *"el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección y la salud de los trabajadores"*, con el único límite, previsto en el art. 15.4 de la Ley, de que cuando las medidas preventivas pudieran implicar *"riesgos adicionales"*, sólo deberán adoptarse *"cuando la magnitud*

¹¹ En este sentido, M. GONZÁLEZ LABRADA. La ley de prevención de riesgos laborales y la obligación contractual de seguridad e higiene. Actualidad Laboral. nº 7. Febrero. 1996. págs. 178 y ss.; D. SÁNCHEZ CUBEL. Todo sobre la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Ed. Praxis. Barcelona. 1996. págs. 40 y ss.

de dichos riesgos sea sustancialmente inferior a la de las que se pretende controlar y no existan alternativas más seguras", en cuyo caso el empresario se liberará de responsabilidad.

Así las cosas, un reglamento administrativo que en algún aspecto referido a esta obligación empresarial, estableciera algún tipo de limitación por razones económicas a la misma, debería entenderse ilegal por contrario a lo establecido por la ley y, por ello, nulo. Esto sucede, por ejemplo, con el art. 2.1 del RD. 1316/1989, de 27 de octubre, sobre protección de los trabajadores frente a los riesgos derivados de su exposición al ruido, donde se establece que *"el empresario está obligado a: r) Con carácter general, a reducir al nivel más bajo técnica y razonablemente posible los riesgos derivados de la exposición al ruido, habida cuenta del progreso técnico y de la disponibilidad de medidas de control del ruido en particular, en su origen, aplicadas a las instalaciones u operaciones existentes"*¹²

El incumplimiento de esta obligación genérica del empresario viene configurada como infracción grave (art. 47.1, 9 y 16 Ley) o muy grave (art. 48. y 8 Ley) en función de la gravedad e inminencia del riesgo.

B. La obligación de evaluación de riesgos y de planificación preventiva.

12. Uno de los principios de la acción preventiva que figura en el art. 15. 1.b) de la Leyes el de *"evaluar los riesgos que no se puedan evitar"*, principio que se convierte en una de las obligaciones específicas del empresario en materia de prevención de riesgos laborales.

En efecto, el art. 16 *"evaluación de los riesgos"* -, con una factura técnica realmente desafortunada por confusa e iterativa, va desgranando el contenido de esta concreta obligación empresarial que, sin duda alguna, constituye el principio y base de toda la acción preventiva del empresario.

Se trata de una obligación que deberá concretarse en el correspondiente Reglamento (art. 6.1.d) Ley).

Por *"evaluación de riesgos"* o *"auditoría de seguridad"* habrá que entender el estudio de los potenciales riesgos para los trabajadores que el proceso productivo de una empresa puede comportar, estudio mediante el cual se

¹² En este sentido, J. AP ARICIO TOV AR. Las obligaciones del empresario de garantizar la salud y la seguridad en el trabajo. Revista Española de Derecho del Trabajo. n.º 49. 1991. pág. 729; M. GONZÁLEZ LABRADA. La ley de prevención, cit. pág. 180.

obtiene la información necesaria para que el empresario tome las medidas preventivas oportunas; debiendo, en este sentido, abarcarlo todo: locales, instalaciones, organización productiva, materias primas, ambiente de trabajo y máquinas, aparatos o instrumentos utilizados en el trabajo.

La evaluación habrá de referirse tanto a los riesgos generales para todos los trabajadores -teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad y la normativa sobre protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad (industrias químicas¹³, amianto¹⁴, plomo metálico¹⁵, ruido¹⁶, benceno¹⁷ o accidentes mayores en determinadas actividades industriales¹⁸, como a los riesgos especiales a que estén expuestos determinados trabajadores (art. 16.7 Ley).

Asimismo, la empresa vendrá obligada a evaluaciones específicas de los riesgos para los trabajadores en situación de embarazo o parto reciente¹⁹ y para los trabajadores jóvenes menores de 18 años²⁰.

13. El empresario está obligado a evaluar los riesgos existentes en la empresa tanto inicialmente como con posterioridad a efectos de actualización.

¹³ Cfr. Resolución de 20 de enero de 1991 (art. 3.4).

¹⁴ Cfr. O.M. de 31 de octubre de 1984 (art. 4)

¹⁵ Cfr. O.M. de 9 de abril de 1996 (art. 4).

¹⁶ Cfr. R.D. 131/1989, de 27 de octubre (art. 4).

¹⁷ Cfr. Resolución de 15 de febrero de 1977 (art. 4).

¹⁸ Cfr. R.D. 88/1988, de 15 de julio (art. 5.2.).

¹⁹ *"La evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 de la presente Ley deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de los trabajadores en situación de embarazo o parto reciente, a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico"* (art. 26.1 Ley).

²⁰ *"Antes de la incorporación al trabajo de jóvenes menores de dieciocho años, y previamente a cualquier modificación importante de sus condiciones de trabajo, el empresario deberá efectuar una evaluación de los puestos de trabajo a desempeñar por los mismos, a fin de determinar la naturaleza, grado y la duración de su exposición, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico al respecto, a agentes, procesos o condiciones de trabajo que puedan poner en peligro la seguridad o la salud de estos trabajadores."*

A tal fin, la evaluación tendrá especialmente en cuenta los riesgos específicos para la seguridad, la salud y el desarrollo de los jóvenes derivados de su falta de experiencia, de su inmadurez para evaluar los riesgos existentes o potenciales y de su desarrollo todavía incompleto" (art. 27.1 Ley).

Por "evaluación inicial" habrá que entender la necesaria evaluación a efectuar a la entrada en vigor de esta ley. Y ello aunque la empresa en cuestión, con anterioridad a ésta, hubiera ya realizado una evaluación de riesgos o una "auditoría de seguridad", dado que la ley- o, mejor, el reglamento de desarrollo (art. 6.1.d)-, establece sus propias exigencias, debiendo probablemente ²¹revisar su anterior evaluación para ajustada a la nueva Ley .

En este punto, sin embargo, surge el primer problema de carácter transitorio. Dado que el reglamento sobre los procedimientos de evaluación de los riesgos (normalización de metodologías y guías de actuación preventiva) aún no ha aparecido, se plantea la duda de si la empresa debe hacer esta evaluación inicial de los riesgos que la ley exige antes o después de su promulgación. En mi opinión, la ausencia del previsto reglamento sobre servicios de prevención y evaluación no excusa -aunque sí dificulta- al empresario de su obligación de evaluación y planificación preventiva posterior, de acuerdo con las normas vigentes en este momento -y, singularmente, el título 11 de la OSHT-, debiendo, en su caso, cuando el reglamento aparezca adecuar una y otra al mismo.

14. Las evaluaciones posteriores habrán de hacerse en los siguientes casos:

1º) Con ocasión de la elección de los equipos de trabajo (máquinas, aparatos, instrumentos o instalaciones utilizadas en el trabajo: art. 4.5º Ley), de las sustancias o preparados químicos y del acondicionamiento de los lugares de trabajo (art. 16.1 Ley).

2º) Cuando cambien las condiciones de trabajo, en el sentido del art. 4.7º de la Ley ²²(art. 16.1 Ley).

²¹ En este mismo sentido, D. SÁNCHEZ CUBEL. Todo sobre la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Ed. Praxis. Barcelona. 1996. págs. 58 y ss.

²² "Se entenderá como «condición de trabajo» cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador. Quedan específicamente incluidas en esta definición:

a) Las características generales de los locales, instalaciones, equipos, productos y demás útiles existentes en el centro de trabajo.

b) La naturaleza de los agentes físicos, químicos y biológicos presentes en el ambiente de trabajo y sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia.

c) Los procedimientos para la utilización de los agentes citados anteriormente que influyan en la generación de los riesgos mencionados. d) Todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador" (art. 4.70 Ley).

3º) Con ocasión de los daños a la salud de los trabajadores que se hubieren producido (accidentes de trabajo o enfermedades profesionales) (art. 16.1 Ley) o cuando, con ocasión de la vigilancia de la salud de los trabajadores prevista en el art. 22 de la Ley (ver infra), aparezcan indicios de que las medidas de prevención resultan insuficientes, debiendo el empresario llevar a cabo una investigación al respecto, a fin de detectar las causas de estos hechos.

15. Se trata de una obligación del empresario, de cuyo incumplimiento será él el responsable. Ahora bien, la evaluación de riesgos podrá realizada el empresario por sí mismo o asistido por los sistemas de prevención propios de la empresa (los trabajadores designados para cumplir funciones preventivas -art. 30.1 Ley- o los servicios de prevención propios -art. 31 Ley-) o por servicios de prevención ajenos (Mutuas Patronales u otros acreditados) (art. 31 LP.L.) ²³ .

Por lo demás, la Ley prevé la posibilidad de colaboración en la evaluación de riesgos de una serie de sujetos en diversos pasajes. Así:

a) Los trabajadores, directamente o a través de sus representantes legales, tienen un derecho de consulta, previa a la adopción de las decisiones por el empresario (art. 33 Ley).

b) Los delegados de prevención poseen igualmente un derecho a ser consultados por el empresario sobre estas materias (art. 36.1.c) Ley) y un derecho a acompañar a los técnicos en las evaluaciones de carácter preventivo del medio ambiente de trabajo (art. 36.2.a) Ley).

c) El Comité de Seguridad y Salud tendrá derecho a participar en la elaboración, puesta en práctica y evaluación a los planes y programas de prevención de riesgos en la empresa (art. 39.1.a) Ley).

d) Las Administraciones Públicas competentes en materia laboral podrán informar y asesorar técnicamente sobre estas materias (art. 7.1.a) Ley), especialmente, a través del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el trabajo o de los órganos técnicos en materia preventiva de las Comunidades Autónomas (art. 8.1.b) Ley) y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (art. 9. 1.b) Ley).

e) La Fundación adscrita a la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el trabajo o las Fundaciones sectoriales o autonómicas que se creen podrán, igualmente, informar y asesorar técnicamente en estas materias, espe-

²³ Ver D. SÁNCHEZ CUBEL. op. cit. págs. 57 y ss.

cialmente a las pequeñas empresas (disposición adicional quinta Ley).

16. Intimamente ligada con la obligación empresarial de evaluación de los riesgos de la empresa se encuentra la de planificar la prevención. A esta obligación se refieren sucesivamente los arts. 15.1.g), 16,2 Y 23.1.a) de la Ley.

En el art. 15.1.g) se establece como uno de los principios de la acción preventiva la planificación de la prevención, "*buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo*".

El art. 16.2, por su parte, en línea casi literal con lo dispuesto en la Directiva Marco (art. 6.3), señalará que si los resultados de la evaluación los hicieran necesario, el empresario realizará aquellas "*actividades de prevención*" que garanticen un mayor nivel de protección de la salud y seguridad de los trabajadores, incluidas las relacionadas con los métodos de trabajo y de producción; añadiendo que "*estas actividades deberán integrarse en el conjunto de las actividades de la empresa y en todos los niveles jerárquicos de la misma*"; lo que significa la obligación empresarial de llevar a cabo una "*seguridad integrada*" en toda la empresa.

El art. 23.1.a), en fin, se refiere a un "documento", escrito por tanto, sobre "planificación de la acción preventiva, conforme a lo previsto en el artículo 16 de la presente ley".

El plan de prevención, que habrá de hacerse de acuerdo con los "principios de la acción preventiva" del art. 15 de la ley, reflejará, de un lado, los riesgos detectados y, de otro, las medidas de prevención adoptadas para paliados.

Esta planificación preventiva incluirá el "plan de emergencia" a que se refiere el art. 20 de la ley (ver supra) y las medidas de prevención en el origen, de protección colectiva individual, de información y formación de los trabajadores y representantes en materia preventiva y de control periódico de la salud de los trabajadores, así como las reglas de coordinación entre las empresas que realicen actividades en un mismo centro de trabajo (ver infra).

Asimismo, parece lógico que el plan de prevención explicita los recursos económicos precisos y los medios humanos y materiales necesarios.

17. La ley incluye una obligación adicional a las anteriores, consistente en una "*obligación de vigilancia y control*" periódico de las condiciones de trabajo (en el sentido del art. 4.7 de la Ley) y de la actividad de los trabajadores

en la prestación de sus servicios, para detectar situaciones potencialmente peligrosas (art. 16.1 Ley), consecuencia natural del carácter variable y dinámico del deber genérico contractual del empresario de protección eficaz al trabajador en esta materia.

18. El incumplimiento empresarial de las obligaciones anteriores viene configurado como una infracción grave (art. 47.1 y 4 Ley).

19. En todo caso, la novedad de la ley en orden a las obligaciones empresariales de evaluación de riesgos y de planificación preventiva reside en su generalización a todas las empresas, dado que hasta ahora solo determinadas reglamentaciones técnicas obligaban a ello (ruido, plomo metálico, amianto, cloruro de vinilo monómero, etc.).

C. La obligación de proporcionar equipos de trabajo y medios de protección adecuados.

20. Otro de los principios de la acción preventiva que figura en el art. 15.1.h) de la Leyes el de "*adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual*", principio que se concreta igualmente en una obligación específica del empresario consistente en proporcionar equipos de trabajo y medios de protección adecuados.

Esta obligación legal proviene de dos Directivas comunitarias de desarrollo de la Directiva Marco, recogándose lo sustancial de cada una de ellas. De un lado, la Directiva 89/655, de 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo; de otro lado, la Directiva 89/656, de 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud para la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual.

En todo caso, se trata de Directivas que establecen muchos más detalles que los recogidos en el art. 17 de la Ley, por lo que no pueden entenderse transpuestas suficientemente por esta Ley, necesitando una futura transposición particular²⁴.

21. Los equipos de trabajo (maquinarias, instrumentos, aparatos o instalaciones utilizadas en el trabajo, art. 4.6 Ley) deberán ser "*adecuados para el trabajo que deba realizarse y convenientemente adoptados a tal efecto, de*

²⁴ En este sentido, S. GONZÁLEZ ORTEGA y J. APARICIO TOV AR. Op. cit. pág. 125 Y L. FERNÁNDEZ MARCOS. Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Salud laboral). Ed. Dykinson. 1996. pág. 92.

forma que garanticen la seguridad y la salud de los trabajadores al utilizarlos" (art. 17.1 Ley).

Cuando la utilización de un equipo de trabajo presente riesgos específicos para la seguridad y salud de los trabajadores, el empresario está obligado a adoptar las medidas necesarias para que:

a) la utilización del equipo de trabajo quede reservada a los encargados de dicha utilización y b) los trabajos de reparación, transformación, mantenimiento y conservación sean realizados por los trabajadores específicamente capacitados para ello (art. 17.1 Ley).²⁵ Se trata, como ha observado FERNANDEZ MARCOS²⁵, de una manifestación o concreción del más amplio principio de la acción preventiva establecido en el art. 15.2 de la Ley, que obliga al empresario a *"tomar en consideración las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y de salud en el momento de encomendarles las tareas"*.

De esta manera, por lo primero, el empresario verá limitada su movilidad funcional -especialmente respecto de las encomiendas de funciones superiores o inferiores a la contratada (cfr. art. 39 E.T.)-, y, por lo segundo, no podrá obligarse al propio trabajador usuario de una determinada maquinaria o instrumental a las necesarias operaciones de mantenimiento y conservación, lo que exigirá probablemente disponer de personal propio o externo a la empresa contratado específicamente para ello.

²² En toda esta materia, además, habrá que tener en cuenta ²⁶:

a) En primer lugar, las obligaciones de los fabricantes, importadores y suministradores de maquinaria, equipos, productos y útiles de trabajo que el Capítulo VI (art. 41) de la Ley establece.

b) En segundo lugar, en cuanto a las instalaciones, los reglamentos técnicos de seguridad (instalaciones eléctricas²⁷, instalaciones contra incendios²⁸, gases combustibles²⁹, calefacción y climatización³⁰, almacenamiento de

productos químicos³¹ o salas de caldera y aparatos a presión³², y el RD. 1403/1986, de 9 de mayo, sobre señalización de seguridad en los lugares de trabajo.

Encontrándose sin transponer, todavía, la Directiva 89/654/C.E.E., sobre lugares de trabajo, serán de aplicación mientras tanto las disposiciones sobre la materia establecidas en el título II de la O.G.S.H.T. (disposición derogatoria de la Ley).

c) En tercer lugar, en cuanto al ambiente de trabajo: 1º) Respecto de los agentes físicos: El R.D. 1316/1989, de 27 de octubre, sobre medidas de protección de los trabajadores frente a los riesgos derivados de su exposición al ruido, la O.M. de 26 de agosto de 1940, sobre normas para iluminación de centros de trabajo, RD. 53/1992, de 24 de enero, sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes o el RD. 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales. 2º) Respecto de los contaminantes químicos: El R.D. 3613/1995, de 10 de marzo, sobre sustancias peligrosas y el RD. 1078/1993, de 2 de julio, sobre preparados peligrosos. 3º) Respecto de los factores biológicos, en tanto no se transpone la Directiva 90/679/c.E.E., de 26 de noviembre de 1990, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, continuarán en vigor los arts. 138 y 139 de la O.G.S.H.T.

d) En cuarto lugar, finalmente, en cuanto a los puestos de trabajo, los arts. 36.1 del E.T. (sobre trabajo nocturno), 36.3 del E.T. (sobre trabajo a turnos), 36.5 del E.T. (sobre ritmos de trabajo) y art. 23 del RD. 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales (sobre reducción de la jornada por exposición a riesgos ambientales).

El incumplimiento de esta obligación viene configurado como una infracción grave (art. 47.7 Y 8 Ley) e, incluso, como muy grave, de darse las circunstancias legalmente previstas en el art. 48.4.

23. En cuanto a los equipos de protección individual (art. 4.8 de la Ley: *"cualquier equipo destinado a ser llevado o sujetado por el trabajador para que le proteja de uno o varios riesgos que puedan amenazar su seguridad o su salud en el trabajo, así como cualquier complemento o accesorio destinado a tal fin"*; gafas, guantes, cascos, etc.), el empresario está obligado a lo siguiente (art. 17.2 Ley):

²⁵ Cfr. L. FERNÁNDEZ MARCOS. Comentarios, cito pág. 92.

²⁶ Ver D. SÁNCHEZ CUBEL, op, cit. págs. 68 y ss.

²⁷ Decreto 3151/1968, de 28 de noviembre, de instalaciones de alta tensión, Decreto 2413/1973, de 20 de septiembre y sus HC-MIE-BT, de instalaciones de baja tensión, R.D. 7/1988, de 8 de enero, sobre material eléctrico.

²⁸ R.D. 1942/1993, de 5 de noviembre y NBE-CPI-91, para actividades específicas, establecimientos hoteleros, hospitales, etc.

²⁹ O.M. de 18 de noviembre de 1974.

³⁰ R.D. 1618/1980, de 4 de julio.

³¹ R.D. 668/1980, de 8 de febrero.

³² R.D. 1244/1979, de 4 de abril y sus HC-MIE-AP.

1º) Ordenar su utilización, cuando los riesgos no se puedan evitar o no puedan limitarse suficientemente por medios técnicos de protección colectiva o mediante medidas, métodos o procedimientos de organización del trabajo. La ley les atribuye así una aplicación subsidiaria, esto es, en caso de inevitabilidad del riesgo y en ausencia de medios de protección colectiva suficientes.

2º) Proporcionar a los trabajadores los equipos de protección individual adecuados para el desempeño de sus funciones.

A partir del 30 de junio de 1995 (O.M. de 16 de mayo de 1994) los equipos de protección individual que se adquirieran han de tener la marca C.E., no así los adquiridos con anterioridad a esta fecha, cuyo caso deben llevar el sello M.T. (O.M. de 17 de mayo de 1974). Si se utilizan equipos de protección individual no homologados, a efectos sancionatorios administrativos -y, en general, a efectos de responsabilidad empresarial-, es como si no se usara ninguno.

La Directiva 89/656/C.E.E., de 30 de noviembre de 1989, sobre disposiciones mínimas de seguridad y de salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de los equipos de trabajo, aún no transpuesta en nuestro ordenamiento, establece que, en todo caso, los equipos de protección individual deben: a) Ser adecuados a los riesgos de los que haya de protegerse, sin suponer de por sí un riesgo adicional. b) Responder a las condiciones existentes en el lugar de trabajo. c) Tener en cuenta las exigencias ergonómicas y de salud del trabajador. d) Adecuarse al portador, tras los necesarios ajustes (art. 5).

3º) Velar por el uso efectivo de los mismos cuando, por la naturaleza de los trabajos realizados, sean necesarios.

A estos efectos, el art. 23.1.b) de la Ley exige del empresario que documente "*el material de protección que deba utilizarse*".

El empresario está obligado a garantizar que las informaciones que los fabricantes, importadores y suministradores de equipos de protección individual están obligados a proporcionar a los empresarios para su utilización sin riesgos para la salud y seguridad de los trabajadores sean facilitadas a los trabajadores en términos que resulten comprensibles para los mismos (art. 41.2 Ley).

La obligación empresarial de vigilancia en el uso efectivo de los equipos de protección individual deberá tener en cuenta *las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador*" (art. 15.4 Ley) y

sancionar disciplinariamente al trabajador que incumpla su obligación de uso (art. 29.3 Ley).

El incumplimiento de estas obligaciones configura una infracción grave sancionable administrativamente (art. 47.7 y 16 Ley).

D. La obligación de información de los trabajadores.

24. En clara transposición de los arts. 10 y 11 de la Directiva Marco, el art. 18.1 de la Ley establece que el empresario viene obligado a adoptar las medidas adecuadas para que los trabajadores reciban todas las informaciones necesarias en relación con: a) Los riesgos laborales generales de la empresa y los riesgos específicos de cada puesto de trabajo o función. b) Las medidas y actividades de protección y prevención aplicables a los riesgos anteriores. c) Las medidas adoptadas para las situaciones de emergencia. En definitiva, el empresario viene obligado a informar suficientemente a los trabajadores del plan de prevención elaborado por la empresa tras la correspondiente evaluación de los riesgos (ver supra).

25. Los sujetos pasivos de la información serán los propios trabajadores individuales en las empresas que no cuenten con representantes y, en los que tengan representantes, la información se facilitará a través de los mismos, salvo la información referida a los riesgos específicos que afecten a un puesto de trabajo o función y sus correspondientes medidas de protección y prevención que deberá hacerse a cada trabajador (art. 28.1 Ley). También los padres o tutores de los trabajadores jóvenes tendrán derecho a ser informados respecto de los riesgos y medidas específicas adoptadas (art. 27.1).

Esta obligación de información cumple una doble función: De un lado, proporcionar al trabajador individual un exacto conocimiento del medio en que desarrolla su trabajo desde la perspectiva de los riesgos para que pueda luchar contra ellos; de otro lado, posibilitar la participación y consulta de los trabajadores en las decisiones empresariales en esta materia.³³

Las obligaciones de consultar y de permitir la participación de los representantes de los trabajadores viene regulada en el Capítulo V de la Ley (arts. 28.2 y 33.1 Ley).

³³ En este sentido, ver S. GONZÁLEZ ORTEGA y J. APARICIO TOVAR. op. cit. págs. 130 y ss.

26. La Ley se refiere, finalmente, al derecho de los trabajadores individuales a efectuar propuestas al empresario, bien directamente, bien a través de los órganos de participación y representación previstos en el Capítulo V de la Ley, dirigidas a la mejora de los niveles de protección de la seguridad y la salud en la empresa (art. 28.2 Ley).

27. El incumplimiento empresarial de esta obligación de información a los trabajadores constituye una infracción grave sancionable administrativamente (art. 47.8 y 11 Ley).

E. La obligación de formación de los trabajadores.

28. El art. 19 de la Ley, inspirado en el art. 12 de la Directiva Marco, establece la obligación del empresario de garantizar que cada trabajador reciba una formación suficiente y adecuada, teórica y práctica en materia preventiva.

Esta formación deberá proporcionarse tanto en el momento de su contratación como posteriormente cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe, se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los métodos de trabajo y cuando evolucionen los riesgos y aparezcan otros nuevos. y deberá estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador (art. 19.1 Ley).

29. En cuanto al tiempo deducible a la formación por parte de los trabajadores, la Ley señala únicamente que deberá impartirse, "*siempre que sea posible*", dentro de la jornada de trabajo o, en su defecto, en otras horas pero con el descuento en aquella del tiempo invertido en la misma (art. 19.2 Ley).

A salvo lo que establezcan los reglamentos de desarrollo o, en su caso, la negociación colectiva, el tiempo de formación dependerá de lo establecido en el plan de prevención elaborado por la empresa.

30. Esta formación podrá impartirse, según la Ley (art. 19.2), por la empresa mediante medios propios o concertando la con servicios ajenos, siendo, en este sentido, los servicios de prevención los indicados para ello, incluyendo la ley entre sus funciones de asistencia a la empresa la de "*formación de los trabajadores*" (art. 31.3 Ley), pudiendo no obstante acudir a otras instituciones (públicas o privadas).

En todo caso, su coste no recaerá en ningún caso en los trabajadores (arts. 14.5 y 19.2 Ley), lo que no excluye la posibilidad de recibir subvenciones y ayudas para lle-

varla a efecto, especialmente por parte de las pequeñas empresas (Fundaciones "*ad hoc*"; Disposición adicional quinta de la Ley)³⁴

Debiendo interpretarse esta limitación en un sentido amplio, tanto directo -de tener el trabajador que pagar la formación como indirecto -alguna forma de reducción-.

31. El incumplimiento de esta obligación de formación viene configurado como infracción grave sancionable administrativamente (art. 47.8 Ley).

Llama la atención, sin embargo, que no se exija paralelamente al trabajador de manera expresa en la ley (art. 29.2) la obligación de seguir la formación impartida³⁵. Ello no obstante, en mi opinión, tal conducta por parte del trabajador puede ser reconducible sin dificultad a las restantes previstas en el art. 29.2 de la Ley (1°, 2°, 3° y 6°).

F. La obligación de elaborar un plan de emergencia.

32. El art. 20 de la Ley, inspirado en el art. 8.1 y 2 de la Directiva Marco establece la obligación del empresario de elaborar un plan de emergencia.

Este plan de emergencia, que tendrá en cuenta el tamaño, la actividad de la empresa y la posible presencia de personas ajenas a la misma (caso de unos grandes almacenes, por ejemplo), supondrá en todo caso:

1º) Analizar las posibles situaciones de emergencia.

2º) Adoptar las medidas necesarias en materia de primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de los trabajadores.

3º) Designar personal especializado encargado de poner en práctica estas medidas, con la formación necesaria, en número suficiente y con el material adecuado disponible, en función de las circunstancias señaladas.

4º) Comprobar periódicamente, en su caso, su correcto funcionamiento.

5º) Organizar las relaciones que sean necesarias con servicios externos a la empresa, en particular, en materia de primeros auxilios, asistencia médica de urgencia, salva-

³⁴ En este sentido, S. GONZÁLEZ ORTEGA y J. APARICIO TOVAR. op. cit. pág. 135.

³⁵ Cfr. S. GONZÁLEZ ORTEGA y J. APARICIO TOVAR. op. cit. págs. 136-137.

mento y lucha contra incendios, "de forma que quede garantizada la rapidez y eficacia de las mismas".

Naturalmente, cuando exista normativa específica - casos de lugares de pública concurrencia (hospitales o centros docentes, por ejemplo) o en las industrias químicas-, habrá que atenerse a ella. En general, habrá que esperar a lo que establezca el reglamento administrativo correspondiente (cfr. art. 6.1 Ley).

En muchos de los aspectos relativos a la elaboración del plan de emergencia, deberán ser previamente consultados los representantes de los trabajadores (art. 33.1.c) Ley) y aún los delegados de prevención (arts. 33 y 36 Ley).

33. El incumplimiento empresarial de esta obligación será considerada infracción grave sancionable administrativamente (art. 47. 1 O Ley).

G. La obligación de adoptar las medidas necesarias en caso de riesgo grave e inminente para los trabajadores.

34. Inspirado en el art. 8.3, 4 y 5 de la Directiva Marco, el art. 21 de la Ley establece la obligación empresarial de adoptar las medidas necesarias en caso de riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores o de terceros ajenos a la empresa.

La propia Ley define lo que deba entenderse a estos efectos por "riesgo laboral grave e inminente" en su art. 4.4.º: "*Se entenderá como riesgo laboral grave e inminente aquel que resulte probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores. En el caso de exposición a agentes susceptibles de causar daños graves a la salud de los trabajadores, se considerará que existe un riesgo grave e inminente cuando sea probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato una exposición a dichos agentes de la que puedan derivarse daños graves para la salud, aun cuando éstos no se manifiesten de forma inmediata*".

35. Las medidas que el empresario deberá adoptar en tales casos serán las siguientes:

1º) Informar lo antes posible a todos los trabajadores afectados de la existencia de dicho riesgo y de las medidas adoptadas o a adoptar para su protección.

2º) Adoptar las medidas oportunas y dar las instrucciones necesarias en orden a la interrupción de la actividad por los trabajadores y, si fuera necesario, al abandono de inmediato del lugar de trabajo, no pudiendo exigirse que

los trabajadores reanuden sus actividades mientras persista el peligro, "*salvo excepción debidamente justificada por razones de seguridad y determinada reglamentariamente*", esto es, tratándose de trabajadores especializados en estas situaciones de peligro.

3º) Disponer lo necesario para que el trabajador que no pudiera ponerse en contacto con su superior jerárquico, ante una situación de peligro grave e inminente para su seguridad, la de otros trabajadores o la de terceros a la empresa, esté en condiciones, habida cuenta de sus conocimientos y de los medios técnicos puestos a su disposición, de adoptar las medidas necesarias para evitar las consecuencias de dicho peligro.

36. De no adoptar el empresario tales medidas, los representantes legales de los trabajadores -entendiendo por tal al comité de Empresa o Delegados de Personal o, en su caso, a los Delegados de Prevención "*cuando no resulte posible reunir con la urgencia requerida al órgano de representación del personal*" - por decisión mayoritaria de sus miembros, podrán paralizar la actividad de los trabajadores afectados por dicho riesgo, sin otra obligación que la de comunicar su decisión de inmediato a la empresa y a la Autoridad Laboral, la cual, en el plazo de 24 horas, anulará o ratificará la paralización acordada. Los Delegados de Prevención, por su parte, podrán proponer al órgano de representación legal de los trabajadores la adopción del acuerdo de paralización de actividades (art. 36.2.g. Ley)

Este precepto, pese al silencio de la disposición derogatoria de la Ley en tal sentido, viene a derogar el art. 19.5 del E.T.³⁶ que regulaba con anterioridad iguales supuestos, con notables diferencias. A saber:

³⁶ "Los órganos internos de la empresa competentes en materia de seguridad y, en su defecto, los representantes legales de los trabajadores en el centro de trabajo, que aprecien una probabilidad seria y grave de accidente por la inobservancia de la legislación aplicable en la materia, requerirán al empresario por escrito para que adopte las medidas oportunas que hagan desaparecer el estado de riesgo; si la petición no fuese atendida en un plazo de cuatro días, se dirigirán a la autoridad competente; ésta, si apreciase las circunstancias alegadas, mediante resolución fundada, requerirá al empresario para que adopte las medidas de seguridad apropiadas o que suspenda sus actividades en la zona o local de trabajo o con el material en peligro. También podrá ordenar, con los informes técnicos precisos, la paralización inmediata del trabajo si se estima un riesgo grave de accidente. Si el riesgo de accidente fuera inminente, la paralización de las actividades podrá ser acordada por decisión de los órganos competentes de la empresa en materia de seguridad o por el 75 por 100 de los representantes de los trabajadores en empresas con procesos discontinuos y de la totalidad de los mismos en aquéllas cuyo proceso sea continuo; tal acuerdo será comunicado de inmediato a la empresa y a la autoridad laboral, la cual, en veinticuatro horas, anulará o ratificará la paralización acordada" (art. 19.5 del E.T.).

1ª) Eran los órganos internos de la empresa competentes en materia de seguridad (Comité de Seguridad e Higiene) y, en su defecto, los representantes legales de los trabajadores los legitimados para actuar en estos casos.

2ª) El régimen de mayorías en orden a la toma de decisiones era cualificado: 75 por 100 de los representantes de los trabajadores en empresas con procesos discontinuos y de la totalidad de los mismos en aquellos cuyo proceso sea continuo.

37. En punto a la paralización inmediata de los trabajos, la nueva Ley plantea algunos problemas interpretativos interesantes, dado que el art. 21 deberá cohonestarse con lo dispuesto en los arts. 9.1.f) Y 44 de la Ley y con el art. 19.5 del E.T., en la parte no derogada por ésta, donde se prevé la posibilidad de paralización inmediata de los trabajos por parte del Inspector de Trabajo en idénticos supuestos de riesgo grave e inminente para los trabajadores.

Paralelamente, el Inspector de Trabajo y Seguridad Social podrá ordenar la paralización inmediata de los trabajos cuando compruebe que la inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales implica, a su juicio, un riesgo grave e inminente para la salud y seguridad de los trabajadores (arts. 9.1.f) y 44.1 Ley).

La medida será comunicada inmediatamente por el Inspector a la Autoridad Laboral y a la empresa responsable, que lo pondrá en conocimiento inmediato de los trabajadores afectados, del Comité de Seguridad y Salud, del Delegado de Prevención o, en su ausencia, de los representantes del personal (Comité de Empresa o Delegados de Personal), debiendo dar cuenta al Inspector del cumplimiento de esta notificación.

La empresa deberá cumplir inmediatamente tal decisión, pudiendo impugnada ante la Autoridad Laboral en el plazo de 3 días hábiles y debiendo resolverse tal impugnación en el plazo máximo de 24 horas. Tal resolución será ejecutiva, sin perjuicio de los recursos que procedan.

La paralización de los trabajos se levantará bien por la Inspección que la hubiera decretado, bien por el empresario tan pronto como se subsanen las causas que la motivaron, debiendo en este último caso comunicarlo inmediatamente a la Inspección, la cual en el caso de no estar de acuerdo, ordenará de nuevo la paralización de los trabajos.

Este precepto ha supuesto la derogación del art. 19.5 del E.T., donde se prevenía la paralización inmediata del trabajo por parte de la Autoridad Laboral, con los informes técnicos precisos, si se estimaba la existencia de un riesgo grave de accidente, tras la denuncia efectuada por los órga-

nos internos de la empresa competentes en materia de seguridad y, en su defecto, los representantes legales de los trabajadores en el centro de trabajo a la empresa, en caso de inobservancia de la legislación aplicable en la materia, y tras la denegación empresarial de la petición hecha por estos de que adoptase las medidas oportunas que hicieran desaparecer el estado de riesgo.

En estos casos, ciertamente, la Autoridad Laboral podía hacer tres cosas: 1ª) Requerir mediante resolución fundada al empresario para que adoptase las medidas de seguridad apropiadas. 2ª) La suspensión de actividades. 3ª) En caso de riesgo grave de accidente, la paralización inmediata del trabajo.

38. Finalmente, con el precedente del art. 11.g) de la O.S.H.T.³⁷, la Ley reconoce en todo caso, al trabajador individual el derecho a *"interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo, en caso necesario, cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o su salud"* (art. 21.2), reconociéndole así un *"ius resistentiae"* frente al genérico deber de obediencia al empresario.

39. La Ley acaba estableciendo que *"los trabajadores o sus representantes no podrán sufrir perjuicio alguno derivado de la adopción de las medidas (anteriores)... a menos que hubieran obrado de mala fe o cometido negligencia grave"* (art. 21.4), que deberá probada el empresario al sancionar.

Este último precepto puede, sin duda, plantear algunos problemas en la práctica, cuando se produzcan sanciones disciplinarias o despidos de trabajadores individuales o de representantes que hubiesen interrumpido u ordenado la interrupción de la actividad, alegando la empresa *"mala fe"* o, más fácilmente, *"negligencia grave"*.

En estos casos, para valorar la existencia de mala fe o de negligencia grave habrá que tener en cuenta si de los hechos se deducía razonablemente la existencia de un *"riesgo grave e inminente"* en el momento de la toma de decisión y no tanto en un momento posterior³⁸.

³⁷ *"Todo trabajador, después de solicitar de su inmediato superior los medios de protección de carácter preceptivo para la realización del trabajo, queda facultado para demorar la ejecución de éste, en tanto no le sean facilitados dichos medios, si bien deberá dar cuenta del hecho al Comité de Seguridad e Higiene, o a uno de sus componentes, sin perjuicio de ponerlo en conocimiento de la Inspección de Trabajo"*.

³⁸ Como han señalado, S. GONZÁLEZ ORTEGA y J. APARICIO TOVAR (op. cit. pág. 145), *"la realidad del riesgo y de su valoración como grave e inminente no puede someterse a un juicio a posteriori. Si así fuera, quienes, por ejemplo, adopten paralizar la actividad de la empresa,*

40. En todos estos casos, a menos que hubieran obrado individualmente de mala fe o cometido negligencia grave, tendrán derecho al salario por el tiempo no trabajado por causa de paralización. Y ello con la única salvedad de que el empresario hubiese suspendido los contratos de trabajo por causa de fuerza mayor, con arreglo al procedimiento establecido en el art. 51.12 del E.T. y normas reglamentarias de desarrollo (arts. 45.1j) y 47.2 E.T.).

41. El incumplimiento de esta obligación empresarial viene configurado como infracción muy grave, sancionable administrativamente. Así:

a) Art. 48.3: *"No paralizar ni suspender de forma inmediata, a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, los trabajos que se realicen sin observar la normativa sobre prevención de riesgos laborales y que, a juicio de la Inspección, impliquen la existencia de un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, o reanudar los trabajos sin haber subsanado previamente las causas que motivaron la paralización"*.

b) Art. 48.7: *"Las acciones u omisiones que impidan el ejercicio del derecho de los trabajadores a paralizar su actividad en los casos de riesgo grave e inminente, en los términos previstos en el artículo 21 de esta Ley"*.

c) Art. 48.8: *"No adoptar cualesquiera otras medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales de las que derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores"*.

H. La obligación de vigilar periódicamente el estado de salud de los trabajadores.

42. Con base en el art. 14 de la Directiva Marco, el art. 22 de la Ley establece la obligación empresarial de vigilar periódicamente el estado de salud de sus trabajadores.

La mayor novedad de la Ley en este punto reside en que, hasta ella, sólo había obligación de vigilancia de la

correrían el albur de ver deslegitimada su decisión porque, más tarde, se compruebe que lo que parecía ser un riesgo grave e inminente carecía finalmente de dicha entidad. Por eso, el juicio a posteriori y su resultado no puede servir para medir la justeza de la decisión de paralización (o de interrupción de trabajo, si quien decide es el trabajador); por el contrario, dicha decisión debe valorarse en el contexto circunstancial en que se adopta. Influirán así factores como el sujeto que decide, su ubicación en la estructura de la empresa, las informaciones de que dispone, su nivel de conocimientos y experiencias, si han existido o no anteriores situaciones de riesgo similares, los medios de protección que son puestos a su disposición, etc. "

salud de los trabajadores en las empresas que dispusiesen de Servicios Médicos de Empresa (de más de 100 trabajadores) o en las que el convenio colectivo aplicable obligase a ello; en la Ley se extiende la obligación a todas las empresas.

43. Los caracteres de esta importante obligación empresarial son los siguientes:

a) Se trata de una obligación de vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores *"en función de los riesgos inherentes al trabajo"*. Por ello, no sólo distinta de contenido en cada actividad sino, incluso, personalizada en función de cada puesto de trabajo o función (art. 22.1 Ley).

b) La vigilancia sólo podrá llevarse a cabo *"cuando el trabajador preste su consentimiento"*, esto es, será voluntaria y no de imposición obligatoria por el empresario (art. 22.1 Ley).

De esta regla general se exceptuarán los siguientes supuestos, en todo caso, previo informe de los representantes de los trabajadores, preceptivo pero no vinculante: 1º) Los supuestos en que la realización de reconocimientos médicos sea *"imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores"* dado que la Ley exige luego responsabilidades a los empresarios. 2º) Para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa. 3º) Cuando así se ha establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

En esta última excepción hay que situar las exigencias de vigilancia obligatoria establecida en las reglamentaciones jurídico-técnicas (cloruro de vinilo monómero, benceno, amianto, radiaciones ionizantes o ruido) y en el art. 196.1 de la L.G.S.S., en relación con las enfermedades profesionales.

De estas excepciones a la voluntariedad del control, llaman la atención la primera de ellas, por su enorme ambigüedad; y, dentro de la segunda, la referida al supuesto de verificación del estado de salud del trabajador por si pudiera constituir un peligro *"para él mismo"*, dado que, como se ha señalado³⁹, el trabajador *"es libre de asumir riesgos para sí mismo a consecuencia de su negativa a someterse al control médico"*, si bien *"es cierto que, con frecuencia, será imposible discernir hasta qué punto el*

³⁹ Cfr. S. GONZÁLEZ ORTEGA y J. APARICIO TOYAR. op. Cit. págs. 152-153.

riesgo que asume el trabajador negándose al reconocimiento se detiene en él o, se prolonga a terceros".

c) La realización de estos reconocimientos o pruebas habrán de causar *"las menores molestias al trabajador"* y habrán de ser *"proporcionales al riesgo"*.

d) Las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores habrán de respetar siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud.

44. Para garantizar el respeto al derecho del trabajador a la intimidad, dignidad y confidencialidad, la Ley establece:

1º) Que los resultados de la vigilancia *"serán comunicados a los trabajadores afectados"*.

2º) Que los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores *"no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador"*.

3º) Que el acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las Autoridades Sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, *"sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador"*.

No obstante lo anterior, el empresario y las personas u órganos responsables en materia de prevención *"serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva"*.

4º) El control y vigilancia sanitaria se llevará a cabo por *"personal sanitario con competencia técnica, formación y capacidad acreditada"*, verdadero *"canto al sol"* de la Ley salvo que el desarrollo reglamentario concrete y establezca determinadas condiciones al personal sanitario para desempeñar estas funciones.

Pese a las garantías legales de la Ley en punto al respeto de la confidencialidad de la información relacionada con el estado de salud de los trabajadores es fácil imaginar que estos preceptos van a plantear problemas interpretativos en la práctica respecto de situaciones concretas, dado que el estado de salud de los trabajadores no sólo interesa a éstos sino también al empresario, máxime si en los casos de servicios de prevención en las empresas de menos de 6

trabajadores, el empresario puede asumir personalmente las funciones de aquél (art. 30.5 Ley).

Por otra parte, la mera comunicación al empresario de *"las (meras) conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo"*, en la medida en que el empresario podría proceder en consecuencia a movilizar o despedir al trabajador inepto y ser demandado procesalmente por éste por ello, plantea el problema de la defensa procesal del empresario, desconocedor de las razones médicas materiales o causales de la ineptitud.

45. Finalmente, la Ley prevé que en los casos en que la naturaleza de los riesgos lo exija, el trabajador tendrá derecho a vigilancias periódicas de su estado de salud más allá de la finalización del contrato, *"en los términos que reglamentariamente se determinen"* (art. 22.5).

46. El incumplimiento empresarial de esta obligación viene configurado como una infracción grave -si referido a la no realización de los controles médicos o a la ausencia de comunicación de sus resultados a los trabajadores afectados (art. 47.2 Ley)-, o como una infracción muy grave -si referido a la inobservancia del deber de confidencialidad en el uso de los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores (art. 48.5 Ley)-.

I. La obligación de documentación.

47. El empresario viene obligado a *"elaborar y conservar"*, a disposición de la Autoridad Laboral y de las Autoridades Sanitarias, la siguiente documentación, debiendo remitida a la Autoridad Laboral en el momento de cesación de su actividad empresarial (para su archivo) (art. 2.3 Ley):

1º) La evaluación de los riesgos y la planificación preventiva a que se refiere el art. 16 de la Ley.

2º) Las medidas de protección y de prevención a adoptar y, en su caso, el material de protección a utilizar. Como formarán parte del Plan de Prevención, no necesitarán documento aparte.

3º) Los resultados de los controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores en la prestación de sus servicios, para detectar situaciones potencialmente peligrosas.

4º) La práctica de los controles del estado de salud de los trabajadores previstos en el art. 22 de la Ley y las conclusiones derivadas de ellos en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la

necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención.

5°) La relación de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que hayan causado al trabajador una incapacidad laboral superior a un día de trabajo (O.M. de 16 de diciembre de 1987).

6°) Los daños para la salud de los trabajadores producidos con motivo del desarrollo de su trabajo, "conforme al procedimiento que se determine reglamentariamente".

48. El incumplimiento empresarial de esta obligación de documentación viene configurado como una infracción leve (art. 46.2 y 3 Ley) o grave (art. 47.3, 4, 11 Y 23 Ley), según los casos.

J. La obligación de protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos.

49. En primer término, con base en el art., 15 de la Directiva Marco, la Ley establece una ambigua e incompleta obligación empresarial de adoptar las medidas preventivas y de protección necesarias, llegando a no emplear en determinados puestos de trabajo a aquellos trabajadores que "por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo" y "puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo" (art. 25.1 Ley).

En particular, señala la Ley que en las evaluaciones deberá el empresario tener en cuenta los factores de riesgo que pudieran incidir en "la función de procreación de los trabajadores y trabajadoras" y en concreto, "la exposición a agentes físicos, químicos y biológicos que puedan ejercer efectos mutagénicos o de toxicidad para la procreación, tanto en los aspectos para la fertilidad, como del desarrollo de la descendencia" (art. 25.2 Ley).

En el fondo, se trata de una concreción del principio de la acción preventiva establecido en el art. 16.1 de la Ley, según el cual el empresario deberá "adaptar el trabajo a la persona".

Se trata de una obligación ambigua e incompleta por cuanto la referencia al "no empleo" del "trabajador sensible a determinados riesgos" ("no serán empleados en

aquellos puestos de trabajo.. ") exigirá una movilidad funcional y, en ocasiones, seguramente, hasta una movilidad geográfica que la Ley no prevé ni regula en cuanto a sus condiciones y límites. ¿Significa esto que el trabajador calificado de "sensible" a los riesgos derivados del puesto de trabajo que ocupa tiene derecho a un cambio de funciones semejante al hasta ahora previsto por las normas reglamentarias sobre enfermedades profesionales (arts. 24 y 25 del Decreto de 13 de abril de 1961 y arts. 43 y 45 de la O.M. de 9 de mayo de 1961, sobre enfermedades profesionales) o por determinadas normas sectoriales convencionales? ¿O significa, al contrario, que la empresa tendrá derecho a extinguir su contrato de trabajo por ineptitud - con las dificultades legales de reconducir este supuesto al previsto en el art. 52.a) del E.T.-, perdiendo el trabajador su contrato de trabajo?

El incumplimiento de estas obligaciones viene configurado como infracción grave o muy grave, en atención al tipo de riesgo que se derive de la conducta empresarial (como un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores en el segundo caso) (arts. 47.7 y 48.8 Ley, respectivamente).

50. En cuanto a la protección de la maternidad, en clara transposición de la Directiva 92/85/C.E.E., de 19 de octubre, el art. 26 de la Ley viene a establecer la obligación para la empresa de realizar una evaluación de los riesgos específicos en relación con las trabajadoras en situación de embarazo o part. reciente. Esta evaluación deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de estas trabajadoras a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico.

Cuando las condiciones de trabajo puedan influir negativamente en la salud de la mujer durante el periodo de embarazo o de lactancia o del feto o hijo, el empresario deberá adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo y para ello:

1°) Adaptará las condiciones de trabajo (entendidas en el sentido del art. 4.7° de la Ley), de la trabajadora afectada.

2°) O adaptará el tiempo de trabajo. Esta adaptación supondrá, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos.

3°) Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudie-

ran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o lactante o del feto o hijo, y así lo certificase el médico que en el régimen de seguridad social aplicable asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. Esta movilidad funcional habrá de llevarse a cabo de acuerdo con lo dispuesto en el art. 39 del E.T. (*"de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional"*) y tendrá una duración temporal (*"hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto"*).

4º) En el supuesto de que no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen.

Queda sin resolver el supuesto -posiblemente frecuente, sobre todo en la pequeña empresa que dispone de puestos de trabajo ajustados-, en el que la movilidad funcional no resulta técnica u objetivamente posible. Para estos casos, los arts. 5.3 y 11 de la Directiva 92/85/c.E.E. imponían al empresario el deber de dispensar del trabajo a la trabajadora afectada *"durante todo el periodo necesario para la protección de su seguridad y salud"*, manteniendo su derecho al salario o a una indemnización adecuada. Simplemente, la Directiva en este punto no ha sido transpuesta.

A la vista de esta situación, cabría pensar, no obstante, en la posibilidad de que la trabajadora interrumpiera su trabajo, con derecho al salario con base en el art. 21.2 de la Ley, relativo al derecho del trabajador a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o su salud.

Obsérvese que la Ley utiliza unos términos deliberadamente ambiguos en la regulación de esta materia -*"el empresario adoptará las medidas necesarias"* (art. 26.1), *"ésta (la trabajadora) deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado"* (art. 26.2) o *"la trabajadora podrá ser destinada"* (art. 26.2)-, lo que lleva a plantear si estamos en presencia de un simple derecho de la mujer trabajadora o de una obligación del empresario con independencia de que la trabajadora lo exija. La literalidad y también la *"ratio legis"* pretendida inclinan a pensar que se trata de una obligación empresarial que éste deberá cumplir si se dan las circunstancias del supuesto de hecho, aunque eventualmente la trabajadora se

negase al cambio de condiciones, tiempo o puesto de trabajo.

Por lo demás, para el cumplimiento de esta obligación empresarial, la Ley establece dos coadyuvantes: 1 a) En la evaluación de los riesgos de la empresa, el empresario deberá incluir *"la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de los trabajadores en situación de embarazo o parto reciente, a agentes, procedimientos condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico"* (art. 26.1). 2a) El empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo de la empresa exentos de riesgos a estos efectos (art. 26.2).

Paralelamente, la Ley establece el derecho de la trabajadora embarazada a un permiso retribuido *"para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto"*, sometido al mismo régimen jurídico de los restantes permisos retribuidos previstos en el art. 37.3 del E.T., esto es, el previo aviso al empresario y la justificación de la necesidad de su realización dentro de la jornada de trabajo.

La Disposición adicional undécima de la Ley, precisamente, procede a modificar el art. 37.3 del E.T., añadiendo una letra f) del presente tenor: *"Por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo"*.

El incumplimiento empresarial de estas obligaciones viene configurado como una infracción muy grave en el art. 48.1 de Ley.

51. En cuanto a la protección de los menores, el art. 27 de la Ley establece dos obligaciones para el empresario y un mandato para el Gobierno.

Por lo que se refiere al empresario (art. 27.1 Ley):

1º) Antes de la incorporación al trabajo de jóvenes menores de 18 años, y previamente a cualquier modificación importante de sus condiciones de trabajo, deberá efectuar una evaluación de los puestos de trabajo a desempeñar por los mismos, *"a fin de determinar la naturaleza, el grado y la duración de su exposición, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico al respecto, a agentes, procesos o condiciones de trabajo que puedan poner en peligro la seguridad o la salud de estos trabajadores"*.

La evaluación tendrá en cuenta especialmente los riesgos específicos derivados de la falta de experiencia, de la inmadurez del joven para evaluar los riesgos existentes y potenciales y de su desarrollo todavía incompleto.

2º) Deberá informar a los jóvenes y a sus padres o tutores que hayan intervenido en la contratación (art. 7.2 del E.T.) de los posibles riesgos y de todas las medidas de protección adoptadas.

Por lo que respecta al Gobierno (art. 27.2 Ley), éste, teniendo en cuenta los factores de riesgo señalados anteriormente, establecerá las limitaciones a la contratación de jóvenes menores de 18 años en trabajos que presenten riesgos específicos. En tanto no aparezca el nuevo Reglamento, continuará vigente el viejo Decreto de 26 de julio de 1957, sobre prohibiciones absolutas y relativas a menores (Disposición Derogatoria Ley).

El incumplimiento empresarial de estas obligaciones viene configurado como una infracción muy grave en el art. 48.2 de la Ley.

4. EL PRINCIPIO DE COORDINACIÓN DE LAS ACTIVIDADES EMPRESARIALES REALIZADAS DENTRO DE UN MISMO CENTRO DE TRABAJO.

52. El art. 27 de la Ley viene a establecer la obligación del empresario titular del centro de trabajo donde desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas o trabajadores autónomos de "*adoptar las medidas necesarias de coordinación*" para que los otros empresarios que desarrollan actividades en su centro reciban la información e instrucciones adecuadas respecto de los riesgos existentes en el centro de trabajo y de las medidas de protección y prevención correspondientes así como de las medidas de emergencia a adoptar para su traslado a sus respectivos trabajadores (art. 24.1,2 Y 5 Ley). El supuesto legal abarca todos los casos de contrata y subcontrata -aunque sean de distinta actividad que la de la empresa principal- y afecta también a los trabajadores autónomos (importancia en el sector de la construcción). La Ley, a estos efectos, prevé reuniones conjuntas del Comité de Seguridad y Salud y de los delegados de prevención de todas las empresas actuantes (art. 39.3 Ley).

Hay, pues, dos obligaciones distintas: 1º) La de la empresa titular del centro de informar suficientemente a las restantes empresas o trabajadores autónomos que operan en éste. 2º a) La de estas empresas de informar a sus respectivos trabajadores, responsabilidad que únicamente cederá

en caso de incumplimiento de la obligación de informar de la empresa titular del centro de trabajo.

Estas obligaciones tienen su origen en el art. 6.4 de la Directiva Marco⁴⁰, si bien, propiamente, ya estaban implícitas en el convenio nº 155 de la O.I.T., ratificado por España, cuyo art. 17 establece que "*siempre que dos o más empresas desarrollen simultáneamente actividades en un mismo lugar de trabajo tendrán el deber de colaborar en aplicación de las medidas previstas en el presente convenio*". precepto, no obstante, incumplido hasta ahora en nuestro ordenamiento.⁴¹

53. En relación con las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquella -supuesto previsto en el art. 42 del E.T.-, y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo, la Ley llega más lejos y exige de aquellos una obligación de vigilancia en el cumplimiento por dichos contratistas o subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales (art. 24.3 Ley), consecuencia de lo cual será la responsabilidad solidaria establecida entre la empresa principal y los contratistas y subcontratistas, durante el periodo de la contrata, respecto de las obligaciones impuestas por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en relación con los trabajadores que estos últimos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal (art. 42.2 Ley).

54. Finalmente, las obligaciones de facilitar y recabar información por/de los fabricantes, importadores y suministradores para que la utilización y manipulación de la maquinaria, equipos, productos, materias primas y útiles de trabajo se produzcan sin riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores así como para que los empresarios puedan cumplir con sus obligaciones de información respecto de los trabajadores (art. 41.1 in fine Ley) son también de aplicación, respecto de las operaciones contratadas, en los supuestos en que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista no presten servicios en los

⁴⁰ "*Sin perjuicio de las demás disposiciones de la presente Directiva, cuando en un mismo lugar de trabajo estén presentes trabajadores de varias empresas, los empresarios deberán cooperar en la aplicación de las disposiciones relativas a la seguridad, la higiene y la salud, así como habida cuenta el tipo de actividades, coordinarse con vistas a la protección y prevención de riesgos profesionales, informarse mutuamente de dichos riesgos e informar a sus trabajadores respectivos y/o sus representantes*" (art. 6.4 de la Directiva Marco).

⁴¹ En este sentido, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, op. Cit. pág. 1.231.

centros de trabajo en la empresa principal, siempre que tales trabajadores deben operar con maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por la empresa principal (art. 24.4 Ley).

5. EL PRINCIPIO DE EQUIPARACIÓN DE LOS TRABAJADORES TEMPORALES.

55. El art. 28 de la Ley establece expresamente el principio de equiparación de la protección de los trabajadores temporales con los fijos, en un intento de transposición de la Directiva 911383/c.E.E., de 25 de junio.

En efecto, tanto los trabajadores temporales contratados directamente como los contratados por empresas de trabajo temporal deberán disfrutar del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud que los trabajadores fijos de la empresa, sin que la duración de su contrato justifique una diferencia de trato, debiendo aplicarse plenamente la Ley y sus disposiciones de desarrollo (art. 28.1 Ley).

Con una defectuosa técnica jurídica, el art. 28, después de afirmar en su párrafo primero que respecto de estos trabajadores temporales el empresario tendrá las mismas obligaciones en materia de prevención, acaso innecesariamente e iterativamente, se refiere en los párrafos segundo y tercero a las concretas obligaciones de información, formación y vigilancia periódica de su estado de salud, estableciendo su derecho a ellas.

Acaso, únicamente destacar las dificultades que se presentarán en la práctica para cumplir la obligación de dar "*formación suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo a cubrir*", dado que habrá de proporcionarse, según el art. 19 de la Ley, durante la jornada laboral o descontando de la misma el tiempo dedicado a esta formación.

La Ley establece la concreta obligación del empresario de informar al Servicio de Prevención o, en su caso, a los trabajadores designados para ocuparse de las actividades de protección de la incorporación de los trabajadores temporales, con el fin de que puedan desarrollar adecuadamente sus funciones respecto de ellos (art. 28.4 y 5. in fine Ley).

56. Por último, en el caso de relaciones de trabajo a través de empresas de trabajo temporal, la ley reparte las obligaciones y responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales, como ya hacía la Ley 14/1994, de 1 de junio (art. 12.2 y 16. 1). Así, la empresa usuaria será responsable de la información y de la protección de la salud y seguridad de los trabajadores temporales y la empresa de trabajo temporal de la formación y de la vigilancia de la salud (art. 28.5 Ley).

Acaso, destacar aquí también la existencia de dudas razonables acerca de la posibilidad real de ofrecer formación adecuada por las empresas de trabajo temporal a los trabajadores temporales antes de la efectiva puesta a disposición de las empresas usuarias.

LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR FRENTE A LOS RIESGOS LABORALES

Manuel-Carlos Palomeque López

Catedrático de Derecho del Trabajo Universidad de Salamanca

SUMARIO: 1. El derecho del trabajador a una protección eficaz frente a los riesgos laborales y su construcción legislativa. 11. El ámbito legal de la protección. 111. El incumplimiento por el empresario de las obligaciones de protección y sus consecuencias. 3.1. La responsabilidad del empresario: clases y ordenación de su concurrencia. 3.2. La determinación del empresario responsable en supuestos especiales. 3.3. La responsabilidad administrativa: infracciones y sanciones. 3.4. La responsabilidad penal. 3.5. La responsabilidad civil general por daños y perjuicios. 3.6. La responsabilidad específica en materia de prestaciones de seguridad social.

1. EL DERECHO DEL TRABAJADOR A UNA PROTECCIÓN EFICAZ FRENTE A LOS RIESGOS LABORALES Y SU CONSTRUCCIÓN LEGISLATIVA

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL en adelante) tiene por objeto, verdaderamente, promover la seguridad y la salud de los trabajadores "mediante la aplicación de medidas y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo" (art. 2.1.1 LPRL). A tal efecto, esta Ley establece los "principios generales" relativos a la prevención de riesgos laborales para la protección de la seguridad y de la salud en el trabajo (art. 2.1.2 LPRL), para cuyo cumplimiento regula las "actuaciones a desarrollar por las Administraciones públicas", así como "por los empresarios, los trabajadores y sus respectivas organizaciones representativas" (art. 2.1.3 LPRL).

La *articulación jurídica* de la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, mediante la prevención de los riesgos laborales, descansa propiamente sobre una *doble* noción legislativa desarrollada con amplitud por la Ley 31/1995: 1) la definición de los objetivos y del contenido de la *política de prevención de riesgos laborales* a cargo de las Administraciones Públicas; y 2) la formulación de una *relación obligatoria básica* en el ámbito del contrato de trabajo o de la relación funcional, construida legislativamente sobre *el derecho del trabajador a una protección eficaz* frente a los riesgos laborales y el correla-

tivo *deber del empresario de protección* de los trabajadores a su servicio.

Así pues, los trabajadores tienen derecho a una *protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo* (art. 14.1 LPRL). La Ley 31/1995 formula de este modo un derecho del que nuestro ordenamiento jurídico conocía ya, sin embargo, varias expresiones normativas del más alto nivel:

1ª. El derecho constitucional (fundamental) de *todos* "a la vida y a la integridad física y moral" (art.15 CE), que proyecta su eficacia naturalmente a cualesquiera ámbitos de actuación del ser humano. Al propio tiempo, los poderes públicos habrán de *velar*, como principio rector de la política social y económica, "por la seguridad e higiene en el trabajo" (art. 40.2 CE).

2ª. El derecho de los trabajadores, en la relación de trabajo, "a su integridad y a una adecuada política de seguridad e higiene" (art. 4.2 d) LET).

3ª. El derecho de los trabajadores, en la prestación de sus servicios, "a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene" (art. 19.1 LET).

La aportación fundamental de la Ley 31/1995 no radica propiamente en este punto, como se ve, en la mera formulación normativa del derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, bien que sean razones de carácter sistemático (la promulgación de una Ley unitaria sobre la prevención de riesgos laborales) las que hagan imprescindible la nueva

proclamación legislativa, que utiliza incluso los mismos términos ya contenidos en el artículo 19.1 LET (sin otra variación que el empleo de la expresión "seguridad y salud" en el trabajo en vez de "seguridad e higiene" en el mismo).

La trascendental novedad de la nueva regulación legislativa hay que buscada, sin embargo, en la *determinación del contenido del derecho* a la protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. ¿Cuál es realmente el alcance objetivo de la exigencia del trabajador acerca de su protección frente a los riesgos laborales?, ¿hasta dónde puede llegar en sus pretensiones judiciales en la materia? La Ley establece, por lo pronto, a través de un entendimiento amplio del contenido del derecho de los trabajadores a la protección eficaz, que *forman parte* del mismo "los derechos de información, consulta y participación, formación en materia preventiva, paralización de la actividad en caso de riesgo grave e inminente y vigilancia de su estado de salud", en los términos previstos en la propia Ley (art. 14.1. LPRL).

Con todo, la Ley opta técnicamente por construir el contenido del derecho de los trabajadores a partir del *correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales* (art. 14.1 LPRL, "el citado derecho supone la existencia de un correlativa deber del empresario de protección", también de las Administraciones públicas "respecto del personal a su servicio). En cumplimiento del cual, el empresario deberá "garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo", debiendo a estos efectos, y en el marco de sus responsabilidades, realizar la prevención de los riesgos laborales mediante "la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores", con las *especialidades* recogidas en la propia Ley (arts. 14.2 y, sobre la documentación relativa a las medidas de protección, 23.1 b) LPRL).

Lejos de limitarse a las formulaciones de carácter genérico mencionadas (garantía de la seguridad en "todos" los aspectos del trabajo, adopción de "cuantas medidas sean necesarias" para la protección de la seguridad, etc), la Ley acomete positivamente, en cumplimiento de las exigencias de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), la identificación del alcance y contenido de las obligaciones del empresario en la materia, encaminadas a garantizar y hacer efectivo el derecho de los trabajadores a la protección frente a los riesgos laborales. De este modo, *la configuración jurídica del deber de protección del empresario* descansa así

en hasta *doce especificaciones legales* de su régimen jurídico:

1. La expresión legal de los *principios generales de la acción preventiva* (art. 15 LPRL), con arreglo a los cuales deberá el empresario aplicar las medidas que integran su deber general de prevención y que, a fin de cuentas, constituyen criterios interpretativos en la materia.

2. La *evaluación de los riesgos* (arts. 16 y 23.1 a) y c) LPRL) o planificación de la acción preventiva en la empresa, con la consiguiente facilitación a los trabajadores de *equipos de trabajo y de medios de protección* individual adecuados para el desempeño de sus funciones (arts. 17 y 23.1 b) LPRL).

3. La *formación de los trabajadores* (art. 19 LPRL), de modo que el empresario debe garantizar que cada trabajador reciba una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia de prevención de riesgos, centrada específicamente en su puesto de trabajo o función.

4. La *actuación en situaciones de emergencia* (art. 20 LPRL) y *de riesgo grave e inminente* (art. 21 LPRL).

5. La *vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores* en función de los riesgos inherentes al trabajo (arts. 22 y 23.1d) LPRL).

6. La *protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos* (art. 25 LPRL), es decir, de quienes, por sus propias características personales o estado biológico conocido (incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial), "sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo".

7. La *protección de la maternidad* (art. 26 LPRL), para las trabajadoras en situación de embarazo o de parturiente (también durante el período de lactancia, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo) expuestas a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que pudieran influir negativamente en su salud o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico.

8. La *protección de los menores* (art. 27 LPRL), esto es de trabajadores menores de dieciocho años.

9. La *protección de los trabajadores temporales* ("trabajadores con relaciones de trabajo temporal o de duración determinada") y los *contratados por empresas de trabajo temporal* (art. 28 LPRL), que deberán disfrutar del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud que los

restantes trabajadores de la empresa en la que prestan sus servicios.

10. La organización de la prevención y la constitución de servicios de prevención (arts. 30 a 32, cap. IV, LPRL).

11. La intervención colectiva de los trabajadores en la realización de la prevención de riesgos laborales (colectivización de la prevención). Por lo pronto, la LPRL atribuye a los trabajadores el derecho a participar en la empresa "en las cuestiones relacionadas con la prevención de riesgos en el trabajo" (art. 34.1). De este modo, los trabajadores tienen derecho a efectuar propuestas al empresario ya los órganos de representación y participación, "dirigidas a la mejora de los niveles de protección de la seguridad y la salud en la empresa" (art. 18.2 LPRL). Así también, el empresario deberá informar a los trabajadores acerca de los riesgos para la seguridad y la salud en el trabajo (los que afecten a la empresa en su conjunto y a cada tipo de puesto de trabajo o función) y de las medidas y actividades de protección y prevención aplicables de los riesgos; y deberá informar directamente a cada trabajador, asimismo, "de los riesgos específicos que afectan a su puesto de trabajo o función y de las medidas de protección y prevención aplicables de dichos riesgos" (art. 18.1 LPRL). Por otra parte, deberá consultar a los trabajadores y permitir su participación "en el marco de todas las cuestiones que afecten a la seguridad y a la salud en el trabajo", de conformidad con lo dispuesto en el capítulo V ("consulta y participación de los trabajadores") de la Ley (art. 18.2 LPRL). Por último, los trabajadores (también sus representantes) podrán recurrir a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, "si consideran que las medidas adoptadas y los medios utilizados por el empresario no son suficientes para garantizar la seguridad y la salud en el trabajo" (art. 40.1 LPRL).

Con todo, y sin perjuicio de los casos mencionados de intervención individual, la *participación* de los trabajadores en la prevención de riesgos se canaliza legalmente a través de las *estructuras colectivas de representación de intereses* de aquéllos, produciéndose así un supuesto general de *colectivización* de la participación. Se señala así, de modo general, que la *participación* de los trabajadores "se canaliza a través de sus representantes y de la representación especializada" que se establece, naturalmente cuando las empresas o centros de trabajo cuenten con dichos órganos por tener seis o más trabajadores (art. 34.1 LPRL). Y, específicamente para las relaciones de información, ésta (la *información* debida) "se facilitará por el empresario a los trabajadores (en las empresas que cuenten con representantes de los trabajadores) a través de dichos representantes", no obstante la información que proceda realizar de

modo directo a cada trabajador (art. 18.1 LPRL). En tanto que las preceptivas *consultas* de los trabajadores por parte del empresario (arts. 18.2 y 33.1 LPRL) "se llevarán a cabo (en las empresas que cuenten con representantes de los trabajadores) con dichos representantes" .

La *dimensión colectiva* de la participación de los trabajadores en la prevención de riesgos laborales se concreta institucionalmente, así pues, en los siguientes supuestos:

1) Una relación de *información y consulta* de los trabajadores, en la que el órgano de representación de los mismos puede adoptar verdaderamente una doble posición jurídica: a) *activa o de emisión de informe u opinión*, que se concreta en los casos en que el empresario debe consultar a los trabajadores, con la debida antelación, la adopción de las decisiones relativas a los extremos previstos legalmente (arts. 18.2 y 33 LPRL); y b) *pasiva o de recepción de información*, la que correlativamente está obligado a facilitar el empresario ("todas las informaciones necesarias"), a fin de dar cumplimiento al deber de protección, en relación con las cuestiones asimismo previstas por la norma (art. 18.1 LPRL).

2) Una *representación específica* de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales, creada novedosamente a partir de los *delegados de prevención* (arts. 34 a 37 LPRL) , sin perjuicio de las actuaciones generales de los órganos de *representación unitaria y sindical* de los trabajadores (delegados de personal, comités de empresa, juntas de personal y delegados sindicales), que podrán ejercer, en defensa de sus intereses en materia de prevención de riesgos laborales, "las competencias que dichas normas establecen en materia de información, consulta y negociación, vigilancia y control y ejercicio de acciones ante las empresas y los órganos y tribunales competentes" (art. 34.2 LPRL). Los *delegados de prevención* integran, así pues, un supuesto técnico de *representación* de los trabajadores ("son los representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo", art. 35.1 LPRL) Y no, propiamente, de *participación institucional* en la empresa (como es el caso del "comité de seguridad y salud", al que seguidamente se aludirá), bien que ofrezcan el cauce para la intervención (o la "participación", en la expresión legal) de los trabajadores en las materias de seguridad y salud laborales en la empresa. Así pues, una cosa es que el genérico derecho de los trabajadores a "participar" (intervenir, estar presentes) en la empresa en las cuestiones relacionadas con la prevención de riesgos en el trabajo (art. 34.1 LPRL) *se canalice legalmente* (siempre que existan, naturalmente) a través de los *representantes* de los trabajadores (art. 34.1

LPRL) Y otra, muy distinta y además errónea, que los delegados de prevención deban ser tenidos técnicamente por órganos de participación institucional, como en ocasiones la propia Ley parece apuntar de modo precipitado, siéndolo tan sólo de representación de intereses.

3) Un supuesto (ésta vez sí, desde el punto de vista técnico) de *participación institucional* de los trabajadores en la empresa, a partir de la también novedosa creación legal del *comité de seguridad y salud* (arts. 38 y 39 LPRL), como "órgano paritario y colegiado de participación destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos" (art. 38.1 LPRL), formado (en todas las empresas o centros de trabajo que cuenten con cincuenta o más trabajadores) por los delegados de prevención, de una parte, y por el empresario y/o sus representantes en número igual al de los delegados de prevención, de la otra (art. 38.2 LPRL).

12. La *coordinación de actividades empresariales* (art. 24 LPRL), para los supuestos en que trabajadores de dos o más empresas desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo.

Y, en fin, la *efectividad* del derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo exige adicionalmente la *afectación de otros sujetos* distintos del propio empresario, a los que la Ley impone obligaciones específicas en este campo:

1. Obligaciones de los *trabajadores* en materia de prevención de riesgos (art. 29 LPRL), ya que corresponde a cada uno de ellos en general "velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que puede afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario" (art.29.1 LPRL), y, específicamente, el cumplimiento de las *obligaciones singulares* impuestas por la norma (art. 29.2 LPRL). El incumplimiento por los trabajadores de las obligaciones en la materia tendrán la consideración de incumplimiento contractual laboral (art. 58.1 LET) o, para el caso de los funcionarios públicos o del personal estatutario, de falta administrativa.

2. Obligaciones de los *fabricantes, importadores y suministradores* de maquinaria, equipos, productos y útiles de trabajo (art. 41, cap. VI, LPRL), que están obligados en general a "asegurar que éstos no constituyan una fuente de peligro para el trabajador, siempre que sean instalados y utilizados en las condiciones, forma y para los fines reco-

mendados por ellos", sin perjuicio de las obligaciones específicas previstas en dicho precepto.

II. EL ÁMBITO LEGAL DE LA PROTECCIÓN

La Ley 31/1995 es, por lo pronto, una disposición legal perteneciente al ordenamiento jurídico laboral, cuyo objeto reconocido no es otro, ya se ha dicho, que la promoción de "la seguridad y la salud de los trabajadores mediante la aplicación de medidas y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo"(art. 2.1 LPRL) y, en definitiva, la efectividad y garantía del derecho de los trabajadores a una *protección eficaz* en materia de seguridad e higiene en el lugar de la prestación del trabajo (arts. 4.2 d) Y 19 LET).

De este modo, la propia Ley reconoce de modo expreso, así como para sus normas reglamentarias, su pertenencia a la "legislación laboral", a los efectos de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia laboral (art. 149.1.7' CE, al amparo del cual ha sido promulgada, tal como señala la disp. ad. 3'.1 LPRL). Por lo tanto, corresponde al Estado en exclusiva la *legislación* sobre prevención de riesgos laborales (por constituir una partida singular de la legislación laboral ciertamente), sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas. Y es que una interpretación sistemática del término "legislación" a lo largo de los sucesivos apartados del artículo 149.1 CE ha permitido al Tribunal Constitucional, como se sabe, entender la expresión *legislación laboral* en su aceptación material y no formal constreñida a las leyes o normas que emanan del poder legislativo (o supuestos asimilados por delegación o excepción), comprensiva así de la potestad legislativa y de la reglamentaria. De este modo, cuando la Constitución emplea aquella expresión "incluye también en el término los reglamentos tradicionalmente llamados ejecutivos, es decir, aquellos que aparecen como desarrollo de la ley y, por ende, como complementarios de la misma, pues si ello no fuera así se frustraría la finalidad del precepto constitucional de mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia, que sólo mediante una colaboración entre Ley y Reglamento (...) puede lograrse" (SSTC 18/1982, 35/1982, 39/1982, 57/1982, 7/1985,249/1988, etc.)

La Ley 31/1995 asegura, al propio tiempo, una *concepción normativa unitaria y global* en la materia, en la medida en que, además de abordar la regulación del régimen jurídico general de la prevención de riesgos laborales (la Ley "establece los principios generales relativos a la prevención de los riesgos profesionales para la protección

de la seguridad y de la salud", art. 2.1 LPRL), procede a la *definición del propio cuerpo normativo* de prevención de riesgos laborales, de su alcance y contenido. Determina así, unitariamente, que dicho cuerpo normativo ("la normativa sobre prevención de riesgos laborales") está constituido por la presente Ley, sus disposiciones de desarrollo o complementarias "y cuantas otras normas, legales o convencionales, contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producidas en dicho ámbito" (art. 1 LPRL). Sin perjuicio de la tautológica formulación gramatical utilizada (normas sobre prevención de riesgos laborales son todas aquellas, no importa su origen y carácter, que contienen prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas), lo cierto es que la Ley otorga carta de naturaleza legal, dentro de un orden jurídico global y unitario relativo a la prevención de riesgos laborales, a la distinción entre normas laborales y normas técnicas en la materia.

Por último, las disposiciones laborales de la Ley 31/1995, al igual que las de sus reglamentos, tienen en todo caso el carácter de *Derecho necesario mínimo indisponible*, "pudiendo ser mejoradas y desarrolladas en los convenios colectivos" (art. 2.3 LPRL). Se diseñan así dos tipos de relaciones entre la Ley (norma estatal) y el convenio en materia de prevención de riesgos laborales: 1) de complementariedad, en que la norma estatal es relativamente inderogable por convenio, o derogable *in melius* para el trabajador, en cuya virtud el convenio tiene atribuida la función de mejorar los mínimos establecidos por la ley, que resultan de este modo inderogables *in peius* por el convenio (las normas pactadas deberán respetar en todo caso, así lo señala el artículo 3.3 LET, "los mínimos de derecho necesario"); y 2) de complementariedad, en que la norma estatal determina las líneas básicas de la materia, que desde luego la negociación colectiva habrá de respetar, para remitir la regulación de especificación o desarrollo al convenio colectivo.

Pero, además, en segundo lugar, la Ley 31/1995 es una disposición legal de *naturaleza administrativa*, al proyectarse su ámbito de aplicación (al igual que el de sus normas de desarrollo) tanto a las *relaciones laborales* reguladas por la LET, como, sin perjuicio de determinadas peculiaridades previstas, a las *relaciones administrativas* de los funcionarios públicos y del personal estatutario ("relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal civil al servicio de las Administraciones Públicas", art. 3.1 LPRL). Al amparo de este nuevo supuesto de *laboralización* de la función pública y en el ámbito normativo de la prevención de riesgos laborales, la noción de "trabajadores" comprende también, lógica y extensiva-

mente, a los funcionarios públicos y al personal estatutario (al "personal civil con relación de carácter administrativo o estatutario"), en tanto que la de "empresarios", lo hace, por su parte, a la Administración Pública para la que aquéllos prestan servicios (art. 3.1 LPRL).

Las *peculiaridades* anunciadas por la Ley para la aplicación del nuevo marco normativo a las relaciones administrativas o estatutarias ("con las peculiaridades que, en este caso, se contemplan en la presente Ley o en sus normas de desarrollo", art. 3.1 LPRL) encubren en realidad, a pesar de la suavidad de la expresión, diferentes supuestos técnicos de gran trascendencia a la hora de juzgar el alcance real de la aplicación de la Ley a las relaciones administrativas:

1) *Exclusiones* o supuestos en que la Ley "no será de aplicación en aquellas actividades cuyas particularidades lo impidan" en el ámbito de las funciones públicas de *policía, seguridad y resguardo aduanero*, así como en *servicios operativos de protección civil y peritaje forense en los casos de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública*. (art. 3.2 LPRL). La excepción no alcanza ciertamente a la función administrativa en su conjunto (policía, seguridad, resguardo aduanero, protección civil o peritaje forense), sino tan sólo a las *actividades* de la misma cuyas *particularidades* impidan la aplicación de la normativa general. La contemplación restrictiva de tales supuestos por la propia Ley se pone de manifiesto, una vez más, cuando para la presencia material de alguno de ellos (los servicios operativos de protección civil y el peritaje forense) se exige además la concurrencia de circunstancias excepcionales como son el grave riesgo, la catástrofe o la calamidad pública. En cualquier caso, y como prescripción de garantía, la Ley 31/1995 deberá *inspirar la normativa específica* que se dicte "para regular la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores que presten sus servicios en las indicadas actividades" (art. 3.2 LPRL).

2) *Regulaciones especiales* para determinadas actividades administrativas incluidas dentro del ámbito de aplicación de la Ley, a las que se atribuye sin embargo la función de establecer "particularidades" o de acometer "adaptaciones" a la regulación general contenida en la Ley 31/1995. Es el caso, por un lado, de los *centros y establecimientos militares*, respecto de los que será de aplicación lo dispuesto en la dicha Ley, bien que "con las particularidades previstas en su normativa específica" (art. 3.3 LPRL). Y, por otro, de los *establecimientos penitenciarios* y de aquellas de sus actividades "cuyas características justifiquen una regulación especial", que se "adaptarán a la presente Ley (31/1995)" a través de los pactos y acuerdos

colectivos de la función pública" ("lo que se llevará a efecto en los términos señalados en la Ley 7/1990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos", art. 3.3 LPRL).

3) *Condiciones de aplicación general* de la Ley al resto de las actividades y dependencias administrativas ("respecto del personal civil con relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones públicas, la presente Ley será de aplicación en los siguientes términos" disp. ad. 3' 2 LPRL):

a) Atribución legal de carácter de *normas básicas*, "en el sentido previsto en el artículo 149.1.18' de la Constitución", de hasta treinta y dos artículos y disposiciones de la Ley, en todo o en parte (disp. ad. 3'2 a) y 3). Quiere ello decir, naturalmente, que el Estado tiene competencia exclusiva sobre las materias contenidas en los artículos, apartados y párrafos relacionados en la mencionada disposición adicional, así como en las correspondientes normas de desarrollo reglamentario, por tratarse de "bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios".

b) Posibilidad de atribución a *órganos diferentes* (de los legalmente previstos), en el ámbito de las Comunidades Autónomas y las entidades locales, de las funciones de la Ley atribuye a "las autoridades laborales y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social"(disp. ad. 3' 2b) LPRL).

c) Aplicación general *subsidiaria* de los restantes preceptos, en defecto de "normativa específica" dictada por las Administraciones públicas, a excepción de lo que "resulte inaplicable a las mismas por su propia naturaleza jurídico-laboral" (disp. ad. 3'.2c) LPRL).

III. EL INCUMPLIMIENTO POR EL EMPRESARIO DE LAS OBLIGACIONES DE PROTECCIÓN Y SUS CONSECUENCIAS

3.1 La responsabilidad del empresario: clases y ordenación de su concurrencia

El *incumplimiento* por el empresario de las obligaciones que integran su deber legal de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales abre, ciertamente, el camino de las *responsabilidades y sanciones* en que aquél puede incurrir como consecuencia de la correspondiente infracción normativa, cuya regulación jurídica completa por lo demás el articulado de la LPRL (cap VII, "responsa-

bilidades y sanciones", Arts. 42 a 54). La LPRL sitúa de este modo el incumplimiento de sus obligaciones legales como el elemento desencadenante de la responsabilidad del empresario y de sus diversas expresiones posibles: "el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento" (art. 42.1 LPRL). Además, por cierto, del eventual recargo de prestaciones económicas del sistema de la seguridad social que pueda ser establecido de acuerdo con la legislación específica reguladora (art. 42.3 LPRL).

De modo que, en suma, la responsabilidad empresarial en materia de prevención de riesgos laborales puede adoptar una tipología plural:

1. Responsabilidad *administrativa* (arts. 42 y ss LPRL).
2. Responsabilidad *penal* (arts. 42.1 LPRL Y 147 a 152 y 316 a 318 Código Penal).
3. Responsabilidad *civil* general por daños y perjuicios (arts. 109 y ss Código Penal y 1101 Código Civil).
4. Responsabilidad específica en materia de *prestaciones de seguridad social* (arts. 123 y 195 a 197 Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio, LGSS).

Por lo demás, la *concurrencia* de responsabilidades de distinto tipo, y su eventual *compatibilidad*, por un mismo incumplimiento empresarial está contemplada legalmente a través de determinadas reglas de ordenación de la misma:

1. La compatibilidad legal de las *responsabilidades administrativas* que se deriven del procedimiento sancionador por infracción de las normas de prevención de riesgos laborales "con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema" (art. 42.3 LPRL). Es decir, *compatibilidad plena entre responsabilidades administrativa y civil* ("por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento", art. 42.3 LPRL). Si el "recargo de prestaciones económicas" de seguridad social no es tenido legalmente por responsabilidad administrativa, al ser declarada de modo expreso compatible su percepción con esta última (art. 42.3 LPRL) Y no resultar convincente desde el punto de vista lógico la declaración de compatibilidad de responsabilidades admi-

nistrativas entre sí, todo parece apuntar a que la Ley ha querido decantar la cuestión relativa a la naturaleza de la institución en favor del carácter indemnizatorio o resarcitorio (y civil, por lo tanto) del recargo, que abandonaría legalmente así su consolidada calificación jurisprudencial de sanción administrativa para poder presentarse como una manifestación singular y reforzada de la indemnización general por daños y perjuicios. La posibilidad de aseguramiento del pago del recargo, y consiguiente derogación de la prohibición existente en la materia (art. 123.2 LGSS) por el artículo 15.5 LPRL, a que me referiré más adelante, no haría sino confirmar por cierto la nueva configuración legislativa de la institución.

Aun cuando el Tribunal Constitucional había venido afirmando, haciéndose eco de la dilatada jurisprudencia del extinto Tribunal Central de Trabajo a propósito del artículo 93 de la precedente LGSS, que el recargo de prestaciones económicas de seguridad social constituye una responsabilidad a cargo del empresario extraordinaria y puramente sancionadora, que por ello debe ser interpretada de manera estricta (STC 158/1985 y AATC 596/1991), lo cierto es que no dejaba de reconocer recientemente y de modo significativo, meses antes de la promulgación de la LPRL, el carácter polémico de la cuestión doctrinal sobre la naturaleza jurídica de esta figura, sobre la que por cierto excusa su pronunciamiento en dicho instante (STC 81/1995, de 5 de junio, "(...) es innecesario terciar en la polémica doctrinal sobre la naturaleza jurídica de esta figura esclareciendo concretamente si en puridad se trata de una genuina sanción administrativa, ya que la palmaria inconsistencia de los reproches formulados nos exime de entrar en este tipo de consideraciones").

Por otra parte, se establece un principio de *vinculación* entre los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social, en cuya virtud "la declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción, en lo que se refiere al recargo, en su caso, de la prestación económica del sistema de Seguridad Social" (art. 42.5 LPRL).

2. El cumplimiento del principio *non bis in idem* y de la derivada *incompatibilidad entre las responsabilidades penal y administrativa* del empresario, de acuerdo con el cual "no podrán sancionarse los hechos que ya hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento" (art. 42.4 LPRL). Así, en los casos de concurrencia con el

orden jurisdiccional penal, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social (LISOS), a cuyo contenido remite de modo expreso la propia LPRL (art. 42.4), de modo que, cuando las infracciones pudieran ser constitutivas de delito, la Administración "pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento" (art. 3.1 LISOS), mientras que, de no haberse estimado la existencia de delito, la Administración "continuará el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados" (art. 3.2 LISOS), debiendo cumplirse en todo caso y de modo inmediato "las medidas administrativas adoptadas para salvaguardar la seguridad e higiene de riesgo inminente" (art. 3.3 LISOS). Para cuya efectividad, la autoridad laboral y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social "velarán por el cumplimiento de los deberes de colaboración e información con el Ministerio Fiscal" (art. 42.4 LPRL).

3.2 La determinación del empresario responsable en supuestos especiales

La determinación del *empresario responsable* por incumplimiento de las obligaciones legales en la materia es objeto, por lo pronto, de especificaciones legales para dos casos singulares:

1. Supuestos de *contratas o subcontratos* entre empresas. El empresario responsable del incumplimiento, cuando las empresas contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios, correspondientes a la propia actividad de aquéllas (art. 24.3 LPRL), lo será tanto el *empresario principal* como el *contratista y subcontratista*, quienes responderán *solidariamente* durante el período de la contrata "de las obligaciones impuestas por esta Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal" (art. 42.2 LPRL).

La LPRL se aparta en este punto, por cierto, de la solución adoptada en su momento por el artículo 40.2 de la LISOS, que es derogado de modo expreso por aquélla (disp. derogatoria única a) LPRL), no otra que la responsabilidad directa e independiente, y no solidaria, del empresario principal por incumplimiento de las obligaciones establecidas en materia de seguridad e higiene respecto de los trabajadores del contratista o subcontratista ocupados

en su centro de trabajo, volviéndose así a la fórmula tradicional de la responsabilidad solidaria en tales casos (arts. 153.2 Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1971). La sustitución de una responsabilidad directa del empresario principal, saludada en su día como un paso adelante en la garantía del derecho de los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas a la protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo, por una responsabilidad solidaria de ambos empresarios no ha dejado, así pues, de ser calificada de regresiva, también en relación con los precedentes legales de la norma, que no exigían el requisito de "propia actividad".

Con todo, la responsabilidad solidaria se desencadena cuando concurren los siguientes elementos:

a) La contratación (o subcontratación) por una *empresa principal* de la realización de obras o servicios correspondientes a la *propia actividad* de aquélla (relación empresario principal/contratistas o subcontratistas). La exigencia de que las obras o servicios contratados o correspondan a la "propia actividad" de la empresa principal (operativa en virtud de la remisión que el artículo 42.2 LPRL efectúa al 24.3 de la misma, donde se menciona dicho requisito) se opone como límite u obstáculo a la generalización de la responsabilidad solidaria a todos los supuestos de contratación de obras o servicios y no deja de plantear además el problema de la determinación del alcance de la noción. La jurisprudencia, que no se ha caracterizado precisamente en este punto por una posición clara y uniforme, parece decantarse de modo mayoritario (a propósito del artículo 40.2 LISOS) por considerar como actividad "propia" la que tiene que ver de modo directo con el proceso productivo de la empresa y no con las operaciones complementarias del mismo (limpieza, transporte, vigilancia, obras de infraestructura o de reparación de locales, etc).

b) La *ocupación* de trabajadores de la empresa contratista o subcontratista en *centros de trabajo* (entendidos como "unidades productivas con organización específica", de acuerdo con el art. 1.5 LET, o como simples lugares donde se produce la prestación del trabajo, STAS 18-4-1992, A. 4849) *de la empresa principal*.

c) La *producción de la infracción* relativa a las obligaciones en materia de seguridad y salud laborales en relación con los trabajadores de la empresa contratista en el *centro de trabajo del empresario principal y durante el período de vigencia de la contrata*.

En otro orden de cosas, la responsabilidad del pago del *recargo de las prestaciones económicas de seguridad*

social, que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional, cuando la lesión se haya producido por falta de las medidas de seguridad exigidas, recaerá directamente sobre el "empresario infractor" (art. 123.2 LGSS). Y, en caso de contrataciones o subcontratas entre empresas (en que "la determinación o aplicación del concepto de "empresario infractor" se complica sobremanera, surgiendo siempre en cada supuesto la interrogante de si alcanza sólo al empresario directo o propio, o sólo al principal, o ambos a la vez"), el Tribunal Supremo ha concluido en casación para la unificación de doctrina que la responsabilidad "recae conjunta y solidariamente sobre la empresa principal (...) y sobre el contratista" (STS 18-4-1992, A. 4849, a la que corresponden los textos entrecomillados recogidos en este párrafo, confirmada en amparo por la STC 81/1995). Se razona así por el Alto Tribunal que "lo que no parece correcto es excluir, por sistema y en todo caso, de responsabilidad a la empresa principal(como hacían las sentencias de contraste analizadas en casación), pues esta simplista solución en primer lugar prescinde de la realidad en la que siempre es posible que la causa del siniestro se encuentre en la conducta negligente o culposa de este empresario principal, y la sustituye por unas objetivas y rígidas, y en segundo lugar no se compagina con las distintas normas legales en que se declara y proclama la responsabilidad de éste".

2. Supuestos de actividad laboral de las *empresas de trabajo temporal*. Así, en las relaciones de trabajo en la empresa de trabajo normal, la *empresa usuaria* será responsable de la protección en materia de seguridad y salud en el trabajo (art. 42.2 LPRL). La Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, había establecido ya por su parte, después de imponerle, con carácter previo al inicio de la prestación de servicios, la obligación de informar al trabajador "sobre los riesgos derivados de su puesto de trabajo, así como las medidas de protección y prevención contra los mismos", la *responsabilidad de la empresa usuaria* "de la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo así como del recargo de prestaciones de seguridad social (a que se refiere el art. 123 de la vigente Ley General de la materia), en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en su centro de trabajo durante la vigencia del contrato de puesta a disposición y traigan su causa de falta de medidas de seguridad e higiene" (art. 16, 1 y 2).

3.3 La responsabilidad administrativa: infracciones y sanciones

Son *infracciones administrativas* a la normativa en materia de prevención de riesgos laborales "las acciones u omisiones de los empresarios que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud laboral sujetos a responsabilidad conforme a la presente Ley" (art. 45.1 LPRL).

La *tipificación* de las infracciones administrativas, exigida por la aplicación al ámbito del Derecho administrativo sancionador del principio constitucional de legalidad (nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento, arts. 25.1 CE y 45.1 LPRL, "las infracciones tipificadas conforme a la presente Ley serán objeto de sanción (...)", se lleva a cabo legalmente mediante la *calificación de su gravedad* (leves, graves y muy graves), "en atención a la naturaleza del deber infringido y la entidad del derecho afectado", de conformidad con lo establecido en la propia LPRL (art. 45.2 LPRL), que deroga de modo expreso las normas relativas a "infracciones en materia de seguridad e higiene y salud laborales" de la LISOS (esto es, los art. 9, 10 Y 11, disp. derogatoria única, 1 a) LPRL):

1. Infracciones *leves* (art. 46 LPRL), relativas en general y residualmente, en los cinco apartados del precepto, a *incumplimientos de carácter formal o documental* que no estén calificados como graves o muy graves, así como a aquellos otros que "carezcan de transcendencia grave para la integridad física o la salud de los trabajadores".

2. Infracciones *graves* (art. 47 LPRL), relativas en los diecinueve apartados del artículo a incumplimientos empresariales que crean un *riesgo grave* para la integridad física o la salud de los trabajadores afectados, desde no llevar a cabo las "evaluaciones de riesgos" y, en su caso, los "controles periódicos" de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores que procedan o no realizar aquellas actividades de prevención que hicieran necesarias los resultados de las evaluaciones (art. 47.1 LPRL), hasta, finalmente, no someter en los términos reglamentariamente establecidos el sistema de prevención de riesgos de la empresa al "control de una auditoría o evaluación externa", cuando no se hubiera concertado el servicio de prevención con una entidad especializada ajena a la empresa (art. 47.19 LPRL).

3. Infracciones *muy graves* (art. 48 LPRL), relativas por último, en los ocho supuestos previstos en el precepto,

a incumplimientos de normas preventivas de los que se derive un riesgo muy *grave e inminente* para la seguridad y salud de los trabajadores, tales como la inobservancia de las normas específicas en materia de "protección de las trabajadoras durante los períodos de embarazo y lactancia" (art. 48.1 LPRL), o de "protección de la seguridad y la salud de menores" (art. 48.2 LPRL), la no paralización o suspensión de forma inmediata a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de "los trabajos que se realicen sin observar la normativa sobre prevención de riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores", o reanudar los trabajos "sin haber subsanado previamente las causas que motivaron la paralización" (art. 48.3 LPRL), o, en fin, la no adopción de "cualesquiera otras medidas preventivas" aplicables a las condiciones de trabajo en ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales de las que se derive "un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores" (art. 48.8 LPRL).

La *prescripción* de las infracciones administrativas a la normativa en materia de prevención de riesgos laborales se produce, por lo demás, en función de la calificación de su gravedad (art. 51 LPRL): las infracciones leves prescribirán al año, las graves a los tres años y las muy graves a los cinco años, contados en todos los casos desde la fecha de la infracción.

Las infracciones tipificadas legalmente serán objeto de *sanción* administrativa tras la instrucción de oportuno *procedimiento sancionador* a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de conformidad con el procedimiento administrativo especial establecido en la LISOS, "sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden que puedan concurrir" (art. 45.1 LPRL). La regulación de cuyo procedimiento se contiene, por cierto, en los artículos 50 a 53 de la propia LISOS (cap. VIII, "procedimiento sancionador") y en el Reglamento sobre procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social y para la extensión de actas de liquidación de cuotas de la seguridad social, aprobado por el RD 396/1996, de 1 de marzo.

No obstante, en el ámbito de las relaciones de *carácter administrativo o estatutario* del personal civil al servicio de las Administraciones Públicas, las infracciones administrativas que tengan lugar serán objeto de responsabilidades a través de *la imposición*, por resolución de la autoridad competente, *de la realización de las medidas correctoras* de los correspondientes incumplimientos (y no lógicamente de la imposición de sanciones pecuniarias), "conforme al procedimiento que al respecto se establezca"

(art. 45.1. LPRL). la LPRL formula, sin embargo, los *principios generales* a que deberá ajustarse la regulación de dicho procedimiento por el Gobierno en el ámbito de la Administración General del Estado (art. 45.1): a) el procedimiento se iniciará por el órgano competente de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social "por orden superior", bien por propia iniciativa o a petición de los representantes del personal; b) la Inspección efectuará, a raíz de su actuación, un "requerimiento sobre las medidas a adoptar y plazo de ejecución de las mismas", del que se dará traslado a la unidad administrativa inspeccionada a efectos de formular alegaciones; y c) en caso de "discrepancia entre los Ministerios competentes como consecuencia de la aplicación de este procedimiento", se elevarán las actuaciones al Consejo de Ministros para su "decisión final".

La comprobación por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de la existencia de una infracción a las normas sobre prevención de riesgos laborales desencadenará, ciertamente, una doble actuación inspectora:

1. Actuación *cautelara*, consistente en la formulación al empresario presuntamente responsable de la infracción de un *requerimiento para la subsanación de las deficiencias observadas*, señalándose por escrito en el mismo "las anomalías o deficiencias apreciadas con indicación del plazo para su subsanación" y poniendo a los delegados de prevención en conocimiento del mismo. Salvo que, "por la gravedad e inminencia de los riesgos", procediese acordar la *paralización* de los trabajos, y todo ello sin perjuicio de la propuesta de sanción que pudiera corresponder en su caso. El incumplimiento del requerimiento formulado dará origen, "persistiendo los hechos infractores" y "de no haberlo efectuado inicialmente", al levantamiento por los mismos de la correspondiente acta de infracción (art. 43. 1 Y LPRL).

Cuando el Inspector de Trabajo y Seguridad Social compruebe, así pues, que la inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales implica, a su juicio, un "riesgo grave e inminente para la seguridad y la salud de los trabajadores", podrá ordenar la *paralización inmediata* de tales trabajos o tareas (art. 44.1 LPRL). Esta medida será comunicada por el Inspector (art. 44.1 LPRL):

1) A la *empresa responsable*, que a su vez la pondrá en conocimiento inmediato de los trabajadores afectados, del comité de seguridad y salud, del delegado de prevención o, en su ausencia, de los representantes del personal, dando cuenta al Inspector actuante del cumplimiento de esta notificación. La empresa podrá, sin perjuicio del "cumplimiento inmediato" de tal decisión, impugnarla ante la autoridad laboral en el plazo de tres días hábiles, debien-

do resolverse tal impugnación en el plazo máximo de veinticuatro horas y siendo la resolución ejecutiva, sin perjuicio de los recursos que procedan.

2) A la *autoridad laboral*, a la que el Inspector "dará traslado de su decisión de forma inmediata".

La paralización de los trabajos podrá ser *levantada*, "tan pronto como se subsanen las causas que la motivaron": a) por el Inspector que la hubiera decretado; y b) por el empresario, debiendo éste en tal caso "comunicarlo inmediatamente a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social" (art. 44. 1 LPRL). Los supuestos de paralización de trabajos se entenderán en todo caso, en fin, "sin perjuicio del pago del salario o de las indemnizaciones que procedan y de las medidas que puedan arbitrarse para su garantía" (art. 44.2 LPRL).

La paralización de actividades podrá ser acordada, asimismo, por los representantes legales de los trabajadores (eventualmente por los delegados de prevención) en el supuesto en que los trabajadores estén o puedan estar expuestos a un "riesgo grave o inminente con ocasión de su trabajo", y cuando el empresario "no adopte o no permita la adopción" de las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores, en los términos previstos por la nueva disciplina legal en la materia (arts. 21.3 y 36.1 d) Y 2g) LPRL), que modifica de modo sustancial el régimen jurídico precedente contenido en el artículo 19.5 LET, materialmente derogado en este punto (hay que entender) aun cuando la disposición derogatoria única de la LPRL no lo contemple.

2. Actuación *sancionadora*, mediante la propuesta de la sanción que corresponda en su caso (art. 45.1 LPRL), sin perjuicio naturalmente del requerimiento o la paralización de trabajos antes mencionados. La LPRL tipifica, por su parte, las siguientes *sanciones*:

1. *Multa pecuniaria*, cuya graduación ("las sanciones por las infracciones tipificadas en los artículos anteriores podrán imponerse en los grados mínimo, medio y máximo", art. 49.1 LPRL) se realiza atendiendo a diversos *criterios legales* (art. 49.1 LPRL): a) la *peligrosidad* de las actividades desarrolladas en la empresa o centro de trabajo; b) el *carácter permanente o transitorio* de los riesgos inherentes a dichas actividades; c) la *gravedad de los daños producidos* o que hubieran podido producirse por la ausencia o deficiencia de las medidas preventivas necesarias; d) *el número de trabajadores afectados*; e) *las medidas de protección individual* o colectiva adoptadas por el empresario y las *instrucciones* impartidas por éste en orden a la prevención de los riesgos; f) *el incumplimiento de adver-*

tencias o requerimientos previos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; g) la inobservancia de las propuestas realizadas por los servicios de prevención, los delegados de prevención o el comité de seguridad y salud de la empresa para la corrección de las deficiencias legales existentes; y h) la conducta general seguida por el empresario en orden a la estricta observancia de las normas en materia de prevención de riesgos laborales. Estos criterios legales, de entre los cuales aquellos que fueran tenidos en cuenta para la graduación de la sanción deberán ser explicitados en el acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad que inicie el expediente sancionador y en la resolución administrativa que recaiga en su momento (art. 49.3 LPRL), no podrán atenuar o agravar la calificación de la infracción cuando lógicamente "estén contenidos en la descripción de la conducta infractora" (art. 49.2 LPRL). Y, de no considerarse relevante a estos efectos ninguna de las circunstancias contenidas en tales criterios de graduación, la sanción deberá imponerse en el grado mínimo en su tramo inferior (art. 49.3 LPRL).

Las sanciones podrán oscilar en su *cuantía*, de acuerdo con su graduación y a través de hasta nueve escalones legales (art. 49.4 LPRL) que agravan de forma considerable los límites generales previstos por el artículo 37 LISOS (de 5.000 a 15.000.000 de pesetas), desde 50.000 pesetas (para las infracciones leves en grado mínimo) hasta 100.000.000 de pesetas (para las infracciones muy graves en grado máximo), sin perjuicio del incremento resultante de los supuestos de reincidencia. Existe *reincidencia*, por lo demás, cuando se comete una infracción del "mismo tipo y calificación que la que motivó una sanción anterior en el término de un año" desde la comisión de ésta, siempre que la resolución sancionadora hubiese adquirido firmeza (art. 50.1 LPRL). En tal caso, la cuantía ordinaria de las sanciones podrá incrementarse "hasta el duplo del grado de la sanción correspondiente a la infracción cometida", sin exceder en ningún caso del tope máximo previsto para las infracciones muy graves (art. 50.2 LPRL).

En el ámbito de las competencias del *Estado*, las infracciones serán sancionadas (art. 52.1 LPRL), a propuesta de la inspección de Trabajo y Seguridad Social y de acuerdo con los límites de cuantía legalmente previstos, por el órgano del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social territorialmente competente (por el Director Provincial hasta 5.000.000 de pesetas, por el Director General de Trabajo hasta 15.000.000 de pesetas, y por el Ministro hasta 50.000.000 de pesetas) o por el Consejo de Ministros (a propuesta del de Trabajo y Seguridad Social, hasta 100.000.000 de pesetas). En los supuestos de pluralidad de infracciones recogidas en un único expediente sancionador,

corresponde la competencia sancionadora por la totalidad de las infracciones al órgano que fuera competente para imponer la sanción de mayor cuantía (art. 52.2 LPRL). Por otra parte, el ejercicio de la potestad sancionadora que corresponda a las autoridades laborales de las *Comunidades Autónomas* con competencias en materia de ejecución de la legislación laboral se efectuará naturalmente de acuerdo con su "regulación propia", en "los términos y con los límites previstos en sus respectivos Estatutos de Autonomía y disposiciones de desarrollo y aplicación" (art. 52.4 LPRL). Todo ello, por cierto, sin perjuicio de las competencias sancionadoras que pudieran tener atribuidas otras Administraciones Públicas (art. 52.3 LPRL).

2. *Suspensión temporal de las actividades laborales* o, en caso extremo, *cierre del centro de trabajo*, que podrán ser acordados por el Gobierno o, en su caso, los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, cuando "concurran circunstancias de excepcional gravedad en las infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo", y sin perjuicio en todo caso del pago del salario o de las indemnizaciones que procedan y de las medidas que puedan arbitrarse para su garantía (art. 53 LPRL).

3. *Limitaciones a la facultad de contratar con la Administración*, por la "comisión de delitos o por infracciones administrativas muy graves en materia de seguridad y salud de trabajo", cuya aplicación se regirá por lo establecido en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (art. 54 LPRL, que remite de modo expreso a dicha Ley). Esta solución normativa de remisión en bloque a la Ley administrativa, acogida finalmente por el precepto y procedente de una enmienda presentada por el grupo parlamentario socialista durante la tramitación del proyecto de ley en el Senado, eludía así la regulación del supuesto, a diferencia de lo pretendido en origen por el proyecto legislativo, que no dejaba de establecer la prohibición de contratar para los casos de delito y la suspensión de la clasificación hasta cinco años para los de infracciones muy graves con daños a la salud de los trabajadores.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) distingue, por su parte, dentro de la regulación que efectúa en su título II de los "requisitos para contratar con la Administración", un doble supuesto general de limitaciones a la facultad de contratar con la misma:

1. *Prohibición de contratar* (art. 20 LCAP), de modo que "en ningún caso podrán contratar con la Administración" las personas en quienes concurra, entre otras legalmente previstas, la circunstancia de "haber sido condena-

das por sentencia firme por delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo", o "haber sido sancionadas con carácter firme por (..)

infracción muy grave en materia social, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 8/1988, de 7 de abril" (art. 20 d) LCAP). La prohibición de contratar alcanza, por cierto, en el caso de condena penal, a las *personas jurídicas* "cuyos administradores o representantes, vigente su cargo o representación, se encuentren en la situación mencionada por actuaciones realizadas en nombre o a beneficio de dichas personas jurídicas o en las que concurren las condiciones, cualidades o relaciones que requiera la correspondiente figura de delito para ser sujeto activo del mismo" (art. 20 a), párrafo 2º, LCAP, en la redacción proporcionada por la Ley 9/1996, de 15 de enero, por la que se adoptan medidas extraordinarias, excepcionales y urgentes en materia de abastecimientos hidráulicos como consecuencia de la persistencia de la sequía, de aplicación por remisión del párrafo d) de dicho precepto). Así pues, la modificación legal mencionada restringe el alcance del supuesto al *período de vigencia* del cargo o de la representación del administrador o representante penalmente responsable, al propio tiempo que suprime como causa de prohibición de contratar que el capital de la empresa pertenezca mayoritariamente a las personas que hayan sido condenadas penalmente por las conductas mencionadas.

La condena firme por delitos contra la "seguridad e higiene en el trabajo" a que alude la norma mencionada (en realidad, los delitos de *lesiones* que pudieran cometer quienes "por infracciones graves de las leyes o reglamentos de seguridad e higiene y de trabajo ocasionen quebranto apreciable en la salud o en la integridad física de los trabajadores", art. 427 Código Penal de 1973) debe ser referida en la actualidad, de acuerdo con el nuevo Código Penal (LO 10/1995, de 23 de noviembre), al también nuevo tipo de los *delitos contra los derechos de los trabajadores* (título XV del libro 11), en su modalidad penal contenida en el artículo 316 CP, en que incurrir "los que, con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física".

Por otra parte, la referencia legal a la sanción administrativa firme por infracciones muy graves "en materia social" ("de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 8/1988", LISOS,) que comprende sin duda la materia de seguridad e higiene y salud laborales (arts. 9 a 11 LISOS), debe ser

entendida hoy desde luego, una vez derogado entre otros el artículo 11 de esta disposición legal (infracciones muy graves en materia de seguridad e higiene y salud laborales), al artículo 48 LPRL, en que se tipifican las infracciones muy graves a la normativa de prevención de riesgos laborales, expresivas en general de incumplimientos empresariales de los que se derivan un "riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores".

2. *Suspensión de la clasificación de la empresa* requerida para contratar con las Administraciones Públicas en determinados supuestos (art. 25 LCAP), que podrá ser decidida por el Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y previa formación de expediente administrativo con audiencia del interesado, por tiempo no superior a cinco años, cuando concurren, entre otras, las siguientes causas (art. 34.3 LCAP): 1) incurrir en el *supuesto previsto*, entre otros, en la *letra d) del artículo 20* de la propia Ley (art. 34.3 c) LCAP), esto es, el ya contemplado como causa de prohibición de contratar, por lo que la misma causa puede dar origen, así pues, a una doble respuesta del ordenamiento jurídico (prohibición de contratar y suspensión de la clasificación de la empresa); y 2) haber sido *sancionado*, con carácter firme, *por infracción muy grave que haya ocasionado daños a la salud de los trabajadores*, como consecuencia del "incumplimiento de obligaciones en materia de seguridad y salud laboral, previstas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales" (art.34.3 d) LCAP). Este último supuesto, en el que se menciona de modo expreso la producción *efectiva* de daños a la salud de los trabajadores como consecuencia de la infracción empresarial, no añade materialmente nada, sin embargo, que no pudiera estar comprendido en el supuesto anterior (sanciones administrativas por infracciones muy graves a la normativa de prevención de riesgos laborales de las que se derive un "riesgo grave e inminente" para la seguridad y salud de los trabajadores), por lo que no se acierta a comprender la diferencia específica del supuesto, que contribuye más bien a enmarañar una regulación casuística que debiera ser inequívoca en la determinación de los supuestos contemplados.

3.4. La responsabilidad penal

La *responsabilidad penal* a que puede dar lugar el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales (art. 42.1 LPRL), incompatible como se sabe con la responsabilidad administrativa ("no podrán sancionarse los hechos que ya hayan sido sancionados penal o administrativamente") en

los casos en que se aprecie "identidad de sujeto, hecho y fundamento" (art. 42.4 LPRL), puede derivar ciertamente, de acuerdo con el nuevo Código Penal (y frente a los tres tipos penales que protegían la integridad física del trabajador en el Código de 1973, cuales eran los delitos contra la seguridad en el trabajo (art. 348 bis a, introducido en la reforma de 1983), de lesiones laborales (art. 427) y de imprudencia (art. 565, también la falta de art. 586 bis)), de la comisión de un doble tipo de delito:

1. Delito (genérico) de *lesiones*, en que se integra el precedente y específico de lesiones laborales, que comete quien, por cualquier medio o procedimiento, "causara a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental" (art. 147.1 CP). Si la lesión requiere objetivamente para su sanidad, "además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico" (la "simple vigilancia o seguimiento facultativo" del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico), el reo del delito será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años (art. 147.1 CP). En tanto que con la pena de arresto cuando el hecho descrito "sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido" (art. 147.2 CP). Estos delitos, así como los agravados tipificados en los artículos 149 y 150 CP (pérdida o inutilidad de un órgano, miembro o sentido, impotencia, esterilidad, grave deformidad o grave enfermedad somática o psíquica), que son de comisión dolosa, pueden ser cometidos también por imprudencia grave o profesional (art. 152 CP), con la consiguiente reducción de las penas previstas legalmente. Sin perjuicio, en fin, de las faltas de lesiones (arts. 617 y 621 CP).

2. Delito *contra el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo*, en que incurren de modo específico (como tipo penal singular perteneciente al título relativo a los "delitos contra los derechos de los trabajadores", título XV del libro 11 CP) los que, "con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física" (art. 316 CP). Este delito, que es de riesgo y no de resultado y cuyo bien jurídico protegido es la seguridad y salud del trabajador en la prestación de su actividad laboral (la producción de lesiones del trabajador dará origen en su caso a un concurso de delitos), puede ser cometido ciertamente por dolo, siendo castigado el responsable en tal supuesto con penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses (art. 316 CP), o por imprudencia grave, en cuyo caso co-

rresponderá la pena inferior en grado (art. 317 CP). Si los hechos constitutivos del referido delito se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a "los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediado, no hubieran adoptado medidas para ello" (art. 318 CP).

3.5. La responsabilidad civil general por daños y perjuicios

La responsabilidad civil del empresario por incumplimiento de las obligaciones de protección puede revestir, por su parte y en su caso, las siguientes manifestaciones:

1. Responsabilidad civil *derivada de la penal*, en la medida en que toda persona criminalmente responsable de un delito o falta "lo es también civilmente si del hecho se derivaran daños o perjuicios" (art. 116.1 CP). De este modo, la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a *reparar los daños y perjuicios* por él causados (art. 109 CP) y esta responsabilidad comprende (art. 110 CP): 1) la *restitución* del mismo bien, siempre que sea posible, con "abono de los deterioros y menoscabos que el Juez o Tribunal determinen" (art. 111 CP); 2) la *reparación* del daño, que podrá consistir en "obligaciones de dar, de hacer o de no hacer" que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, "determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa" (art. 112 CP); y 3) la *indemnización* de perjuicios materiales y morales, que comprenderá "no sólo los que se hubieran causado al agraviado, sino también los que se hubieran irrogado a sus familiares o a terceros" (art. 113 CP).

Por lo demás, son responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente (responsabilidad civil subsidiaria), las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que "hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios" (art. 120.4º CP).

2. Responsabilidad civil *contractual*, por cuanto (aunque los hechos no sean constitutivos de delito o falta) quedan sujetos a la *indemnización de los daños y perjuicios causados* "los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieran el tenor de aquéllas" (art. 1101 CC). Esta responsabilidad es naturalmente incompatible, por la identidad de su fundamento consistente en

resarcir el daño producido, con la derivada de la responsabilidad penal antes mencionada, por lo que el perjudicado por el hecho delictivo podrá optar en todo caso por exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil (art. 109.2 CP).

La obligación empresarial de protección del trabajador deriva siempre, como se sabe, de una relación de prestación de servicios retribuidos (contrato de trabajo o relación funcional), por lo que la responsabilidad civil *extracontractual o aquiliana*, de quien "por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia" y está por ello "obligado a reparar el daño causado" (art. 1902 CC), que sería exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino también por los de "aquellas personas de quienes se debe responder" (art. 1903.1 CC), como son, entre otros, los "dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones" (art. 1903.4 CC).

3.6 La responsabilidad específica en materia de prestaciones de seguridad social

En este ámbito es preciso consignar un doble supuesto:

1. *Recargo de prestaciones económicas de seguridad social por faltas de medidas de seguridad en el trabajo.* Todas las prestaciones económicas del régimen general de la seguridad social que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se *aumentarán*, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando "la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los 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. 123.1. LGSS).

A este supuesto se equipara, asimismo, respecto de los accidentes de trabajo que en tal caso pudieran producirse,

el incumplimiento por parte de las empresas de las decisiones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de las resoluciones de la Autoridad laboral "en materia de paralización de trabajos que no cumplan las normas de seguridad e higiene" (art. 195 LGSS).

La responsabilidad del pago del recargo de prestaciones, cuya naturaleza civil indemnizatoria parece afirmar de forma novedosa el artículo 42.3 LPRL, como se ha apuntado, recaerá "directamente sobre el empresario infractor" (art. 123.2 LGSS, recaerá conjunta y solidariamente sobre la empresa principal y sobre el contratista en los casos de contrataciones y subcontratas entre empresas, STS 18-4-1992), además de "independiente y compatible" con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción (art. 123.3 LGSS). y así, en la línea de nueva naturaleza legal estrenada por la figura, la prohibición de aseguramiento del pago del recargo, contenida en el artículo 123.2 LGSS (esta responsabilidad "no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla"), debe considerarse seguramente derogada por el posterior artículo 15.5 LPRL, a pesar de su genérica e indeterminada redacción. De acuerdo con este precepto, las empresas podrán respecto de sus trabajadores (también los trabajadores autónomos respecto a ellos mismos y las sociedades cooperativas respecto a sus socios cuya actividad consista en la prestación de su trabajo personal) "concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo", sin que se mencione excepción alguna ni se recuerde la vigencia de una prohibición antigua.

2. *Responsabilidad directa de las prestaciones por enfermedad profesional.* El incumplimiento por parte de la empresa que haya de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales de la obligación de efectuar los reconocimientos médicos previos o periódicos de los trabajadores que vayan a ocupar aquéllos (art. 196 LGSS) la constituirá en *responsable directa* de "todas las prestaciones que puedan derivarse, en tales casos, de enfermedad profesional", tanto si la empresa estuviera asociada a una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, como si tuviera cubierta la protección de dicha contingencia en una entidad gestora (art. 197.2 LGSS).

EL DEBER DE PROTECCIÓN Y LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Manuel Álvarez de la Rosa

Catedrático de Derecho del Trabajo Universidad de La Laguna

SUMARIO: I. Del deber de protección al deber de prevención. II. El deber de prevención en empresas de menos de seis trabajadores. III. Designación de trabajadores para gestionar el deber de prevención. IV. Servicios de prevención internos y externos. V. Actuación preventiva de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

1.- DEL DEBER DE PROTECCIÓN AL DEBER DE PREVENCIÓN.-

Después de una larga espera, el legislador español ha acometido la tarea de redactar y aprobar una Ley, con vocación de cuerpo unitario, para regular la prevención de riesgos laborales, Ley 31/1995, de 8 de noviembre (LPRL). Es posible, y realmente sencillo, encontrar las tres razones que movieron a aprobar esta ley: a) el necesario desarrollo de los principios rectores que contienen los artículos 40.2 CE (los poderes públicos velarán por la seguridad e higiene en el trabajo) y los concordantes 43.1 CE (protección a la salud) y 45 CE (derecho al medio ambiente en su específica manifestación de tener un ambiente adecuado de trabajo); b) la imprescindible armonización con la legislación de la Unión Europea (art. 118 A del Tratado de la CEE, introducido en 1986 por el Acta Única) en especial la Directiva 89/391 CEE (el plazo para transponer había vencido el 31-12-1992)²; y, e) acomodar la legislación española

¹ Sobre la importancia del mandato constitucional como fundamento de la LPRL, vid. PALOMEQUE LOPEZ, M.e.: "El nuevo marco jurídico de la prevención de riesgos laborales: la Ley 31/1995" en *AL* 1996, núm. 8 págs. 199 y sigts. El autor destaca como novedad de la LPRL la identificación, alcance y contenido del derecho a la protección eficaz en materia de seguridad y salud laborales.

² La Directiva 89/391 CEE (DOCE 29-6-1989), relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la Seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, es conocida como Directiva-marco en materia de salud laboral. La propia LPRL transpone directamente otras Directivas: la 92/85 CEE, para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en perio-

al Convenio 155 de la OIT de 22 de julio de 1977, ratificado por España (BDE 11-11-1985).

La Ley 31/1995 es una muestra más (vid. Ley 53/1984, sobre incompatibilidades; Ley 11/1985, orgánica, sobre libertad sindical o las leyes anuales de Presupuestos al regular el incremento de retribuciones) de la interacción entre el ordenamiento jurídico laboral y el funcionaria!. La LPRL introduce una común regulación para ambos tipos de empleo público, trabajadores y funcionarios, en materia de prevención de riesgos laborales. La decisión legislativa de acometer una norma común tiene, además, una importante faceta competencial: como legislación laboral, es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.7ª CEE) y como regulación legislativa del régimen estatutario de los funcionarios tienen, algunos de sus preceptos, carácter básico (art. 149.1.18ª CE Y disposición adicional tercera LPRL).

do de lactancia (DOCE 28-11-1992); la 94/33 CEE sobre la protección de los jóvenes en el trabajo (DOCE 20-8-1994) Y la 91/383 CEE sobre la protección de la seguridad y salud de trabajadores con contrato de duración determinada o en empresas de trabajo temporal (DOCE 29-7-1991). Sobre la Directiva Marco, vid. especialmente, ALONSO OLEA, M.: "Directivas comunitarias y normas nacionales (El carácter mínimo de las directivas sobre seguridad e higiene y la posible mayor protección de la norma nacional)" en IX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Sevilla, 1992; SALA FRANCO Y otros, *Derecho Social Comunitario*, ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1995, pág. 437 Y sigts; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "La Directiva-marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del ordenamiento español, en *Relaciones Laborales*, Tomo 1, 1991. En la cuantiosa bibliografía extranjera sobre la directiva pueden destacarse: ROCCELLA y TREU, *Diritto del lavoro della CEE*, ed. Cedan, Padua, 1995, págs. 287 y sigts y AA.VV.: *Tutela dell' ambiete di lavoro e diritte CEE* (a cura di M. Biagi), ed. Maggioli, Rimini, 1991

Desde la perspectiva jurídico-laboral, la LPRL está concebida como regulación de la protección de la salud y ambiente laboral del trabajador en razón al vínculo del contrato de trabajo. Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo y el correlativo deber del empresario de protegerlos frente a los riesgos laborales (art. 14.1 LPRL). Resulta evidente que la conducta del empresario en materia de salud laboral tiene su fundamento en el contrato de trabajo, pero su contenido se impone normativamente, rellenando, así, simultáneamente los correlativos derechos y deberes de empresario y trabajador (arts. 4.1, d, 5, b, 19 LET Y 14 Y 15 LPRL).

Una sobresaliente y básica manifestación del deber de protección se concreta en la obligación del empresario, si no puede o quiere ejercer la posibilidad de asumir personalmente la organización de tal protección, de: a) designar uno o varios trabajadores que se ocupen de la prevención de riesgo; b) constituir un servicio de prevención (expresión técnica y, de este modo, de alcance preciso), o, e), concertar tal servicio con una entidad especializada ajena a la empresa (art. 30 LPRL). Este sistema de cristalizar el deber de protección en concretas conductas no hace, por otra parte, otra cosa que seguir la pauta marcada en el artículo 7 de la Directiva 89/391/CEE que también construye una idéntica trinidad: asunción personal por el empresario; trabajadores designados específicamente para ocuparse de protección y prevención; servicios internos de prevención y servicios externos de prevención (personas o servicios ajenos a la empresa, dice el art. 7.3 de la Directiva 89/391).³

En cualquier caso, tanto desde la perspectiva de la Directiva como, especialmente, desde la regulación de la LPRL, se trata de una función pública que exige actuaciones concretas de los poderes públicos (arts. 5 a 11 LPRL)⁴, pero es también un conjunto de exigencias que se impone normativamente al empresario desde el momento que suscribe contrato de trabajo. Desde esta perspectiva ha de estudiarse el cumplimiento del deber de prevención que permite (como su modelo, la Directiva 89/391 CEE) varios posibles sistemas organizativos para adaptarse a los varia-

bles tipos de empresas y al diferente nivel de riesgos que pueden provocar las distintas actividades industriales o de servicios.

La modulación del sistema organizativo que concreta el deber de protección ha de examinarse de más simple a más complejo. En razón al tamaño de la empresa, a los riesgos a que están expuestos (arts. 30.5 y 31.1 LPRL), puede resolverse la obligación del empresario en alguno (o algunos como se verá) de los modelos siguientes: asunción personal del empresario del cumplimiento del deber de prevención; designación de uno o varios trabajadores o, finalmente, constitución de un servicio de prevención que, a su vez, puede ser propio o concertado con una entidad especializada ajena.

La organización de la prevención no es otra cosa que la consecuencia directa e inmediata del principio legal que informa el deber general de prevención del empresario. Organizar la prevención equivale a planificarla, a convertir la política de seguridad y salud laboral en una tarea ordinaria dentro de la actividad normal de la empresa buscando un conjunto coherente que integre la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y de influencia de los factores ambientales en el trabajo (art. 15.1 g LPRL)⁵. Sin olvidar, evidentemente, que por prevención debe entenderse "el conjunto de actividades o medidas adoptadas o previstas en todas las fases de actividad de la empresa con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo" (art. 4.1ª LPRL) Y por riesgo laboral "la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo" (art. 4.20 LPRL).

La planificación de la acción preventiva, el cumplir con el deber de protección, no puede realizarse si el empresario no arranca de una "evaluación inicial de los riesgos" (o sea, identificar qué riesgos laborales afectan a la empresa y ordenados por su mayor o menor capacidad de convertirse en siniestros) que se realizará con carácter general, teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad (art. 16.1 LPRL)⁶. De este modo, el deber de protección comienza

³ Ciertamente se trata de lograr una actividad preventiva que se adapte, en continuo progreso, a la evolución de los riesgos, cfr. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. "La Directiva Marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores," cit, pág. 1227.

⁴ Cfr. la ampliación del ámbito material de la actuación de la Inspección de Trabajo en BERNARDO JIMÉNEZ, I.: "La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de Prevención de Riesgos Laborales", AL 1996, núm. 23, págs. 453 sigts.

⁵ La necesidad de integrar en la organización de la prevención diversas técnicas es, sin más, un mandato legal. La prevención de riesgos o seguridad en el trabajo (art. 16 LPRL, deber de evaluar los riesgos); la higiene (art. 4.7ª LPRL, al definir "la condición de trabajo"); la ergonomía (art. 15.1 LPRL, adecuar las condiciones de trabajo al trabajador); la psicología (art. 25.1 LPRL, como necesidad de adaptar el trabajo a las características o discapacidades psíquicas de los trabajadores).

⁶ La evaluación deberá ser referida tanto a riesgos generales que puedan afectar a todos los trabajadores como a riesgos de específicos trabajadores o de singular peligrosidad. Por ejemplo, industrias químicas, Resolución de 20-1-1991; amianto, OM 31-10-1984; plomo metálico, OM 9-4-1996;

con la obligación del empresario de evaluar, como prestación de actividad y poniendo la diligencia debida, los riesgos de su empresa. El deber de protección debe realizarse, además, conforme a las condiciones o principios que impone el artículo 15.1 LPRL. El empresario tiene la obligación del deber de protección, pero debe hacerlo con los instrumentos señalados en las letras a) a i) del citado artículo 15.1 LPRL. La protección se concreta, primordialmente, en la prevención o actividades preventivas⁷.

El deber de protección, finalmente, tiene por objetivo garantizar la seguridad y salud de los trabajadores, pero el empresario habrá de cumplido, en el marco de la LPRL, de acuerdo con las medidas exigidas para la prevención de riesgos por el artículo 14.2 LPRL: evaluación de riesgos, información, consulta, participación y formación de los trabajadores o sus representantes, vigilancia de la salud y actuación en casos de emergencia y riesgo grave o, por último, constituyendo la organización con los medios precisos de los denominados, en general, servicios de prevención, que son un instrumento del deber de protección del empresario, pero su constitución no liberará, sin duda, al empresario de su responsabilidad en materia de seguridad y salud laborales. Tan es así que incluso el empresario vendrá obligado no sólo a una "evaluación inicial" de los riesgos sino a una evaluación o evaluaciones posteriores cuando aparezcan nuevos equipos de trabajo, sustancias o preparados químicos, cambien las condiciones de trabajo o con ocasión de daños a la salud de los trabajadores que se hubiesen producido (art. 16.1 LPRL).

II. EL DEBER DE PREVENCIÓN EN EMPRESAS DE MENOS DE SEIS TRABAJADORES.-

Como no puede ser de otra manera, la construcción legislativa de la posibilidad de radicar en el propio empresario la gestión del deber de prevención va de posibilidades abiertas a situaciones concretas. En efecto, la Directiva 89/391 CEE establece que en razón a la actividad de la empresa y a su tamaño (ambos datos conjuntamente), los Estados miembros "podrán definir las categorías de empresas en las cuales el empresario, si tiene las capacidades necesarias, podrá asumir personalmente las funciones de

protección y prevención de riesgos profesionales" (art. 7.7 de la Directiva 89/331).

El artículo 30.5 LPRL concreta más la opción posible de la Directiva refiriéndose a empresas de menos de seis trabajadores y a una asunción que, como en la Directiva, ha de ser "personal" del empresario. Estos dos requisitos fijados en la LPRL son paredes maestras para el futuro reglamento y una se refiere al número de trabajadores (sea cual sea la naturaleza, temporal, indefinida o a tiempo parcial, del contrato) que no puede superar a seis y, otra, el carácter personal que, aparentemente, parece concretar el supuesto al empresario persona física. De prosperar esta última consideración, dará como resultado una disminución del ámbito del supuesto que no parece necesaria: puede referirse el término personal a órganos representativos de empresas con formas de sociedad (como caso límite, las sociedades mercantiles de un sólo socio, sociedad unipersonal, regulada en la Ley 2/1995, de 23 de marzo).

Lo personal de la gestión no es tampoco una mera imputación formal sino que requiere de un añadido: el empresario debe desarrollar de forma habitual su actividad en el centro de trabajo. Ya sea la persona física ya el órgano societario, deben trabajar, desplegar su actividad, en el establecimiento donde se desarrolla el deber de protección. La asunción personal se refiere a la imputación no de la responsabilidad, que como se vio está indisolublemente asociada a la calidad de empresario, sino a la gestión o encargo de cumplir el deber de protección.

Añade el artículo 30.5 LPRL, y es el mismo camino del artículo 7.7 de la Directiva 89/391, que la empresa no sólo ha de ser de pequeño tamaño en el número de trabajadores sino que el empresario responsable de la gestión ha de tener "la capacidad necesaria, en función de los riesgos a que están expuestos los trabajadores y la peligrosidad de las actividades". Reglamentariamente (art. 6.1 e y f, LPRL) deberá determinarse la lista de trabajos especialmente peligrosos, pero, en todo caso, la normativa reglamentaria deberá considerar "las peculiares de las pequeñas empresas con el fin de evitar obstáculos innecesarios".

III. DESIGNACIÓN DE TRABAJADORES PARA GESTIONAR EL DEBER DE PREVENCIÓN.-

En la flexible y escalonada construcción normativa sobre la gestión del deber de prevención, la LPRL regula, entre las opciones del empresario, la designación de uno o varios trabajadores para ocuparse de las actividades que rodean al deber de prevención. Surge esta posibilidad sólo

ruido, RD 1316/1989,27-10; benceno, Resolución 17-2-1977; cloruro de virilo manómero, OM de 9-4-1986, etc.

⁷ Actividades de prevención o actividades preventivas es terminología de la propia LPRL (arts. 14.4, 16.2,30.3. Y disposición adicional octava LPRL).

cuando la norma deja un espacio al arbitrio de la empresa. La concreción del espacio de libertad comienza siendo un derecho del empresario si se trata de empresas de menos de seis trabajadores y su actividad no está listada en razón a específicos riesgos. En tal ámbito el empresario elige libremente si asume la gestión, si nombra trabajadores o si monta un servicio de prevención, interno o externo. A partir de este supuesto de máxima elección empresarial, la designación de trabajadores precisa cumplir un mandato previo: que el empresario no esté, por razón de riesgos específicos, obligado a constituir un servicio de prevención, propio o externo. Incluso, y por último, pueden designarse trabajadores y, al tiempo, un servicio de prevención en cuyo caso deberán "colaborar entre sí" (art. 30.2 LPRL).

El nombramiento de trabajadores ha de responder, en primer lugar, a las concretas necesidades que genera la gestión del servicio de prevención. El número de trabajadores será el suficiente (art. 30.2 LPRL). El correspondiente reglamento deberá optar entre dejar la indeterminación (el número será el necesario para desarrollar las funciones) o fijar un número en razón al baremo de la plantilla.

Sea el número el necesario, pero en cualquier caso, los designados han de ser trabajadores "con la capacidad necesaria" (art. 30.2 LPRL). Qué capacidades son las exigibles a los trabajadores designados (la expresión correcta, sería la de contratados; o lo son para esa función específica o se trata de un pacto novatorio de funciones con trabajadores que ya prestaban sus servicios en la empresa) serán definitivamente fijadas en el reglamento (art. 6.1, e, LPRL). Sin embargo, la indeterminación tiene unas paredes interpretativas: aptitudes necesarias; disponer de tiempo y de medios precisos, todo ello en relación con los riesgos a que estén expuestos los trabajadores (art. 30.2 LPRL). Las aptitudes deben ir, según las necesidades (art. 7.5 de la Directiva), desde niveles básicos de conocimiento al desempeño de funciones especializadas sobre seguridad en el trabajo, medicina del trabajo o psicología aplicada. Y esas aptitudes, además, no pueden suponerse sino que han de acreditarse con los cursos o con la especialidad requerida (por ejemplo, medicina del trabajo es una especialidad regulada

en el RD 127/1984, de 11 de enero y en la OM de 9 de septiembre de 1988). No sólo tendrán los trabajadores las aptitudes precisas sino que el empresario "deberá facilitar a los trabajadores designados el acceso a la información y documentación a que se refieren los artículos 18 y 23 LPRL".

La información es toda la que se relaciona con los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores, ya en el conjunto de la empresa ya en cada tipo de puesto o función; la que se refiere a las medidas y actividades de protección y prevención aplicable a los citados riesgos y, finalmente, las medidas de emergencia (situaciones de emergencia y medidas en materia de primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de trabajadores).

La documentación tiene que ver con la evaluación de los riesgos y la planificación de la acción preventiva (la evaluación de los riesgos del artículo 16 LPRL; este entretendido de remisiones hace que la Ley pueda ser calificada, en medida no pequeña, de asistemática); con las medidas de protección y prevención y el material a utilizar para las mismas; sobre los controles periódicos de las condiciones de trabajo (qué debe entender por "condición de trabajo", art. 4.70 LPRL); sobre la práctica de controles de salud (la vigilancia de la salud a que se refiere el art. 22 LPRL) y, finalmente, relación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que hayan causado a un trabajador incapacidad laboral superior a un día de trabajo.

Por lo que se refiere a la necesidad de que los trabajadores designados dispongan de tiempo y de los medios precisos (art. 30.2 LPRL) deberán ser términos de la indeterminación legal que concrete el oportuno reglamento (art. 6.1 e LPRL).

El artículo 7.2 de la Directiva 89/391 y el artículo 30.4 LPRL dicen lo mismo: "los trabajadores designados no podrán sufrir un perjuicio derivado de sus actividades de protección y prevención de los riesgos profesionales". La LPRL concreta esta genérica protección, que se hace necesaria por el posible choque de intereses entre quien tiene la responsabilidad de la organización del deber de protección (los trabajadores designados) y quien tiene el deber de protección (el empresario), en un conjunto de garantías que, en esencia, igualan en protección a los trabajadores de la prevención con los representantes unitarios o sindicales en la empresa (art. 30.4 LPRL). En particular, esas garantías son las siguientes:

a) Derecho a instrucción de expediente contradictorio en caso de sanciones por faltas graves o muy graves, así como el derecho de audiencia al comité de empresa, dele-

⁸ La designación de trabajadores, la constitución o contratación de servicios de prevención (internos o externos) se realiza para ejercer funciones técnicas, pero es difícil sostener que sea neutro (o "por encima" del propio empresario) pues casi no es posible sustraídos a una sustancial subordinación con el empresario "que sólo la natural solidaridad con los destinatarios de la protección (los trabajadores) podría atenuado o eludido" vid. MONTUSCHI, L. "La sicurezza nei luoghi di lavoro ovvero l'arte del possibile", en *Lavoro e Diritto*, 1995, núm. 3, pág. 408.

gados de personal o, en su caso, delegados sindicales (arts. 68 a LET y 10.3 LOLS).

b) Prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto a los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas (arts. 68, b; 47.1; 49, i y l; 51.7 y 52, c LET). **e)** Derecho a no ser despedido ni sancionado durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de sus funciones siempre que el despido se fundamente en la acción del trabajador en el ejercicio de sus tareas de prevención (art. 68, c LET).

d) A no ser discriminado en su promoción económica y profesional en razón, precisamente, del desempeño de sus funciones de prevención (art. 68,c LET).

e) Si fuese despedido el trabajador designado para tareas de prevención y, en la revisión judicial del despido, éste fuese declarado improcedente, la opción entre readmisión o indemnización no corresponderá como de ordinario al empresario sino al trabajador que si opta por la readmisión ésta será obligada (art. 56.4 LET).

f) Los trabajadores designados deberán guardar sigilo profesional sobre la información relativa a la empresa a la que tuvieran acceso como consecuencia del desempeño de sus funciones (art. 30.4 LPRL; sobre el alcance del sigilo, arts. 37.3 LPRL y 65.2 LET).

En razón al carácter de regulación común (trabajadores y funcionarios en el empleo público), resulta evidente la posibilidad de designar por las Administraciones empleadas para organizar el deber de prevención. Así, la Instrucción de 26 de febrero de 1996 de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, para la aplicación de la LPRL (BOE del 8 de marzo), resuelve potenciar la utilización de los recursos propios existentes en las Administraciones Públicas y, de este modo, los órganos competentes podrán designar uno o varios empleados públicos para ocuparse de la actividad de prevención de riesgos profesionales. Cuando se opte por la designación de empleados públicos para la realización de actividades de prevención, tal opción debe ser consultada con los órganos de representación del personal.

IV. SERVICIOS DE PREVENCIÓN INTERNOS Y EXTERNOS.-

El artículo 7.3 de la Directiva 89/391 contempla el supuesto de que resulten insuficientes los trabajadores designados para organizar el deber de protección, ya por tamaño de la empresa, ya por complicación de la tarea. En

tal caso el empresario deberá recurrir a personas o servicios ajenos a la empresa o al centro de trabajo. Este no es exactamente el contenido de lo que dispone el art. 31.1 LPRL, pues deja la posibilidad al empresario de organizar su propio servicio de prevención (mayor complicación organizativa, sin duda, que el sistema de designación de trabajadores) o recurrir a una organización ajena. Será, en cualquiera de los supuestos de servicios de prevención, propio o ajeno, la actividad reglamentaria (art. 6.1 e LPRL) la que disponga qué tamaño de empresa requerirá el servicio de prevención (seguramente, tamaño fundado en el número de trabajadores de su plantilla) qué actividades requieran organizar la protección con el sistema de los servicios de prevención o a qué se denomina distribución de riesgos en la empresa (art. 31.4 LPRL).

Los servicios de prevención, como unidad organizada, tienen una definición legal, la del art. 31.2 LPRL: "se entenderá por servicio de prevención el conjunto de medios humanos y materiales necesarios para realizar las actividades preventivas a fin de garantizar la adecuada protección de la seguridad y salud de los trabajadores asesorando y asistiendo para ello al empresario y a sus representantes y a los órganos de representación especializados".

La organización de prevención que monte o concierte mercantilmente el empresario tiene como objetivo cumplir con las funciones legales que le asigna el artículo 31.3 LPRL: diseñar, aplicar y coordinar las actividades preventivas; evaluar los riesgos; determinar las prioridades en la adopción de medidas preventivas y vigilar su eficacia; informar y formar a los trabajadores; prestar los primeros auxilios y poner en marcha los planes de emergencia y, finalmente, vigilar la salud de los trabajadores. Es, tanto el servicio de prevención interno como el externo, una organización del empresario para su asesoramiento y apoyo, para que este pueda cumplir sus obligaciones (capítulo III LPRL).

Las funciones diseñan, sin género de duda, un órgano de carácter interdisciplinario "debiendo sus medios ser apropiados para cumplir sus funciones "(art. 31 LPRL). Estos servicios habrán de ser, con toda seguridad, algo más que los servicios médicos de empresa. Tendrán la organización propia de tales servicios médicos en la medida en

⁹ En este sentido, GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOYAR, J., Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, ed. Trotta, Madrid, 1996, pág 202.

que vigilan la salud, pero al ir su labor más allá de tal vigilancia, la organización será más complicada¹⁰.

El sistema organizativo descrito como sistema propio de prevención debe tener acceso (ser facilitado por el empresario, art. 31.2 LPRL) a la información y documentación referida en los artículos 18 y 23 LPRL, pero será su propia complejidad la que explique como el empresario puede acordar la organización de su deber de protección con uno o varios servicios de prevención, propios o ajenos, que "colaboren cuando sea necesario" (art. 31.1 LPRL).

El artículo 30.4 LPRL, por su parte, dispone que también a los trabajadores del servicio de prevención propio alcancen las garantías que para los representantes de los trabajadores establecen los artículos 68, a, b, c y 56.4 LET.

El régimen jurídico para la actuación preventiva de uno u otro servicio, interno o externo, es diferente. El servicio de prevención externo, esto es una organización empresarial puesta en el mercado a la que recurren empresarios concretos para atender sus obligaciones en materia de seguridad y salud laborales, requiere para poder actuar de una previa autorización administrativa: "para poder actuar como servicios de prevención las entidades especializadas deberán ser objeto de acreditación por la Administración Laboral, mediante la comprobación de que reúnan los requisitos que se establezca reglamentariamente y previa aprobación de la Administración sanitaria en cuanto a los aspectos de carácter sanitario" (art. 31.5 LPRL).

La autorización administrativa será una actividad regulada de la Administración, a partir del desarrollo reglamentario, que habrá de ejercerse teniendo en cuenta las exigencias legales de que los servicios de prevención habrán de ser suficientes y adecuados a las actividades preventivas a desarrollar, en función de las siguientes circunstancias: a) tamaño de la empresa; b) tipos de riesgo a los que puedan encontrarse expuestos los trabajadores y e)

¹⁰ Vienen, hasta la fecha, obligadas a constituir servicio médico propio sólo las empresas que cuenten con una plantilla superior a mil trabajadores y, mancomunadamente, entre las empresas que ocupen más de cien trabajadores sin llegar a mil (art. 2 Decreto 1036/1959, de 10 de julio). Estos servicios médicos han ejercido funciones variadas no sólo estrictamente sanitarias referidas a la higiene, a la formación de trabajadores y al asesoramiento al llamado Comité de Seguridad e Higiene. La disposición derogatoria única de la LPRL dispone que "continuarán vigentes las disposiciones reguladoras de los servicios médicos de empresa hasta tanto se desarrollen reglamentariamente las previsiones de esta Ley sobre Servicios de Prevención. El personal perteneciente a dichos servicios en la fecha de entrada en vigor de esta Ley se integrará en los servicios de Prevención de las correspondientes empresas, cuando estos se constituyan, sin perjuicio de que continúen efectuando aquellas funciones que tuvieran atribuidas distintas de las propias del servicio de prevención".

distribución de riesgos en la empresa (art. 31.4 LPRL). En ningún caso, excepto las Mutuas de Accidentes, podrán funcionar sin acreditación las empresas que oferten servicios de prevención.

El régimen jurídico del servicio de prevención interno no necesita, tras ser organizado por el empresario, de ninguna acreditación administrativa para funcionar. Los servicios de prevención propios han de someterse a la auditoría o evaluación externa: el empresario que no hubiese concertado el servicio de prevención con una entidad especializada ajena a la empresa deberá someter su sistema de prevención al control de una auditoría o evaluación externa en los términos que reglamentariamente se determine (art. 30.6 LPRL).

La importantísima remisión reglamentaria tiene aún otras exigencias legales que hacen del futuro reglamento un instrumento indispensable para la regulación de este sistema de evaluación o auditoría del servicio propio de prevención. El artículo 6 e LPRL remite a la potestad reglamentaria las modalidades de organización, funcionamiento y control de los servicios de prevención, considerando las peculiaridades de las pequeñas empresas con el fin de evitar obstáculos innecesarios para su creación y desarrollo. La auditoría será emitida por quien puede hacerla tras el reconocimiento de la norma. ¿La auditoría será función pública o privada, periódica o no? .

V. ACTUACIÓN PREVENTIVA DE LAS MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES.

El Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, que aprobó el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (en adelante, Mutuas), admite ya la posibilidad de que las Mutuas colaboren con las empresas asociadas en materia de seguridad y salud laborales (art. 13 RD 1993/1995). Será la LPRL la que enmarque definitivamente la enorme importancia futura de la actividad de las Mutuas ya que podrán desarrollar para las empresas a ellas asociadas las funciones correspondientes a los servicios de prevención (art. 32 LPRL).

La propia LPRL coloca, además, a las Mutuas en una situación ventajosa de partida. Así, la disposición transitoria segunda dispone que "en tanto se aprueba el reglamento

¹¹ En este sentido, GONZÁLEZ ORTEGA-APARICIO TOVAR, *Comentarios* cit, pág. 199.

de los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales se entenderá que las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades de la Seguridad Social cumplen el requisito previsto en el artículo 31.5 de la presente Ley". Esto es, se presume, por obra de la Ley, que las Mutuas tienen la acreditación para ejercer de servicios de prevención (sin duda, si no tienen los medios o estos son insuficientes la Administración laboral podrá desautorizarlas). Incluso, para que las Mutuas puedan hacer frente a la inversión que supondrá afrontar estos servicios de prevención, la disposición adicional decimotercera permite que los recursos del Fondo de Prevención y Rehabilitación (art. 73 LGSS) se destinen "en la cuantía que se fije reglamentariamente" a las actividades referidas a los servicios de prevención. En cualquier caso, será una actividad no gratuita que prestan las Mutuas.

Común a todos los sistemas de organización legalmente posibles de servicios de prevención (asunción directa, designación de trabajadores, servicios de prevención, interno, externo o por Mutua de Accidentes) es el deber del empresario consultar con los trabajadores "la organización

y desarrollo de las actividades de protección en la salud y prevención de los riesgos en la empresa, incluida la designación de los trabajadores encargados de dichas actividades o el recurso a un servicio de prevención externo" (art. 33.1 b LPRL). La consulta será expresa a los delegados de prevención (art. 36.1 c LPRL; estos delegados, además, están facultados para acompañar a los técnicos en las evaluaciones, art. 36.2 a LPRL). En las empresas de cincuenta o más trabajadores en las que se constituirán Comités de Seguridad y Salud, este organismo, formado por los delegados de prevención y el empresario, debatirá sobre el desarrollo de las actividades de protección y prevención y proyecto y organización de la formación en materia preventiva, art. 39.1 a LPRL).

El párrafo final del artículo 32 LPRL dispone un sistema específico, no ya de consulta, sino de participación en el control y seguimiento de los representantes de los trabajadores (y de los empresarios, además) sobre la gestión desarrollada por las Mutuas en materia de prestación de servicios de prevención en las empresas asociadas.

LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Fernando Valdés Dal-Ré

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción 2. Participación, derechos de participación y derecho de participación 3. Configuración general de los derechos de participación 4. El derecho de información 5. El derecho de consulta 6. El derecho de participación: generalidades 7. Los Delegados de Prevención a. Aspectos organizativos y de funcionamiento a'. El modelo legal b'. El papel de la negociación colectiva b. Competencias y facultades. c. Garantías y deberes 8. El Comité de Seguridad y Salud.

1. INTRODUCCIÓN

1. La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL) dedica su capítulo V a "la consulta y participación de los trabajadores". En una primera impresión pudiera pensarse que, bajo semejante rúbrica, el texto legal regula el conjunto de derechos comprensivos de la intervención de los trabajadores, de sus representantes o de ambos en las cuestiones relativas a la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo. O por decido con el difundido lenguaje del ordenamiento comunitario, disciplina los derechos de "información, consulta y participación", derechos éstos, por cierto, sobre los que las autoridades de la hoy Unión Europea han venido ejerciendo un intenso activismo con vistas a lograr la armonización de las legislaciones de los países miembros.

Es ésta, sin embargo, una falsa correspondencia que quiebra por defecto y por exceso. Ni en el capítulo V de la ley se disciplinan todas las modalidades participativas de los trabajadores en lo que a la prevención de riesgos laborales concierne ni todo el contenido normativo de los preceptos que integran su articulado pertenece a esta común familia de derechos, al menos si se les entiende como derechos de ejercicio horizontal en la empresa.

Por lo pronto y apartándose de la sistemática que el párr. segundo del art. 2º de la ley ya sugiere al formular el

cuerpo de "principios generales relativos a la prevención de los riesgos profesionales para la protección de la seguridad y de la salud", entre los que precisamente se mencionan "la información, la consulta (y) la participación de los trabajadores (...) en materia preventiva"², y que el último párrafo del art. 14.1 reitera; y separándose igualmente de la rúbrica del art. 18, cuyo título coincide plenamente con el de aquél principio general, el Capítulo V se ocupa solamente de dos derechos participativos. o por enunciar la idea con mayor rigor, el de información no tiene una concreción formal distinta de la que le atribuye el propio art. 18, el cual, no obstante, remite sus formas de ejercicio y su contenido a las previsiones estatuidas en dicho capítulo. Guiada acaso por un exagerado y reverencial mimetismo con la dicción empleada por la Directiva Marco³ o movida tal vez por el designio de afirmar una y otra vez su condición de norma de transposición, la LPRL termina sacrificando su estructura y sistemática internas.

Pero además de ello, el Capítulo V contiene un precepto, el art. 40, cuyo contenido normativo, bien que instituye fórmulas de intervención de los trabajadores en materias preventivas, no se inscribe o no sólo se inscribe en una relación de horizontalidad entre empresarios y trabajadores

¹ Cfr. ROCELLA, M.- TREU, T., "Diritto del Lavoro della Comunità Europea", 2a ed., Milán (Ed. Cedam) 1995, pág. 394.

² Reproduciendo con ello lo previsto en el art. 1.2 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio, relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

³ Cfr. la rúbrica del art. 11 de la Directiva 89/391/CEE.

en el marco interno de las organizaciones productivas. Su finalidad, con la que se da cumplida satisfacción a lo previsto en el art. 11.6 de la Directiva Marco, es instaurar cauces de información y consulta de los trabajadores enderezados a promover y garantizar la efectividad de las funciones de control sobre la seguridad y salud en el trabajo por parte de la Inspección de Trabajo en un doble nivel: en el de cada empresa en concreto y en el de un conjunto de empresas definidas por algún denominador común (actividad o dimensión, por ejemplo) y que plasma en la elaboración de programas y planes periódicos de vigilancia.

El objeto del presente estudio no es examinar la integridad de derechos de naturaleza participativa regulados por la LPRL. Con menor ambición, me propongo analizar este tipo de derechos, vengan o no regulados en el Capítulo V de la Ley 31/1995, pero limitadamente a su ejercicio en el ámbito de la empresa, entendida la expresión en su sentido más estricto y riguroso. Extramuros de éste estudio quedan, primeramente, las fórmulas de participación institucional de trabajadores y empresarios a través de sus organizaciones más representativas en materia de prevención de riesgos laborales . y en segundo lugar, los derechos de participación de los que son titulares los funcionarios y el personal estatutario de las Administraciones Públicas. y es que, como es bien sabido, el ámbito de imputación normativa de la legislación en materia de prevención de riesgos, constituido por la LPRL y sus disposiciones de desarrollo, no coincide con el que tiene como propio el ordenamiento laboral. Dicha legislación igualmente se aplica, bien que con ciertas peculiaridades, en las Administraciones Públicas y en las sociedades cooperativas, peculiaridades a las que en ésta ocasión no prestaré atención.

2. PARTICIPACIÓN, DERECHOS DE PARTICIPACIÓN Y DERECHO DE PARTICIPACIÓN

2. Aún cuando el término participación pertenece al catálogo de aquellas instituciones laborales de las que es dable predicar unos contornos conceptuales imprecisos y unos contenidos sustantivos ambiguos, la literatura viene designando por tal el conjunto de instrumentos a través de los cuales los trabajadores intervienen de algún modo en las decisiones del empresario. O como dijera hace ya tiempo el Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas, "el conjunto de medios de que disponen los trabajadores en las decisiones que adopta la empresa para

la que trabajan"⁵ y que forman un heterogéneo grupo de derechos que suele presentarse a modo de escala, limitada en sus grados inferior y superior, respectivamente, por el derecho de información y por las fórmulas de cogestión paritaria. La participación de los trabajadores en la empresa aparece así como un derecho de contenido complejo en el que se cobijan distintas modalidades que, teniendo como denominador común su capacidad de incidir en las políticas de gestión empresarial, difieren en el modo y en la intensidad con la que se manifiesta esa capacidad.

Es ésta, ciertamente, una noción de participación típicamente "descriptiva" en la que quedan sin cerrar aspectos de capital importancia. Pero frente a otros conceptos más prescriptivos , el que ahora se ofrece tiene algunas ventajas nada desdeñables, al margen de la que le presta su generalizada difusión y aceptación. En primer lugar, abre un abanico de opciones que, a la postre, representan otros tantos modelos o, al menos, vías de concreción y desarrollo de la propia idea de participación de los trabajadores en las decisiones empresariales. Y en segundo lugar y en un orden de consideraciones más cercano a nuestro ordenamiento, facilita su conversión en concepto normativo, pues la participación que enuncian los arts. 129.2 CE y 4.1.g ET responde a esta orientación descriptiva y amplia.

No es ésta, al menos en apariencia, la perspectiva elegida por la LPRL que no sólo alude en diversos pasajes de modo diferenciado, conjunta o separadamente, a los derechos de información, consulta y participación; también los trata diferenciadamente, pretendiendo así dotar a cada uno de un contenido sustantivo y autónomo. Pudiera pensarse, en suma, que el texto legal incurre en ese tropo⁸ consistente en confundir la parte con el todo (*pars pro toto*) .

No obstante y si se logra vencer la tentación de los nominalismos, se advierte que la LPRL, en cuantas ocasiones se refiere a ella (arts. 2, 14.1, 18.2,34 y 38), está utilizando la expresión "participación" no como género que ampara una pluralidad de medios a través de los cuales se

⁵ Cfr. Comisión de las Comunidades Europeas, "Libro Verde sobre participación de los trabajadores y estructura de las empresas", Madrid (Ed. Ministerio de Trabajo), 1976, pág. 37.

⁶ La calificación la tomo de RODRIGUEZ-SAÑUDO, F., "La participación de los trabajadores en la empresa", RPS núm. 121 (1979), pág. 417.

⁷ Un amplio cuadro de definiciones, en DE LA VILLA GIL, LE., "La participación de los trabajadores en la empresa" Madrid (IEE) 1980, págs. 19 y ss.

⁸ "Así lo entienden SALA FRANCO, T.- ARNAU NAVARRO, F., "Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales", Valencia (Ed. Tirant lo blanch) 1996, pág. 137.

⁴ Vid. arts. 12 y 13 de la LPRP

articula la intervención de los trabajadores en materia preventiva sino como una singular modalidad de incidencia de los trabajadores en las políticas empresariales de seguridad laboral. En los términos de la rúbrica del art. 34, la participación es la expresión jurídica del derecho reconocido a los trabajadores de instituir o de incorporarse a unos órganos de dimensión empresarial, especializados en el área de la prevención de riesgos laborales y en los que domina, hasta erigirse en nota característica, la idea de cooperación y colaboración.

Las consideraciones expuestas no terminan de dar cuenta, sin embargo, de las complejas relaciones que la ley establece entre el derecho de participación y las restantes modalidades participativas. Ni tampoco de las diferencias que existen, si alguna, entre aquél y el derecho de representación. En lo que concierne al primer aspecto y sin perjuicio de cuanto ha de indicarse más adelante, conviene ya anticipar que la participación ex art. 34 LPRL es al tiempo un derecho autónomo, que se sustancia, conforme ya se ha hecho notar, en una vertiente orgánica, y un derecho instrumental, pues sirve, en determinados casos, como cauce obligado para el ejercicio de otras fórmulas de participación, señaladamente la información y la consulta. Por este lado, se evidencian las diferencias estructurales entre los derechos de información y consulta, por una parte, y el de participación, por otra. Mientras que aquellos primeros tienen una dimensión dinámica y funcional, ejerciéndose cada vez y cuantas veces concurren los supuestos de hecho enunciados en la norma, éste otro, además de aquél alcance, adiciona una dimensión estática y orgánica, la cual, por una parte, se ejerce una sola vez dentro de un determinado período, y, por otra, actúa como precondition jurídica para la satisfacción del derecho de participación, en su vertiente funcional.

En lo que toca al segundo punto, un sector de la doctrina ha avanzado la siguiente hipótesis: mientras la ley utiliza siempre el término "participación" para referirse a los órganos de presencia de los trabajadores en materia de seguridad laboral que ella misma instituye, la "representación" se reserva para aludir a los órganos, unitarios o sindicales, "de defensa de los intereses de los trabajadores en la empresa". Una estricta inteligencia del párr. segundo del art. 34.1 del texto legal, a tenor del cual "la participación de éstos (de los trabajadores) se canalizará a través de sus representantes y de la representación especializada que se

regula en este capítulo", no solamente no avala el criterio de diferenciación propuesto sino que lo contradice abiertamente. Con la fórmula "representación especializada" se está de seguro aludiendo a los órganos de actuación específicos; esto es, al derecho de participación que la ley enuncia y organiza. Pese a ello, se trata de una hipótesis ordenadora y racionalizadora del formidable embrollo semántico que el legislador propicia y que puede compartirse; pero más como útil criterio hermenéutico que como expresión normativizada.

Resumiendo todo lo hasta aquí expuesto, cabe concluir afirmando que la participación de los trabajadores, en las cuestiones relacionadas con la prevención de riesgos en el trabajo se articula en dos grandes áreas: de un lado, en el interior de las empresas y, de otro, fuera de ellas, en un ámbito más propiamente institucional. En el marco de la empresa, la participación se manifiesta, básicamente, a través de una triada de derechos: información, consulta y constitución de órganos especializados. Para éste último es para el¹⁰ que la ley reserva *el nomen iuris* de "participación".

3. CONFIGURACIÓN GENERAL DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN

3. Ya se ha hecho notar que la LPRL enuncia una serie de derechos a través de los cuales se pretende promover la intervención de los trabajadores en el campo de la seguridad y salud laborales, intervención ésta que, a su vez, forma parte del más genérico derecho a la "protección eficaz" de los trabajadores en éste campo (párr. 4º, art. 14.1). Cada uno de estos derechos cuenta, de su lado, con un régimen jurídico propio, cuyo examen pormenorizado se acometerá más adelante. El propósito de las observaciones que a continuación siguen es ofrecer una visión general de todos ellos.

El primer interrogante que conviene plantear y al que hay que dar respuesta es el relativo a la titularidad de los mencionados derechos de participación. En relación con éste aspecto, la Directiva Marco mantiene una calculada indefinición, atribuyendo los derechos de información, consulta y participación a los trabajadores, a sus representantes o a ambos de manera simultánea¹¹. No parece haber

⁹ Cfr. GONZÁLEZ ORTEGA, S.- AP ARICIO TOY AR, J., "Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales", Madrid (Ed. Trona) 1996, pág. 230.

¹⁰ En el presente estudio, utilizaremos el término "derechos de participación" para referirnos al concepto amplio y descriptivo de participación, reservando la expresión "derecho de participación" para aludir al concepto legal de participación.

¹¹ Vid. arts. 10 ("El empresario adoptará las medidas adecuadas para que los trabajadores y/o sus representantes en la empresa <...>"), 11.1 (los empresarios consultarán a los trabajadores y/o a sus representantes y

sido ese el criterio mantenido por nuestro legislador, que descarta las concepciones orgánicas de los derechos de participación. Así lo sugiere terminantemente el empleo de dicciones tales como "los derechos de información, consulta y participación <...> forman parte del derecho de los trabajadores <...>" (art. 14.1), "el empresario adoptará las medidas adecuadas para que los trabajadores reciban todas las informaciones necesarias <...>" (art. 18.1), "el empresario deberá consultar a los trabajadores, y permitir su participación <...>" (art. 18.2), "el empresario deberá consultar a los trabajadores <...>" (art. 33.1) o, en fin, "los trabajadores tienen derecho a participar en la empresa <...>" (art. 34.1).

De titularidad personal de los trabajadores, los derechos de participación que consagra la LPRL no siempre se ejercen *uti singuli*. El sistema ideado por la ley no responde, sin embargo, al típico esquema de división entre titularidad individual y ejercicio colectivo¹²; obedece a otro algo más complicado en cuya construcción intervienen distintas variables, la principal de las cuales es la existencia de lo que, con criticable ambigüedad, el texto legal denomina "representantes de los trabajadores". Sin entrar por el momento a discernir quiénes son esos representantes - si los generales, unitarios o sindicales, o los específicos que la LPRL instituye -, el ejercicio de los derechos de información, como regla general, y de consulta, sin excepción, corresponde a dichos representantes, cuando los haya y a los trabajadores *uti singuli*, en otro caso. Respecto del derecho de información, así lo dispone el párr. 2º del art. 18.1 que, no obstante, enuncia en su inciso final una excepción que opera en el área de la información relativa a "los riesgos específicos que afecten al puesto de trabajo o función y a las medidas de protección y prevención aplicables a dichos riesgos", que ha de suministrarse a cada trabajador. Y en relación con el derecho de consulta, así también lo establecen, con no menor contundencia, los arts. 18.2 y 33.2. Por último, el ejercicio del derecho de participación tampoco corresponde a los trabajadores. En su dimensión estática u orgánica, pertenece a los "representantes del personal", entendiendo por tales, como se razonará más adelante, los órganos de representación unitaria; y

en su vertiente dinámica y funcional, a los órganos de "representación especializada".

4. De cuanto se acaba de exponer, cabe extraer una primera e importante conclusión. En el conjunto de los derechos de participación que instituye y regula la LPRL, la condición de "derecho-estrella" la ostenta el derecho de participación, y ello no sólo o no tanto por situarse en el tramo superior de la escala que gradúa la intensidad de la intervención de los trabajadores en las políticas empresariales de prevención de riesgos laborales. La importancia de esta modalidad participativa se debe a razones más propiamente normativas, derivadas de las ya comentadas relaciones entre ésta y las restantes variedades de participación.

Pese al atributo asignado, el brillo del derecho de participación es, en su dimensión orgánica, de tono menor; o, si se prefiere, de segundo grado o reflejo. De entre las distintas posibilidades que al legislador se le ofrecían a la hora de configurar los órganos encargados de encarnar el derecho de participación, la definitivamente elegida es la más conservadora¹³, aún cuando probablemente es, también, la más razonable¹⁴. Descartada que fue a lo largo del dilatado proceso de elaboración de la ley la opción relativa a la constitución de unos órganos de participación distintos y desvinculados de los de carácter general, la solución finalmente plasmada en el texto legal ha sido la de aprovechar las estructuras de representación ya existentes, atribuyendo a ciertos representantes de los trabajadores, en su condición de tales, las funciones específicas que en materia de seguridad y salud en el trabajo la ley establece. Solamente en un sentido impropio o derivado cabe hablar, tal y como hace el art. 34.1, de "representación especializada", adjetivo éste que corresponde, con mayor propiedad, a las funciones. Como con toda razón se ha señalado por los primeros comentaristas de la LPRL, la norma no crea un nuevo órgano de representación que entre en concurrencia con los ya previstos por la legislación; más bien potencia las funciones de éstos "mediante una particular¹⁴ identificación competencial" de algunos de sus miembros¹⁴.

Si orgánicamente la solución legal resulta conservadora, este mismo juicio merece la opción normativa desde

permitirán su participación <...> ") 11.2 (los trabajadores o los representantes de los trabajadores <...> participarán de forma equilibrada") y 11.6 ("Los trabajadores y/o sus representantes tendrán el derecho de recurrir <...>").

¹² Así parece entenderlo FERNÁNDEZ MARCOS, L., "El contenido de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: puntos críticos", AL núm. 48 (1995), pág. 827 Y "Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales" Madrid (Ed. Dykinson) 1996, pág. 165.

¹³ Vid. las atinadas observaciones que sobre las distintas posibilidades que se le abrían al legislador con anterioridad a la promulgación de la LPRL hace CRUZ VILLALON, J., "La representación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales", Temas Laborales núm. 26 (1993), págs. 14 y SS.

¹⁴ Cfr. GONZÁLEZ ORTEGA - APARICIO TOVAR, "Comentarios..." cit. pág. 218.

una vertiente funcional. La LPRL no solamente se ha ahorrado la constitución de nuevas instituciones de representación en el interior de las empresas a través del expediente de especializar a algunos componentes de la representación unitaria en tareas de seguridad y salud laborales. Renunciando a llevar hasta sus últimas consecuencias este principio de especialización, la LPRL ni ha atribuido a las instancias de actuación *ad hoc* en materia preventiva todas y cada una de las funciones y cometidos en el campo de la prevención de riesgos laborales ni ha canalizado a través de tales instancias la integridad de los derechos de participación que el ordenamiento confiere a los trabajadores en esta misma área. El principio de especialización, bien que intenso, no es completo.

Y no lo es por cuanto los delegados de prevención y los Comités de Seguridad y Salud (CSL) exclusivamente asumen las funciones y encauzan los derechos de participación que la LPRL instituye *ex novo* o remodela sobre la plantilla de la vieja Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Dicho en otras palabras, la ley no ha procedido a transferir a los "nuevos" órganos de participación las competencias que en materia de seguridad y salud laboral las leyes postconstitucionales (ET, LORAPA y LOLS) habían ido confiriendo a las instituciones de representación general, tanto a las unitarias como a las sindicales. Tal es el terminante sentido del art. 34.2 LPRL, que mantiene en la esfera de los representantes genéricos las competencias que aquellas disposiciones legales les reconoce "en materia de información, consulta y negociación, vigilancia y control y ejercicio de acciones ante las empresas y los órganos y tribunales competentes".

En relación con la negociación colectiva y con el ejercicio de acciones, la medida parece de todo punto acertada. Una solución distinta, además de introducir un formidable factor de confusión y complejidad añadida en dos de las instituciones clave de nuestro entero sistema de relaciones laborales, habría resultado extravagante o errática en el marco de los criterios de colaboración y cooperación que informan la actuación de los representantes específicos. Como con toda razón ha hecho notar Cruz Villalón, el fortalecimiento de los órganos de representación en materia de prevención de riesgos laborales pide un "contexto de separación, orgánica o funcional, de las relaciones estrictamente de conflicto" de¹⁵ aquellas otras que afectan a la seguridad y salud laboral .

Juicio bien distinto merece aquélla medida respecto de las otras materias que enuncia, formulado ese juicio en términos de racionalidad y racionalización funcionales. Probablemente, las causas de la ruptura del principio de especialización funcional deban buscarse en los espacios de la oportunidad política; esto es, en la voluntad del legislador de no alterar los equilibrios de poder ya alcanzados entre los dos canales tradicionales de representación de los trabajadores en la empresa. En la medida en que, en efecto y al menos en el diseño legal, la representación especializada surge de la representación unitaria, de la que es una mera prolongación funcional, la concentración en los delegados de prevención del ejercicio de todos los derechos de información y consulta en materia preventiva hubiera significado vaciar de competencias a la representación sindical.

5. Antes de dar por concluida esta panorámica general de los derechos de participación instituidos por la LPRL, es conveniente aludir a un último punto; a saber: el papel de la autonomía negocial en la conformación y desarrollo de esos derechos.

En este orden de consideraciones, no estará de más comenzar por recordar, por obvio que ello resulte, que la seguridad y salud laboral constituye una materia que puede ser objeto de tratamiento por la negociación colectiva. Es esta una posibilidad directamente deducible, en primer lugar, del derecho a la negociación colectiva constitucionalmente consagrado en el art. 37.1 CE, de cuyo contenido esencial forma parte la libertad de contratación. Y en segundo lugar, de lo establecido en dos pasajes del ET: en el art. 82.2., que atribuye genéricamente a los convenios colectivos la finalidad de disciplinar "las condiciones de trabajo", entre las que se ubica la seguridad y salud de los trabajadores; y en el art. 85.2, que confiere a la actividad negocial colectiva la facultad, enunciada en términos no menos genéricos, de regular 11 materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo".

Como cualquier otro derecho, incluidos los derechos constitucionales, la facultad reconocida a los "representantes de los trabajadores y a los empresarios" de establecer reglas ordenadas a prevenir los riesgos profesionales no es absoluta. La libertad de que disponen los grupos sociales organizados de incorporar al contenido de sus pactos colectivos condiciones relativas a la seguridad y salud de los trabajadores tiene su límite natural en "el respeto a las leyes", conforme ordena el propio art. 85.1 ET. La expresión "respeto a las leyes" comprende la exigencia de atenerse a los mínimos de derecho necesario, entendidos, en

¹⁵ Cfr. CRUZ VILLALÓN, "La representación..." cit. pág. 8.

su versión primera y esencial, como conjunto de garantías enderezadas a promover un estado de salud y a preservar la integridad de quienes prestan un trabajo por cuenta ajena, incorporándose a una organización productiva. Comprometidos los poderes públicos, por expreso mandato constitucional (art. 40.2 CE), a velar por la seguridad e higiene en el trabajo, la normativa dictada por el Estado, tanto de carácter general y básico como especial y complementario, ha sido extensa. Esta normativa actúa frente a la autonomía colectiva, en su mayor parte, como un bloque normativo inderogable en sentido relativo. Por otra parte, a la legislación estatal nacional ha venido a sumarse la legislación procedente de la Unión Europea, dotada de importantes competencias en esta materia por obra de lo previsto en el art. 118 A del Tratado, reformado por el Acta única¹⁶, y a cuyo amparo el Consejo aprobó por unanimidad la Directiva 89/391 cuyos mandatos también resultan inderogables para nuestra negociación colectiva¹⁷.

Pese a que la seguridad y salud en el trabajo ha venido mereciendo la atención por parte de los poderes públicos, el ámbito de actuación de la negociación colectiva en este terreno es amplio. El convenio colectivo puede, primeramente, cumplir la tradicional función de mejorar las condiciones fijadas en el ordenamiento estatal, en lo que toca tanto a la vertiente individual de la seguridad e higiene como a su dimensión colectiva¹⁸. Pero también puede la norma colectiva cumplir otras funciones no menos relevantes; e, incluso, más relevantes en aquellos casos en los que, como ha venido sucediendo tradicionalmente en España hasta la promulgación de la ley 31/1995, la intervención del Estado ha girado básicamente en torno a una concepción defensiva, en lugar de ofensiva, de la seguridad laboral. Tales relevantes funciones son: la aplicativa o de ejecución de esa legislación; la integrativa o de regulación de los aspectos no tratados por las normas estatales o, en fin y en relación no exhaustiva, la complementaria o de desarrollo de los aspectos básicos fijados en dichas normas. Precisamente estas últimas funciones - que piden, normalmente, una más estrecha relación de colaboración entre los órdenes normativos estatal y convencional - han recibido

un nada desdeñable impulso por parte de la Directiva Marco, que incentiva, para la ejecución de sus mandatos, la concurrencia de estos dos órdenes, asignando a las fuentes estatales la misión de ejecutar "el contenido prioritario de la directiva" y atribuyendo a los convenios colectivos¹⁹ el cometido de complementar y desarrollar dicho contenido.

La apenas recién estrenada normativa nacional no se caracteriza, al menos en su enunciado formal, por fomentar o estimular fórmulas de activismo negocial en el área que disciplina. Aparte de la calificación de las disposiciones sobre seguridad y salud laboral contenidas en convenios colectivos como "normativa sobre prevención de riesgos laborales" (art. 1.1) calificación ésta cuyo efecto más importante se refleja en el campo de la vigilancia y control²⁰ - , la LPRL se limita a destacar "el carácter mínimo de derecho necesario indisponible" de las disposiciones laborales enunciadas en la propia ley y sus normas reglamentarias, pudiendo ser una y otras "mejoradas y desarrolladas por los convenios colectivos" (art.2.2).

Al margen de esta mención y salvo error u omisión, la ley no contiene ninguna otra remisión o llamada a la negociación colectiva. Ciertamente es que la cláusula utilizada abre a nuestra negociación un importante campo de posibilidades, máxime si se tiene en cuenta que las funciones expresamente encomendadas, que son la de suplementar y complementar el bloque de la legalidad estatal, nacional o supranacional, sólo pueden ser entendidas como excluyentes de aquella otra que contraría la naturaleza atribuida a dicho bloque; esto es, la función de supletoriedad. Pero es igualmente cierto el valor promocional que juegan las técnicas de remisión expresa a los efectos permitidos, sobre todo ponderando la tradicional y crónica mendicidad reguladora de la prevención de riesgos laborales que aqueja a nuestra negociación colectiva²¹.

La configuración de las normas laborales estatales como derecho necesario relativo experimenta, sin embargo, una importante excepción, que afecta al derecho de participación en sentido estricto. Más adelante se han de analizar los términos de esta excepción. Lo que interesa hacer notar ahora es que, apartándose de lo que constituye la regla general, el art. 35.4 atribuye a la autonomía negocial la

¹⁶ Vid. SALISH, Y.H., "Sulla nozione di ambiente di lavoro e sul campo de applicazione dell'art. 118 A del Trattato CEE, Rivista di Diritto Europeo 1990, pp. 146 y ss.

¹⁷ Cfr. PÉREZ DE LOS COBOS, F., "La Directiva Marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación en el ordenamiento español", RL núm. 8 (1991), pág. 48.

¹⁸ Sobre esta doble vertiente, vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Derecho a la salud y control de los trabajadores", RL núms. 6-7 (1990), págs. 83 y ss.

¹⁹ Cfr. PÉREZ DE LOS COBOS, "La Directiva Marco...", cit. pág. 48

²⁰ Vid. por ejemplo, arts. 7.1 y 9.1 LPRL.

²¹ Vid. GOERLICH PESET, J.M., "Aproximación al estado de la seguridad e higiene en la negociación colectiva", RPS núm. 143 (1984), págs. 23 y ss y VALDES DAL-RÉ, F., "La prevención de riesgos profesionales en la negociación colectiva", RL 1994-1, págs. 13 y ss.

facultad de desplazar la regulación orgánica de los delegados de prevención que la propia ley instituye y que, por consiguiente, se convierte en norma dispositiva. En esta materia y sólo en ella, la negociación colectiva puede abrir con la ley un diálogo de supletoriedad.

Para cerrar esas consideraciones generales respecto del papel de la autonomía negocial en la regulación de los derechos de participación relativos a la seguridad y salud laboral, una última resta aún por realizar. Es bien sabido que la ley 11/1994 ha modificado intensa y extensamente las bases normativas de la estructura contractual colectiva, sobre todo en lo que concierne a las relaciones entre las distintas unidades de contratación y a las reglas de la concurrencia con vencial²². Con vistas a facilitar la descentralización contractual en el doble ámbito territorial y funcional, el principio de no-afectación de un convenio por otro, durante su vigencia, ha perdido su condición de regla universal, bien que de carácter dispositivo o de segundo grado, para la solución de los conflictos de concurrencia opositiva entre normas colectivas, habiendo procedido el nuevo art. 84 ET a diversificar los criterios ahora utilizables para sustanciar ese tipo de conflictos. En lo que aquí importa destacar, el párr. 2º de ese precepto quiebra el monopolio aplicativo hasta entonces conferido al convenio *prior in tempore*, habilitando al convenio (y al acuerdo) supraempresarial posterior e inferior a modificar lo establecido en el anterior superior siempre que la decisión de afectación hubiere obtenido el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación". Es ésta, sin embargo, una facultad limitada por razón de los contenidos, declarándose una serie de "materias no negociables" entre las que se mencionan "las normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo".

Qué deba entenderse por "normas mínimas", expresión ésta que actúa sintácticamente como un sustantivo de lo que la ley 31/1995 ha venido a denominar prevención de riesgos laborales, es un interrogante que no se presta a una respuesta ni rápida ni sencilla. Instalada en un precepto

²² Vid. CASAS BAAMONDE, M.E., "La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas de sobre competencias y concurrencia de los convenios colectivos", en Casas/Valdés (Coord.), "La reforma del Estatuto de los Trabajadores", Madrid (Ed. La Ley) 1994, pp. 292 Y ss; y ALDES DAL-RE, F., "Notas sobre el nuevo marco legal de la estructura de la negociación colectiva", en Del Rey Guanter (Coord.), "La reforma de la negociación colectiva", Madrid (Ed. M. Pons) 1995, pp. 119 Y ss Y MARTÍN VALVERDE, A., "Concurrencia de los convenios colectivos de trabajo", en Borrajo (Coord.) "Comentario a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores" t. XII, vol. 2º, 2a ed., Madrid (Edersa) 1995, pp. 3 y ss.

cuya finalidad no es simplemente ordenar las relaciones entre convenios colectivos de distinto nivel sino, adicionalmente, enunciar un principio de exclusión competencial entre convenios de distinto nivel, esta cláusula no puede referirse ni a regulaciones establecidas en el bloque de la legalidad estatal ni, tampoco, a todo el contenido convencional sobre seguridad y salud laboral pactado en el convenio anterior superior. Una interpretación distinta pugnaría no sólo con la dicción legal sino con la propia lógica a la que obedece la prohibición de negociar.

Ausente de nuestro ordenamiento cualquier indicación o pista sobre la materia de seguridad e higiene constitutiva de normas mínimas *ex* 84.3 ET, entiendo que corresponde a la competencia de la unidad negocial superior su definición, tarea ésta en la que habrá de respetarse un doble requisito. Desde un punto de vista formal, el convenio o acuerdo que pretenda hacer uso de la cláusula de exclusión competencial ha de mencionar de modo expreso cuáles, de entre las estipulaciones pactadas sobre seguridad y salud laboral, tienen la condición de mínimas. Desde un punto de vista material, esa reserva ha de resultar congruente y servir a la finalidad perseguida por el legislador al exceptuar un grupo de condiciones de trabajo del general principio de descentralización. Ha de tratarse, en suma, de una materia que por sus singularidades sea refractaria a ser tratada en niveles descentralizados. Más adelante hemos de verificar si, respecto de los derechos de participación, alguna materia reúne esta característica. Por el momento, baste con haber dejado apuntado el problema y su genérica solución.

4. EL DERECHO DE INFORMACIÓN

6. Ubicado en los umbrales inferiores de la escala que gradúa los medios de que disponen los trabajadores para incidir en las decisiones adoptadas por el empresario, el derecho de información en materia de prevención de riesgos laborales es, en su versión primera, un instrumento ordenado a promover la participación. En cuanto que su objeto versa sobre hechos o datos con relevancia en la seguridad y salud laboral, este derecho, además de tener una sustantividad propia, actúa como soporte lógico y jurídico para el ejercicio de otras fórmulas de participación más intensas²³.

Pero el derecho de información no sólo tiene una vertiente participativa. También contribuye a la más adecuada

²³ Vid., ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L., "Los derechos de información de los representantes de los trabajadores", Madrid. (Ed. Civitas) 1992, especialmente págs. 98 y ss.

y eficaz protección de los trabajadores en la medida en que les facilita un conocimiento de los elementos ambientales de su lugar de trabajo y de las circunstancias en las que han de ejecutar su prestación laboral. Es esta segunda perspectiva la que, precisamente, aparece con un mayor énfasis en el art. 18.1 de la LPRL, que desde su inicio establece una estrecha vinculación entre el derecho de información de los trabajadores y la deuda de seguridad que recae sobre el empresario. "A fin de dar cumplimiento al deber de protección establecido en la presente ley - comienza diciendo el citado pasaje legal -, el empresario adoptará las medidas adecuadas para que los trabajadores reciban las informaciones necesarias (...)"

El art. 18.1 de la ley 31/1995 constituye el precepto de cabecera del derecho de información en materia de prevención de riesgos laborales, pues instituye el marco general de su régimen jurídico: define el modo de ejercicio y enuncia el contenido. Pero la LPRL también se ocupa de este derecho en otros lugares, primando en unos casos la vertiente participativa (por ejemplo, arts. 36.2.c. y 39.2) y en otros la vertiente de protección individual (así, art. 22.3).

En el marco del art. 18.1 LPRL, sujeto receptor de la información y contenido de los hechos o datos sobre los que la información versa son elementos del derecho de información estrechamente relacionados entre sí. El esquema de la leyes dualista, diferenciando entre informaciones de carácter general, que afectan al conjunto o a un grupo de trabajadores, e informaciones singulares, que atañen a cada trabajador *uti singuli*.

En la primera hipótesis, los receptores de las informaciones son, si los hay, los "representantes de los trabajadores", expresión ésta que ha de ser referida, primeramente, a los representantes específicos (delegados de prevención) y, caso de no contar la empresa con ellos, a los representantes comunes, unitarios o sindicales, cuyas competencias en materia preventiva *ex LPRL* son siempre de segundo grado; tienen un carácter subsidiario, ejerciéndose en tanto no se constituya el órgano de representación *ad hoc*.

De no existir representantes de los trabajadores en el sentido expuesto, el empresario no queda liberado de su deber de informar; antes al contrario, el deudor de seguridad ha de adoptar todas aquellas medidas necesarias para que la información llegue a conocimiento de los trabajadores. La prevalencia que el art. 18.1 atribuye a la vertiente protectora de este tipo de información avala esta interpretación. Por lo demás, contenido de éste primer grupo de informaciones son: a) los riesgos para la seguridad y salud en el trabajo, tanto los que afectan a la empresa en su conjunto como a "cada tipo de puesto de trabajo o función"; b)

las medidas de prevención y protección aplicables a esos riesgos y c) las medidas adoptadas en las situaciones de emergencia reguladas en el art. 20²⁴. A este catálogo, ha de adicionarse la información relativa a los "riesgos graves e inminentes" así como a las medidas adoptadas o que se vayan a adoptar para su protección (art. 20.1.a.).

En la segunda hipótesis, el receptor de la información, haya o no delegados de prevención, es siempre el trabajador individual, que ha de conocer los riesgos que afecten a su puesto de trabajo y las medidas de protección y prevención adoptadas. En el contexto del art. 18.1, la expresión riesgo ha de ser entendida como equivalente a "posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo" (art. 4.2°). Extramuros de éste contenido queda, pues, la información relativa al "riesgo grave e inminente".

5. EL DERECHO DE CONSULTA

7. Situado éste derecho en un tramo intermedio en la escala de los medios de intervención de los trabajadores en la gestión de la empresa, en la regulación que de él hace la LPRL prima la vertiente participativa. Así lo confirma la literalidad del art. 33.1 a tenor del cual el empresario ha de consultar a los trabajadores "la adopción de las decisiones" que seguidamente se indican.

Atribuido a los trabajadores con el resuelto designio de permitirles influir en las decisiones que sobre la prevención de riesgos laborales acuerde el empresario, la materia sobre la que versa la consulta no responde, en el diseño legal, a un esquema dualista sino unitario. Sí sigue siendo dualista, sin embargo, el modo de ejercicio del derecho.

Comenzando el análisis del derecho de consulta por este último aspecto, el art. 33.2 de la LPRL, reiterando el criterio ya previamente afirmado en el art. 18.2, dispone que "en las empresas que cuenten con representantes de los trabajadores", las consultas se llevarán a cabo con ellos. Haciendo uso de una calculada indefinición, el legislador utiliza una y otra vez una dicción abierta a plurales interpretaciones. Al menos las tres siguientes, ya sostenidas por los primeros comentaristas de la ley. Cabe entender, primeramente, que "representantes de los trabajadores" son los representantes *ad hoc* que la propia ley instituye; es decir, los delegados de prevención²⁵. Pero también puede atribuirse esa condición acumulativamente a los representantes

²⁴ El art. 18.1 transpone el art. 10.1 de la Directiva Marco.

²⁵ Así lo entiende FERNÁNDEZ MARCOS, L, "Comentarios a la Ley..." cit. pág. 163.

comunes, unitarios o sindicales, de la empresa y a los específicos en materia de seguridad y salud laboral²⁶. Finalmente, para un sector de la doctrina el derecho de consulta se satisface mediante la audiencia preceptiva por parte del empresario a los representantes unitarios de la empresa²⁷.

Una adecuada respuesta a la cuestión abierta requiere, a mi juicio, traer a colación algunos de los principios que informan los derechos de participación. Una interpretación conjunta o sistemática de esos principios puede arrojar luz sobre el interrogante enunciado. En este orden de cosas, ya se ha señalado que la ley ha optado por un principio de especialización funcional, encomendando a ciertos componentes de la representación unitaria, salvo que otra cosa se disponga en la negociación colectiva, el ejercicio de las nuevas competencias participativas que la ley estatuye en materia de seguridad laboral. Siendo ello así, como me parece que es, el ejercicio del derecho de consulta queda reservado, en las empresas que cuenten con ellos, a los delegados de prevención. Así se deduce sin margen alguno de incertidumbre de lo dispuesto en el art. 36.l.c. del texto legal, que expresamente se remite a las decisiones mencionadas en el art. 33. Con éste reenvío, la ley no está reconociendo a las opiniones vertidas por los delegados de prevención una posición de preeminencia en caso de discrepancia con las que pudieran sostener los órganos de representación común²⁸. El reenvío tiene un carácter funcionalmente excluyente, de modo que, habiendo delegados de prevención, es a ellos y sólo a ellos a los que el empresario debe dar audiencia. Y sólo su parecer ha de ser tomado en consideración previamente a la adopción de las oportunas decisiones.

El verdadero problema se plantea a la hora de discernir si, en el supuesto posible aún cuando poco probable de no haber órganos de representación específica, el preceptivo trámite de consulta ha de abrirse con los órganos de representación común y, en caso afirmativo, con ambos de manera simultánea o con uno solamente. La respuesta a este interrogante ha de sustanciarse, nuevamente, con el auxilio de los principios generales que rigen los derechos de participación. En la medida en que la representación

específica no es sino una prolongación orgánica de la representación unitaria, caracterizada por un principio de especialización funcional, aquél trámite ha de cumplimentarse obligadamente con los representantes unitarios - comité de empresa o delegados de personal - si los hubiere. Dado, sin embargo, que los representantes sindicales tienen derecho, *ex art. 10.3.35 de la LOLS*, a ser "oidos por la empresa previamente la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general", también los delegados sindicales, en la hipótesis que ahora se contempla, habrán de ser consultados. Entonces y sólo entonces, el empresario vendrá obligado a escuchar a los representantes comunes, cuya actuación en el ámbito de las competencias y funciones establecidas por la LPRL es, como ya se ha indicado, subsidiaria y no simultánea respecto de la intervención de los representantes específicos.

En defecto de todos ellos, el deber de consulta a cargo del empresario habrá de cumplimentarse mediante fórmulas de consulta directa con los trabajadores. La LPRL no establece regla alguna sobre este procedimiento de consulta directa, que puede instrumentarse a través de muy diversas modalidades. La asamblea es una de ellas, pero no la única²⁹. La finalidad de la consulta directa no es la formación de una opinión mayoritaria de los trabajadores sino permitirles a todos ellos expresar su parecer con vistas a influir en la adopción de las decisiones que adopte el empresario. Y esa finalidad también puede satisfacerse, sin merma alguna del interés protegido, mediante reuniones o conversaciones informales. En última instancia, la regularidad jurídica del procedimiento utilizado y, con ello, el cumplimiento del trámite por parte del empresario son cuestiones que habrán de responderse con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, ponderando aspectos tales como la dimensión de la empresa, la materia sobre la que versa la consulta, su complejidad técnica o la efectiva emisión por todos los trabajadores de un juicio sobre la decisión que se pretenda adoptar.

8. En su vertiente pasiva, la consulta se configura como un deber a cargo de la dirección de la empresa que nace cada vez y cuantas veces se pretenda adoptar una medida empresarial relativa a la prevención de los riesgos laborales. El art. 33.1 LPRL se encarga de enumerar las decisiones empresariales que, antes de su adopción, han de ser objeto de consulta. El sistema empleado no responde, sin

²⁶ Esta tesis es la defendida por GONZÁLEZ ORTEGA - APARICIO TOVAR, "Comentarios a la Ley...", cit., pág. 208, para quienes la consulta es acumulativa.

²⁷ Cfr. SALA FRANCO - ARNAU NAVARRO, "Comentarios a la ley..." cit. pág. 134, que expresamente excluyen a los delegados sindicales pero sin mencionar a los de prevención.

²⁸ Como así lo entienden GONZÁLEZ ORTEGA - APARICIO TOVAR, "Comentarios...", cit. págs. 208-209.

²⁹ No son de este parecer SALA FRANCO - ARNAU NAVARRO, "Comentarios a la ley...", cit. pág. 134, para quienes, además, en tales casos, juegan "las disposiciones del ET acerca del derecho de reunión". En el mismo sentido que el que aquí se mantiene, GONZÁLEZ ORTEGA - APARICIO TOVAR, "Comentarios a la ley...", cit. pág. 209.

embargo, al sistema de materias cerradas o tasadas; antes al contrario³⁰, se combina éste criterio con el de una cláusula general³¹ a tenor de la cual el empresario vendrá obligado a escuchar el juicio o parecer en "cualquier otra acción que pueda tener efectos sustanciales sobre la seguridad y la salud de los trabajadores" (apar. D. Si a este dato se adiciona que algunas de las decisiones constitutivas de la lista vienen definidas, como se razonará de inmediato, en términos enormemente genéricos, la conclusión que cabe extraer es la amplitud con la que la ley enuncia el objeto del derecho de consulta, que cubre prácticamente todos los proyectos de gestión empresarial con significativa incidencia sobre la seguridad y salud laboral.

Al margen de la cláusula general, el deber de consulta recae sobre cinco grupos o tipos de materias, cuyo enunciado viene formulado con un grado distinto de concreción: muy amplio en los casos previstos en los apar. a) y b) del art. 33.1 y más preciso en los restantes supuestos, todos los cuales hubieran entrado, sin violencia interpretativa alguna, en el apar. b), pues no son sino singularizadas manifestaciones relativas a la organización y desarrollo de las actividades de protección. La referencia separada tal vez se explica por ese designio de nuestro legislador de transponer miméticamente el contenido de la Directiva Marco, olvidando, no obstante, que el art. 33.1.b. de nuestra ley no tiene equivalente en ninguno de los apartados del art. 11.1 de la norma comunitaria. O mejor todavía, los comprende a todos ellos, a excepción del que forma el *pendant* de nuestra cláusula general. Sea como fuere, esas referencias autónomas contribuyen a dotar de mayor certeza al contenido del derecho de consulta y, de seguro, servirán para ahorrar algunos conflictos. El riesgo de las cláusulas abiertas es que pueden terminar disolviéndose en su propia genericidad a resultas de esa inexorable ley no escrita sobre el juego de la relación inversamente proporcional que existe entre el grado de cumplimiento de un deber y su concreción: a menor concreción, mayores son los márgenes para la inobservancia.

Conforme establece el art. 33.1, las decisiones sometidas a consulta son las siguientes: a) "La planificación y la organización del trabajo en la empresa y la introducción de nuevas tecnologías", siempre que la innovación tecnológica repercute sobre la seguridad y salud de los trabajadores. Se trata de una decisión que, en realidad, comprende todos los aspectos de la actividad productiva, máxime dadas las circunstancias que el propio precepto menciona como

susceptibles de producir riesgos³¹ y que son "la elección de los equipos de trabajo"³², "la determinación y la adecuación de las condiciones de trabajo"³³ y "el impacto de los factores ambientales en el trabajo". b) "La organización y desarrollo de las actividades de protección de la salud y prevención de los riesgos laborales", fórmula ésta que, rectamente entendida, abarca la totalidad de las decisiones que el empresario deba adoptar en el marco de la propia LPRL. No obstante esta amplitud, la ley menciona de modo expreso, probablemente por su singular relevancia y significación, dos supuestos concretos reconducibles a este grupo. De un lado, la designación de los trabajadores encargados de atender las actividades de protección; esto es, el servicio de prevención interno (art. 30); de otro, "el recurso a un servicio de prevención externo" (art. 31). c) "La designación de los trabajadores encargados de las medidas de emergencia", de las que se ocupa el art. 20.d) "Los procedimientos de información y documentación" a que se refieren, respectivamente, los arts. 18.1 y 23.1 de la ley. Repárese que en ésta hipótesis la consulta no recae, obviamente, sobre el contenido ni de la información ni de la documentación sino sobre los aspectos formales de una y otra; esto es y por ilustrar la idea con un ejemplo, sobre el modo como se va a facilitar esa información o conservar la documentación (en soporte papel o soporte informático) y e) "El proyecto y la organización de la formación en materia preventiva", términos éstos que comprenden la integridad del régimen de los deberes de formación a cargo del empresario que enuncian los arts. 19 y 37.2 para con los trabajadores y los delegados de prevención, respectivamente.

9. Bien escasas son las reglas relativas al procedimiento del derecho de consulta. Por lo pronto y por lo que se refiere a sus aspectos temporales, el art. 33.1 exige al empresario que la consulta tenga lugar "con la debida antelación", sin concretar plazo alguno. Con no mayor precisión se manifiesta el art. 36.1.c. que, al enunciar las competencias de los delegados de prevención, incluye la relativa a "ser consultados por el empresario, con carácter previo a su ejecución, acerca de las decisiones" a que se refiere aquél otro precepto.

³¹ Cfr. GONZÁLEZ ORTEGA - APARICIO TOVAR, "Comentarios a la ley...", cit. pág. 212.

³² La LPRL entiende por equipo de trabajo "cualquier máquina, aparato, instrumento o instalación utilizada en el trabajo" (art. 4.5°).

³³ La condición de trabajo se define como "cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador" (art. 4.7°).

³⁰ Reproducción de lo previsto en art. 11.2.a de la Directiva Marco.

La "debidamente" constituye un estándar jurídico del que el legislador se sirve para delimitar temporalmente el correcto cumplimiento por parte del empresario del deber de consulta. Por consiguiente, la tarea de enjuiciar si el preceptivo trámite de audiencia se ha atendido o no a la exigencia legal es una tarea que apela al método del caso concreto. Primeramente, a la valoración de las concretas circunstancias de la consulta, entre otras la materia sobre la que versa, la complejidad técnica de la misma, las características de las actividades y procesos productivos de la empresa y el grado de incidencia de la decisión a adoptar sobre la seguridad y salud de los trabajadores. En segundo lugar, también será preciso ponderar si, con el plazo concedido, la finalidad del derecho de consulta ha quedado razonablemente satisfecha. Ya se ha dicho y repetido que el derecho de consulta es un medio de participación de los trabajadores en la toma de decisiones por parte de la dirección de la empresa con el que se pretende que aquellos o sus representantes tengan la oportunidad de expresar su parecer y, con ello, poder influir en la adopción de la propia decisión, que queda aplazada interina y pasajeramente hasta que no concluya el proceso consultivo. Desde esta perspectiva, la consulta se habrá producido con "debidamente" cuando las ideas y pareceres hayan satisfecho su objetivo primero y esencial, integrándose "lealmente" en el proceso de decisión³⁴. Una consulta tardía equivale a una decisión no participada.

La LPRL no contiene prescripción alguna sobre la forma a la que ha de atenderse la consulta, que en verdad puede expresarse de maneras muy variadas: informes o dictámenes, consultas conjuntas o examen conjunto y audiencia previa, entre otras³⁵. De seguro, la petición de consulta por escrito por parte de la dirección de la empresa y la respuesta igualmente por escrito por los trabajadores o sus representantes puede resultar la opción más aconsejable³⁶, ya que acredita fehacientemente, en un supuesto, el hecho mismo de su solicitud y el momento en que ésta se produjo y, en el otro, el contenido de las opiniones, ideas y pareceres vertidos sobre los proyectos empresariales. En todo caso y si la contestación a la consulta se formalizase por escrito por los delegados de prevención, su informe habrá de elaborarse "en un plazo de quince días o en el tiempo imprescindible cuando se trate de adoptar medidas dirigi-

das a prevenir riesgos inminentes", transcurrido el cual sin haberse formulado, "el empresario podrá poner en práctica su decisión" (art. 36.3). El plazo de quince días cumple así una doble función; delimita el periodo mínimo de antelación con que el empresario ha de recabar el parecer de los representantes con funciones especializadas en materia preventiva y define el periodo máximo del que disponen éstos para formular su dictamen.

El incumplimiento por parte del empresario del deber de consulta, que es preceptivo pero no vinculante, es una conducta constitutiva de infracción grave (art. 47. 11), sancionable en vía administrativa. Pero la gran cuestión que cabe suscitar es la de discernir si la omisión del citado deber produce o no la ineficacia de la decisión empresarial adoptada y ejecutada. Es ésta una cuestión, cuya inteligencia y solución remite a otra previa y más general, que afecta a la configuración del derecho de consulta en la LPRL.

La consulta puede obedecer, en efecto, a dos distintos modelos o sistemas. Puede entenderse, primeramente, como una forma de control externo al procedimiento de elaboración de los proyectos de gestión empresarial. Pero también puede concebirse como un trámite interno incorporado al proceso de adopción de la propia decisión empresarial³⁷. La configuración del derecho de consulta conforme a un u otro sistema tiene una transcendental importancia en orden a delimitar de las responsabilidades del empresario por la inobservancia del correlativo deber de consulta que sobre él recae. En la primera hipótesis, el incumplimiento de éste deber no lleva aparejado una sanción jurídica de ineficacia de la decisión empresarial, lo que sí sucede en la segunda hipótesis, en la que la omisión de la consulta produce una irregularidad en el proceso de adopción de la correspondiente decisión empresarial, en el que cabe apreciar la vulneración de un principio de procedimentalización.

A cuál de estos modelos responde el derecho de consulta regulado en el art. 33 LPRL, es interrogante abierto a distintas interpretaciones o, lo que es igual, refractario a soluciones categóricas. Con todo, entiendo que la facultad consultiva atribuida en ese precepto aparece configurada más como un mero control externo que como un trámite interno, inserto en el procedimiento de toma de decisiones empresariales. La generalidad y amplitud con la que se configura el propio derecho de consulta, la naturaleza del órgano de representación con funciones especializadas en

³⁴ Cfr. GONZÁLEZ ORTEGA - APARICIO TOVAR, "Comentarios a la ley...", cit. pág. 211.

³⁵ Vid. MONEREO, "Los derechos de información...", cit. pág. 104.

³⁶ Vid. GONZÁLEZ ORTEGA - APARICIO TOVAR, "Comentarios a la ley...", cil. pág. 211.

³⁷ Cfr. MONEREO PÉREZ, "Los derechos de información,..."cit., pág. 111.

materia preventiva y, sobre todo, la ausencia en la ley de reglas precisas de procedimentalización son indicios que fundamentan este criterio. Todo ello, claro es, sin perjuicio de que la negociación colectiva haya procedido a incorporar el derecho de consulta, en todos o en algunos supuestos, a un procedimiento interno, en cuyo caso la omisión podría significar la invalidez del acto empresarial.

6. EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN: GENERALIDADES

10. Tercero y último de los medios puestos a disposición de los trabajadores para intervenir en las políticas empresariales en materia de prevención de riesgos laborales, el derecho de participación tiene, en el marco de la LPRL y como ya se ha hecho notar, dos vertientes. La primera, de carácter orgánico y que actúa como condición necesaria y suficiente para la activación de la segunda, se sustancia en el derecho de los trabajadores a contar con órganos de representación propios, que se colocan en una posición ajena o externa a la estructura jurídica de la empresa aún cuando, lógicamente, operan en el ámbito de ésta. La segunda vertiente es de carácter funcional, manifestándose mediante el ejercicio, por parte de esos órganos, de determinadas funciones o cometidos de muy diversa naturaleza.

Pese a que los arts. 14.1, 18.2 Y 34.1 de la LPRL confieren el derecho a participar en la empresa "a los trabajadores", sin introducir mayores distinciones ni matizaciones, no es éste un derecho de alcance tan general. En realidad su ámbito se ciñe a los trabajadores que presten su actividad en "empresas o centros de trabajo" con un bien definido umbral de efectivos humanos; en concreto, en aquellas que cuenten con seis o más trabajadores (párr. 2º, art. 34.1). Posponiendo para más adelante la interpretación del sintagma "empresas o centros de trabajo", lo que ahora importa destacar es el carácter limitado del derecho de participación, cuyo presupuesto de hecho queda vinculado legalmente a un dato externo y ajeno a la condición de trabajador por cuenta ajena, cual es el censo de la empresa.

Dispone el párr. 2º del art. 34.1 LPRL que la participación de los trabajadores "se canalizará a través de sus representantes y de la representación que se regula en este capítulo". Apreciado desde su dicción literal, el precepto transcrito parece estar enunciando la existencia de dos cauces orgánicos de participación: de un lado, los representantes y, de otro, la representación especializada. Las dudas nacen cuando se pretende llenar de contenido sustantivo ambos conceptos normativos, cuyo empleo una vez más vuelve a poner de manifiesto la calculada y, en oca-

siones, irritante imprecisión de la que hace gala el legislador. Las opciones que se abren al intérprete, nada fáciles de despejar y que pueden terminar poniendo en discusión el dualismo orgánico proclamado, son numerosas. La expresión representantes: ¿alude exclusivamente a los delegados de prevención, a los que el art. 35.1 define como "representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo?", ¿comprende a los representantes comunes, unitarios o sindicales, o sólo a éstos? El término representación especializada: ¿es redundante respecto del de representantes?; ¿se refiere a los delegados de prevención, al Comité de Seguridad y Salud o a ambos simultáneamente?

Descartando la hipótesis de que la ley haya querido utilizar las expresiones a examen de modo sinónimo, cabe intentar una reconstrucción de este embrollo semántico. A mi juicio, el párr. 2º del art. 34.1 de la LPRL está enunciando dos canales de participación, cada uno de los cuales se corresponde con las dos instancias representativas en materia de prevención de riesgos laborales que la ley instituye: de un lado, los delegados de prevención, a los que, como ya se ha hecho notar, la norma atribuye la cualidad de "representantes"; de otro, el Comité de Seguridad y Salud, al que la ley también configura como "órgano de participación de la empresa" (art.38.1).

Delegados de prevención y Comité de Seguridad y Salud son los cauces a través de los cuales se ejerce el derecho de participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales³⁸. Sin embargo y como también se ha razonado, no son los únicos, ya que la LPRL no ha llevado hasta sus últimas consecuencias el principio de especialización funcional. Los órganos de representación común, unitarios y sindicales, también articulan ese derecho, aún cuando de forma limitada y residual.

En el ámbito de imputación normativa de la ley 31/1995, las relaciones entre los representantes comunes y los delegados de prevención no responden al esquema de la concurrencia funcional sino de la división funcional³⁹. Aquellos primeros conservan sus facultades informativas,

³⁸ En sentido diferente al aquí sostenido, SALA FRANCO-ARNAU NAVARRO, "Comentarios a la Ley..." cit., pág. 136, para quienes los términos "representantes" y "representación especializada" aluden, respectivamente, a los representantes comunes y a los delegados de prevención.

³⁹ Vid. otra interpretación en GONZÁLEZ ORTEGA - AP ARICIO TOVAR, "Comentarios a la ley..." cit. págs. 217 y ss, quienes defienden la tesis de que las competencias de participación pertenecen a la representación general (unitaria o sindical), sin que la LPRL las haya limitado o reducido.

consultivas y de vigilancia y control que sus normas reguladoras les han atribuido. Estos otros actúan con competencia originaria el conjunto de derechos de participación reconocidos por la LPRL. Por lo demás, la circunstancia de que los delegados de prevención acumulen, en el diseño legal, que es dispositivo para la negociación colectiva, la cualidad de representantes unitarios o, incluso, lleguen en algún caso a confundirse con ellos no altera las bases del modelo expuesto. El derecho de participación se canaliza a través del delegado de prevención, categoría ésta que no se limita a añadir un plus funcional a la de representante unitario; constituye la condición jurídica para el ejercicio de las competencias y de las facultades atribuidas en el art. 36 de la LPRL.

7. LOS DELEGADOS DE PREVENCIÓN

11. Configurados legalmente como los representantes genuinos o por excelencia de los trabajadores en los asuntos relativos a la seguridad y salud laboral, su régimen jurídico se contiene en los arts. 35 a 37 de la LPRL.

a. Aspectos organizativos y de funcionamiento

a'. El modelo legal

12. De conformidad con lo dispuesto en el art. 35.2 LPRL, "los Delegados de Prevención serán designados por y entre los representantes del personal, en el ámbito de los órganos de representación previstos en las normas a que se refiere el artículo anterior <...>". Utilizando una dicción que no es ningún modelo de claridad, el presente pasaje legal regula el régimen de designación de los delegados de prevención al tiempo que delimita su base organizativa de constitución y fija su composición.

El modo de designación de los delegados de prevención constituye, de seguro, el aspecto más debatido de cuantos componen la regulación legal del derecho de participación, habiendo sido avanzadas por la doctrina todas las hipótesis imaginables, incluidas algunas privadas de razonable consistencia jurídica⁴⁰. Desde luego, no cabe plantear

⁴⁰ Tal ocurre con la tesis que atribuye la condición de electores de los delegados de prevención a la representación unitaria o a la representación sindical, entendiendo por tallas secciones sindicales legalmente constituidas en la empresa. Cfr. AGUT GARCÍA, C., "La designación de los delegados de prevención en el ámbito de la representación de los trabajadores en la empresa", Comunicación presentada al VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, "La prevención de riesgos laborales., funciones, contenido, efectos", Valladolid 1996, págs. 3 y ss (de su ejemplar mimeografiado). Las secciones sindicales son, desde luego, órganos de representación sindical, pero en modo alguno ostentan la categoría de "representantes del personal", que actúa como condición

duda alguna sobre la inteligencia del giro gramatical "por y entre", con el que no otra cosa se quiere poner de manifiesto la coincidencia entre el cuerpo de electores y el de elegibles, que es único y el mismo. Los problemas de interpretación se concentran en la delimitación de ese cuerpo, al que la ley se refiere con el término "representantes del personal".

No es cuestión ahora de abrir debate sobre la ya vieja polémica abierta entre nosotros acerca del sentido y alcance del término "representantes" de los trabajadores, debate que ha de considerarse zanjado en favor de una interpretación amplia, de suerte que ostentan esa cualidad tanto los representantes unitarios como los estrictamente sindicales⁴¹. De lo que se trata es de discernir, a los limitados efectos del art. 35.2 LPRL, el cuerpo de electores y elegibles de los delegados de prevención, cuerpo que, en mi opinión, está compuesto exclusivamente por los representantes unitarios⁴².

En favor de ésta tesis milita, primeramente, una interpretación literal del art. 35.2, que, a diferencia de otros pasajes legales (párr. 2º art. 18.1; art. 33.2 y párr. 2º, art. 34.1), no emplea la más genérica y omnicomprendiva noción de "representantes de los trabajadores" o, más sencillamente, la de "representantes". La expresión ahora utilizada es la de "representantes del personal". En este sintagma, el complemento del nombre tiene un claro sentido delimitativo. Si personal es el conjunto de trabajadores al servicio de una empresa y no de los afiliados a un sindicato que prestan servicio en una misma empresa, sus representantes no pueden ser otros que los unitarios.

A esta misma conclusión se llega en base a lo establecido en la Disposición Adicional 4ª de la LPRL. Este pre-

jurídica para demarcar el cuerpo de electores y elegibles de los delegados de prevención. A ello no obsta que el art. 35.2 se remita al art. 34.2, el cual a su vez alude a los "representantes sindicales". Sin entrar a discutir que ha de entenderse por tales, lo que importa señalar es que el reenvío que aquél precepto hace a éste otro no es a efectos de designación de delegados sino, y ello es bien distinto, a efectos de delimitación del ámbito organizativo en el que la designación misma se produce. En breve, a los efectos de la definición de la base de constitución de los representantes específicos en materia de prevención de riesgos laborales.

⁴¹ Por todos, vid. los términos de éste debate en CASAS BAAMONDE, M.E., "Los nuevos derechos de información de los representantes legales de los trabajadores. ¿Qué representantes?", RT núm. 100 (1990), págs. 335 y ss.

⁴² Es ésta interpretación mayoritaria en la doctrina. Vid. SALA FRANCO - ARNAU NAVARRO, "Comentarios a la ley..", cit. pág. 141; GONZÁLEZ ORTEGA - APARICIO TOVAR, "Comentarios a la ley...", cit. pág. 223; FERNÁNDEZ MARCOS, L., "Comentarios a la Ley...", cit. pág. 170.

cepto enuncia una regla especial en lo que a la designación de delegados de prevención toca en un supuesto de hecho que se define del modo siguiente: "en los centros de trabajo que carezcan de representantes por no existir trabajadores con la antigüedad suficiente para ser electores o elegibles en las elecciones para representantes del personal <...>". De la dicción literal de la norma se evidencia que, en el contexto normativo de la LPRL, la noción de representantes del personal se utiliza en su sentido más técnico y riguroso, como equivalente a representantes elegidos por todos los componentes de la comunidad laboral (empresa o centro de trabajo) y no por una fracción de ella, delimitada por un principio de afiliación sindical.

En tercer lugar, la Disposición Transitoria 12.2 de la LPRL también corrobora esta interpretación. Conforme a lo previsto en esta norma intertemporal, los convenios colectivos que estuvieran vigentes en la fecha de entrada en vigor de la ley que regularan órganos específicos en materia de prevención de riesgos laborales podrán continuar, bajo ciertas condiciones que no hace ahora al caso reseñar, en el ejercicio de sus funciones, en sustitución de los delegados de prevención, "salvo que por el órgano de representación legal de los trabajadores se decida la designación de éstos conforme al procedimiento del artículo 35". En esquemática síntesis y en lo que ahora importa destacar, el sentido del precepto transcrito es claro: la continuidad o no de los representantes especializados, distintos de los legalmente previstos y constituidos con amparo en cláusulas convencionales, depende de la voluntad de un órgano que, sea cual fuere, ha de coincidir con aquél que tiene la facultad de designar *ex art.* 35.2 a los delegados de prevención⁴³. Ahora bien, dicho órgano -y repárese que la ley habla de órgano de representación, y no de representantes - se define como el de la "representación legal de los trabajadores", cualidad ésta que sólo la ostenta la representación unitaria. Ciertamente es que tanto la representación unitaria como la sindical son objeto de regulación legal. Pero es más cierto que aquella es la única que tiene una base legal en su constitución, dependiendo la constitución de la otra de la voluntad estatutaria de las organizaciones sindicales.

Por último y por si los argumentos anteriores no hubieran despejado definitivamente las dudas interpretativas sobre el órgano de representación que designa a los delegados de prevención, el párr. 2º del art. 35.2 resulta concluyente. En esencia, éste pasaje legal no hace otra cosa

que concretar, respecto de las empresas con un censo de trabajadores inferior a cincuenta, las previsiones que en relación con el modo de designación de los delegados de prevención (y el número de estos) establece el párr. 15 de ese mismo art. 35.2. En tales supuestos, el delegado de prevención es elegido "por y entre los Delegados de Personal".

La designación de los delegados de prevención por los representantes unitarios se configura como una regla general que la LPRL excepciona en el supuesto de hecho de no haber trabajadores con la antigüedad suficiente para ser electores o elegibles en las elecciones para representantes del personal. En ésta limitada hipótesis, que en realidad se reduce a los supuestos de hecho de empresas o centros de trabajo en las que, contando con seis o más trabajadores, no se hubieren podido celebrar elecciones por no concurrir los requisitos de ejercicio del sufragio activo o pasivo (empresas⁴⁴ de nueva creación o empresas con altas tasas de rotación), la ley autoriza a los trabajadores, constituidos en asamblea, a elegir a uno de entre ellos para que ejerza las competencias propias de los delegados de prevención, cesando en sus funciones una vez que han sido removidos los obstáculos legales para la aplicación del régimen general.

Al margen de los efectos derogatorios que ésta regla especial produce sobre el modo legalmente establecido de designación del delegado de prevención, dicha regla también excepciona o modera el principio general de vinculación entre la representación unitaria y los representantes de los trabajadores con funciones especializadas en materia de prevención de riesgos laborales. Se trata, en realidad, del único supuesto contemplado por la ley en el que delegado de prevención cuenta con un perfil orgánico, y no ya meramente funcional, autónomo y sustantivo.

Girando ahora el razonamiento hacia otras consideraciones, ya se ha comentado el carácter limitado del derecho de participación reconocido a los trabajadores, que sólo alcanza a las empresas que cuenten con un censo laboral superior a seis trabajadores. También se ha hecho notar que la ley define como cuerpo de electores y elegibles de los delegados de prevención a los representantes unitarios. De estas dos previsiones normativas no se infiere de un modo mecánico, sin embargo, que en todas aquellas empresas que superen ese umbral mínimo concurren las condiciones necesarias para que los trabajadores pueden ejercer su

⁴³ Vid. SALCEDO BELTRAN, M.C., "El concepto de representantes de los trabajadores en la elección de los delegados de prevención", en VII Congreso Nacional..., cit., pág. 9 (de su ejemplar mimeografiado)

⁴⁴ Vid. art. 69.2 ET. Vid. la acertada crítica que a la definición del supuesto de hecho hacen GONZÁLEZ ORTEGA - APARICIO TOVAR, "Comentarios a la ley...", cit. 317 y ss.

derecho de participación en los asuntos de seguridad y salud laboral a través del cauce que brinda el delegado de prevención. Ello se debe a que, como es bien sabido, en aquellas empresas o centros de trabajo que cuenten entre seis y diez trabajadores, la decisión de contar o no con delegados de personal queda remitida a la voluntad mayoritaria del personal (art. 62.1 ET). Si en este tipo de microempresas no hay delegado de personal, tampoco hay delegado de prevención (párr. 3º, art. 35.1 LPRL). La ausencia de disposiciones legales al respecto fuerzan a esta conclusión, siendo de todo punto criticable que el legislador haya mantenido en términos tan férreos el principio de correspondencia entre la existencia de la representación unitaria y la del representante especializado en materia de prevención. Esta discordancia o falta de sintonía entre las prescripciones de los arts. 34.1 LPRL y 62.1 ET puede producir, dada la estructura de nuestro tejido productivo, una merma de las garantías no tanto o no sólo participativas cuanto materiales o de efectiva protección frente a los riesgos laborales que la figura del delegado de prevención (sus competencias y facultades) aporta. Una vez más, corresponde a la negociación colectiva cubrir los huecos o vacíos dejados por el legislador. Pero de ello se hablará más adelante.

13. Como ya se ha hecho notar, el art. 35.2. de la LPRL no se limita a enunciar el modo de designación de los delegados de prevención. También define la base de constitución de los representantes con funciones específicas en materia de seguridad y salud laboral y su composición.

La base de constitución de los delegados de prevención se rige por un sencillo principio. Es éste el principio de correspondencia o correlación entre los ámbitos de organización de aquellos y de quiénes forman su cuerpo de electores y elegibles. Si el de éste es el (un) centro de trabajo (comité de empresa o delegados de personal), el centro de trabajo será igualmente la unidad en la que han de designarse los delegados de prevención. Si lo son varios centros de trabajo (comité de empresa conjunto), serán también éstos los que han de formar la estructura organizativa de actuación y funcionamiento de los citados delegados.

Este ámbito de organización de los representantes con funciones específicas, delimitado *per relationem* al ámbito de los representantes unitarios, es el relevante, a los efectos de cálculo del censo de trabajadores y, lógicamente, de determinación del número de delegados de personal con arreglo a la escala que el propio art. 35.2 contiene y que se mueve entre dos y ocho delegados. Para las empresas (o

centros de trabajo) con un censo inferior a 50 trabajadores pero superior a seis, la ley contempla un único delegado de prevención, que, en las empresas de hasta treinta trabajadores, coincide además con la persona del representante común.

El art. 35.3 formula unas reglas complementarias para computar los trabajadores temporales a efectos de fijar la dimensión de la plantilla y que no vienen a ser sino una fiel reproducción de las establecidas en el art. 72.2 ET a similares efectos, bien que en relación con los representantes comunes. Un sector de la doctrina ha criticado estas reglas, calificándolas de superfluas por entender que, dado el modo de designación de los delegados de prevención por los representantes unitarios y la coincidencia de los ámbitos de organización de unos y otros, solo en casos "excepcionales" o si la designación de aquellos primeros se realiza en una secuencia temporal distante de la elección de estos segundos, puede "tener sentido un nuevo cómputo de la plantilla"⁴⁵. La inutilidad de estas prescripciones no resulta, sin embargo, tan evidente como pudiera pensarse en una primera interpretación.

Lo primero que conviene señalar es que nos encontramos ante unas reglas que tienen, desde el punto de vista de su estructura lógico-formal, una doble y bien definida naturaleza que se oculta en razón de su ubicación sistemática. Se trata, primeramente, de reglas con una vocación de ordenación permanente, enderezadas a facilitar, cada vez y cuantas veces tenga lugar la designación de delegados de prevención, el cálculo del censo de trabajadores. Pero además de esta primera naturaleza, que comparte con las restantes previsiones de su entorno, el art. 35.3 establece unas reglas de carácter provisional (regla *una tantum*), entendiéndose por tales aquellas que regulan de forma pasajera situaciones jurídicas nuevas con el objetivo de facilitar la aplicación definitiva de la nueva ley⁴⁶. Las disposiciones del art. 35.3 no pueden reputarse superfluas, sea cual fuere la perspectiva de análisis que se acometa.

En cuanto normas provisionales (que no transitorias), las reglas del art. 35.3 de la LPRL han de ser utilizadas obligadamente, al menos, la primera vez que, en cualquier empresa del territorio nacional, se proceda a la designación de los delegados de prevención con arreglo a las previsiones que la propia ley instituye. Para calcular el número de

⁴⁵ Cfr. GONZÁLEZ ORTEGA - APARICIO TOVAR, "Comentarios a la ley...", cit. pág. 224.

⁴⁶ Vid. VIVER PI-SUNYER, C., "Disposiciones transitorias", en AA.VV., "La calidad de las leyes" Vitoria (Ed. Parlamento Vasco) 1989, págs. 256 y ss.

representantes con funciones específicas, no valdrá por tanto en esa ocasión remitirse al censo elaborado con ocasión de la celebración de las elecciones a representantes unitarios; será preciso actualizarlo conforme a lo que prevé el art. 35.3, teniendo en cuenta las oscilaciones a la baja o al alza que hubieron podido producirse.

Pero tampoco atendiendo a su naturaleza más común u ordinaria, puede afirmarse con rotundidad que la aplicación del art. 35.3 resulta excepcional. Ciertamente es que, una vez designados los primeros delegados de prevención, lo normal será que los posteriores nombramientos coincidan cronológicamente con la elección de representantes unitarios, por lo que el censo preparado para éstos puede valer para aquellos otros. Pero ésta situación de normalidad solamente es predicable en aquellos casos en los que el modelo legal de representante con funciones específicas no haya sido modificado por la negociación colectiva. Y esta no sólo ha sido habilitada para alterar el cuerpo de electores y elegibles de los delegados de prevención. También lo está, como más adelante ha de razonarse, para crear otros nuevos desvinculados de las estructuras de representación general tanto desde una perspectiva orgánica como, y es lo que aquí interesa destacar, desde sus respectivos ritmos de elección y mandato. En tales supuestos de falta de coincidencia temporal de las elecciones a representantes comunes y específicos, el art. 35.3 de la LPRL se convierte en regla de aplicación ordinaria. Lejos de resultar inútiles, estas previsiones legislativas tienen el resuelto propósito de cubrir todas las posibles hipótesis (la legal, pero también las convencionales), que no hubieran sido posibles de atender, más que con el recurso a la analogía, por el art. 72.2 ET. E indican claramente que el momento hábil para computar los trabajadores temporales - cuya movilidad es ocioso recordar, sobre todo en empresas con ciclos de actividad muy acusados - a los efectos de fijar la dimensión de la empresa es, en cualquier circunstancia, la elección de los representantes con funciones específicas.

Cuestión distinta es que a las reglas del art. 35.3 de la LPRL le puedan resultar aplicables, no por vía de la analogía sino mediante interpretaciones analógicas (argumentaciones del tipo *asimile*), los criterios hermeneúticos elaborados a propósito del art. 72.2 ET⁴⁷. En todo caso, la similitud de los contenidos de ambos preceptos no puede ni debe hacer olvidar el ámbito de imputación normativa autónomo y propio de cada uno de estos preceptos.

Cuestión estrechamente relacionada con las que ahora son objeto de consideración es la relativa a determinar la duración del mandato del representante con funciones específicas, extremo éste sobre el que la LPRL mantiene un acertado silencio. En aquellos casos en los que la figura del delegado de prevención responde al patrón legal (designación por y entre los representantes unitarios, en el ámbito de organización de éstos), va de suyo que su mandato, carente de autonomía propia y diferenciada, sigue las vicisitudes del de origen. Este criterio no resultará aplicable, sin embargo, en todas aquellas hipótesis en las que el convenio colectivo, haciendo uso de las facultades que le confiere el art. 35.4, haya procedido bien a modificar el cuerpo de electores o de elegibles (o de ambos simultáneamente) de los delegados de prevención bien a constituir estructuras de representación específicas, desvinculadas orgánicamente de las comunes. El convenio colectivo habrá de contener, entonces, cláusulas reguladoras sobre la duración del mandato.

La LPRL no contiene previsiones relativas al funcionamiento de los delegados de prevención. Pese al silencio legal, no parece discutible el carácter unipersonal de éste órgano de participación. La denominación elegida así lo sugiere. Como tampoco resulta discutible que sus funciones y facultades se ejercen mancomunadamente. Los delegados de prevención actúan de común acuerdo, bien que ha de reputarse⁴⁸ admisible la decisión por mayoría, en caso de discrepancia.

b'. El papel de la negociación colectiva

14. Ya se ha hecho notar en reiteradas ocasiones que la LPRL, al regular la figura del representante con funciones específicas, se aparta de la genérica función asignada a las normas estatales en materia de seguridad y salud laborales. En concreto y por lo pronto, el criterio de designación del delegado de prevención legalmente diseñado constituye una norma dispositiva para la negociación colectiva. Dispone, en efecto, el párr. 10 del art. 35.4 del texto legal que "en los convenios colectivos podrán establecerse otros sistemas de designación de los Delegados de Prevención, siempre que se garantice que la facultad de designación corresponde a los representantes del personal o a los trabajadores".

El precepto transcrito contiene una clara habilitación al convenio colectivo para modificar el régimen de elec-

⁴⁷ Por todos, vid. RODRÍGUEZ RAMOS, M.J. - PÉREZ BORREGO, G., "Procedimiento de elecciones a representantes de trabajadores y funcionarios", Pamplona (Ed. Aranzadi) 1995, pp. 266 Y ss.

⁴⁸ La decisión mayoritaria la exige la LPRL en alguna ocasión, como por ejemplo para la paralización de las actividades de los trabajadores expuestos a riesgos graves e inminentes (art. 21.3).

ción de los representantes con funciones específicas en materia de prevención de riesgos laborales, modificación ésta que puede alterar la integridad de los elementos constitutivos de la regla general de origen legal dentro del respeto, no obstante, de unas garantías. que han de estimarse de orden público. Por lo pronto, puede cambiar el cuerpo de electores, atribuyendo la elección a los trabajadores mayores de dieciséis años mediante un sistema de sufragio personal, directo, libre y secreto, limitadamente a quienes tengan la antigüedad de, al menos, un mes en la empresa⁴⁹ o incondicionadamente a todos. Más dudoso resultar decidir si el convenio puede establecer fórmulas de designación conjunta entre representantes del personal y los propios trabajadores (por ejemplo, elección por los trabajadores de entre una lista elaborada por los representantes) o, incluso, de repart. entre ambos (por ejemplo, asignando a cada colectivo la elección por mitades o por otra proporción del total de delegados de prevención). El empleo por el art. 35.4 de la partícula disyuntiva "o", en lugar de la copulativa "y", es un argumento que milita en contra de esta posibilidad. Pero cabe entender, y me parece la interpretación más plausible, que aquella partícula, en la economía interna del precepto, no introduce una regla de disyunción entre la elección por representantes o por trabajadores sino que su finalidad es externa; esto es, persigue definir los límites de la habilitación modificativa conferida al convenio.

El art. 35.4 no sólo autoriza a la negociación colectiva a cambiar el cuerpo de electores; también faculta para alterar el otro elemento del sistema de designación que el art. 35.2 enuncia: el cuerpo de elegibles, sin que, en tal caso, la norma legal incorpore a su articulado restricciones. Delegado de prevención podrá ser un trabajador no representante o un representante no unitario. Por el aparentemente modesto procedimiento de modificar el sistema de designación de los delegados de prevención, la negociación colectiva dispone de un ancho campo para proceder a la constitución de representantes en materia de prevención de riesgos profesionales cuyo perfil de especialización sobrepase el ámbito estrictamente funcional, alcanzando a la vertiente orgánica. En semejante hipótesis, dichos representantes tendrán la condición de delegados de prevención en plenitud de efectos; esto es, ejercerán, ostentarán y disfrutarán, como mínimo, las competencias, funciones y garantías legalmente establecidas.

15. Con mucho mayor calado, el párr. 2º del mencio-

⁴⁹ Por convenio colectivo creo que no se podrían introducir mayores plazos de antigüedad que los previstos para los representantes unitarios *ex* art. 69.2 ET.

nado pasaje legal lleva a cabo una completa dispositivización del régimen de ordenación de éste representante, habilitando a ciertos instrumentos contractuales a constituir órganos de participación a los que pueden encomendárseles las "competencias" que la ley reconoce en favor de las instancias representativas que instituye. Muchos y variados son los problemas que plantea esta autorización legal. Al estudio de los principales se dedican las observaciones que siguen.

Por lo pronto, la habilitación parece conferirse a dos diferentes instrumentos contractuales: a "la negociación colectiva", de un lado, y "a los acuerdos a que se refiere el artículo 83, apartado 3, del Estatuto de los Trabajadores", de otro. Así parece sugerirlo el empleo de la partícula "o", interpuesta entre aquella y estos. La formulación técnica elegida no ha podido ser, sin embargo, más defectuosa, ya que enuncia dos instituciones que no se encuentran en posición disyuntiva: los acuerdos *ex* art. 83.3 ET no son algo distinto, y menos opuesto, a la negociación colectiva, pues de ella nacen. De seguro, el propósito de la ley ha sido abrir la modificación del régimen legal del delegado de prevención al par convenio colectivo/ acuerdo colectivo concertado en el marco del art. 83.3 ET; Y de hacerlo en régimen de paridad. Pero por encima de las facultades que ha de reconocerse a uno y otro instrumento contractual para apartarse de la disciplina instituida por la ley, la expresa invocación por el párr. 2º de los acuerdos colectivos - que, a mi juicio, tiene un carácter declarativo y no constitutivo⁵⁰ -insinúa, más que formula, un doble principio, con el que no se persigue imponer restricciones a la autonomía colectiva sino ofrecerle pistas o criterios de orientación no normativizados.

El primero es la preferencia por la propia figura de los acuerdos, a la que probablemente se la contempla, en atención a los requisitos de legitimación requeridos por el ET, como el medio negocial más apto para organizar fórmulas de participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales distintas a las establecidas en la ley. El segundo principio afecta a la distribución de competencias entre niveles contractuales. La limitada referencia que hace el párr. 1º a los convenios colectivos, silenciado la alusión a los acuerdos, así como la pedagógica concreción que el párr. 2º hace de las facultades modificativas que se atribuyen a convenios y acuerdos son datos que,

⁵⁰ En razón de que la diferencia entre convenio y acuerdo no es, en nuestro ordenamiento, sustantiva sino de contenidos. Así he tenido oportunidad de razonado más ampliamente en el "Preámbulo" a los "Comentarios al Convenio General de la Construcción", Madrid (Fundación Anastasio de Gracia) 1993, págs. 17 y ss.

interpretados sistemáticamente, quieren dibujar, sin terminar de hacerlo, fórmulas de repart. funcional entre niveles de negociación en los espacios dispositivizados por la ley. Mientras que la modificación de los modos de designación de los delegados de prevención parece labor más apropiada de niveles descentralizados (empresa o sector territorial provincial), la alteración de los elementos más estructurales del modelo legal es tarea más apta para los niveles centralizados (acuerdos o convenios estatales o de Comunidad Autónoma).

Enormemente amplio es el contenido de la habilitación, que ya no se limita, como hace el enunciado normativo del párr. 1º, a un aspecto parcial de la regulación heterónoma de los representantes con funciones específicas en materia de prevención de riesgos laborales; antes al contrario, alcanza a la regulación en su conjunto, incluidos los elementos estructurales o definidores del modelo legal, a los que ya nos hemos referido. Con una mera finalidad orientativa, la ley ha procedido a especificar que los órganos de representación en materia preventiva creados por la negociación colectiva podrán asumir, en los términos que se pacten, "competencias generales respecto del conjunto de los centros de trabajo incluidos en el ámbito de aplicación del convenio o del acuerdo, en orden a fomentar el mejor cumplimiento en los mismos de la normativa sobre prevención de riesgos laborales". Como ya ha sido advertido por los primeros comentaristas de la ley, con semejante concreción la ley está expresamente reconociendo la posibilidad de constituir estructuras de representación de carácter supraempresarial⁵¹ con las que poder cubrir la ausencia de representantes con funciones específicas en las empresas de pequeñas dimensiones (de censo inferior a seis). A la negociación colectiva se la habilita, en suma, para romper las propias barreras del derecho a la participación establecidas por la ley mediante la creación de figuras al estilo de los delegados territoriales de prevención.

Dos últimas cuestiones quedan aún por despejar. La primera es la relativa a discernir si los órganos de representación en materia de seguridad y salud laboral de extracción convencional se encuentran o no equiparados a todos los efectos, desde la propia LPRL, a los delegados de prevención constituidos con arreglo al modelo legal. En una primera impresión y a tenor de la dicción del párr. 2º del art. 35.4, pudiera acaso entenderse que dicha equiparación tiene un carácter limitado a las "competencias", esti-

mando estrictamente como tales las que la propia LPRL enuncia en el art. 36.1. Sin perjuicio de lo que se dirá de inmediato, no me parece ésta la interpretación dotada de mayor consistencia jurídica. Las competencias, facultades y garantías legalmente previstas se atribuyen genéricamente y sin distinción alguna a los delegados de prevención (arts. 36.1, 36.2 y 37) y ésta condición la ostentan, de manera indiferenciada en atención a su fuente constitutiva, tanto los órganos *ad hoc* que hubieren podido implantarse por la negociación colectiva como los representantes unitarios con funciones específicas en materia de prevención de riesgos. La excepción a esta regla general se establece respecto de los órganos a los que un convenio o acuerdo colectivo les haya asignado "competencias generales" en el ámbito supraempresarial. En tal caso, las funciones, los poderes y las garantías serán las previstas en la norma colectiva; todas ellas se ejercerán y disfrutarán "en los términos y conforme a las modalidades que se acuerden".

Mayores dificultades - y se trata de la segunda de las cuestiones a examen - comporta el decidir si la regulación convencional sobre delegados de prevención que altera el modelo legal tiene o no la naturaleza de "bases mínimas de seguridad e higiene" a los efectos de lo prevenido en el párr. 3º del art. 84 ET. Aún cuando como ya se ha hecho notar la LPRL no ofrece pauta alguna para descifrar tan enigmática expresión, me inclino por una respuesta negativa salvo, acaso, en las hipótesis en las que el convenio o el acuerdo colectivo hubieron decidido atribuir al órgano de representación creado unas competencias generales que sobrepasan el ámbito supraempresarial. La ordenación llevada a cabo por el convenio o acuerdo anterior superior cumple aquí las condiciones materiales que pueden justificar la moderación al principio general de descentralización contractual.

16. Hasta el presente se ha venido reflexionando sobre la incidencia de la negociación colectiva en el modelo legal de delegados de prevención. Ahora conviene reflexionar sobre los efectos de la LPRL sobre los órganos de representación en materia de prevención de riesgos laborales introducidos por los convenios colectivos que estuvieren vigentes en la fecha de su entrada en vigor.

El problema apenas apuntado, de carácter típicamente intertemporal, viene resuelto por la Disp. Transitoria 12.2 de la ley 31/1995, que ha optado por una solución que ha de calificarse como equilibrada respecto de los intereses en presencia: de un lado, el respeto a la autonomía negocial; de otro, la afirmación del carácter mínimo de las competencias, funciones y garantías que la propia ley confiere a los delegados de prevención. El resultado de la conjunta

⁵¹ Vid. SALA FRANCO - ARNAU NAVARRO, "Comentarios a la ley..", cit. pág. 142 Y GONZÁLEZ ORTEGA - APARICIO TOVAR, "Comentarios a la ley..", cit. pág. 227.

valoración de estos intereses no puede haber sido más acertado. La regla general es la del mantenimiento de los órganos de representación de origen convencional, siempre que sus competencias, funciones y garantías respeten el contenido mínimo establecido en los arts. 36 y 37 de la ley, y a los que luego nos hemos de referir. No obstante ello, se confiere a los representantes unitarios la facultad de suprimidos y configurar otros nuevos con arreglo al sistema legal.

b. Competencias y facultades

17. En otro lugar del presente estudio, ya se ha hecho notar que el principio de especialización funcional, que actúa como eje de la política legislativa que informa el derecho de participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales, no se ha llevado por la LPRL hasta sus últimas consecuencias. En nuestro ordenamiento jurídico, tanto los representantes comunes como los representantes con funciones específicas tienen atribuidas funciones en el campo de la seguridad y salud laborales. Sin embargo y como también se ha hecho notar, las actuaciones de unos y otros responden más a un principio de división funcional que de concurrencia funcional.

Aún cuando la LPRL no termina de dibujar con nitidez las relaciones entre ambos órganos de representación, sí ofrece suficientes pistas para intentar una reconstrucción teórica de las bases sobre las que se asienta el enunciado principio de división funcional.

Por lo pronto, se aprecia un designio del legislador de mantener a los delegados de prevención al abrigo de posiciones de conflicto o, lo que es igual, una voluntad de ubicados en zonas más propias de la colaboración que de la confrontación con el empresario. De ahí, que las funciones más propiamente reivindicativas en asuntos de prevención de riesgos, como son la negociación colectiva y el ejercicio de quejas y acciones, se mantengan como privativas de los representantes comunes, asignándose a los representantes específicos aquellas otras funciones de naturaleza cooperativa.

Pero en segundo lugar y como claro reflejo del propósito legislativo de no alterar el *statu quo* entre las representaciones comunes unitarias y las sindicales, las funciones cooperativas reconocidas a los delegados de prevención son sólo las nuevas que la propia LPRL instituye y no las que otras normas hubieran podido conferir a aquellas representaciones comunes. Dicho en otras palabras, la ley 31/1995 no ha operado una subrogación o transferencia de anteriores competencias y funciones estrictamente partici-

pativas en favor de los delegados de prevención.

Este principio de división funcional tampoco se ha llevado a sus últimas consecuencias, pues en ocasiones se confiere una misma competencia a los representantes tanto comunes como específicos, que entran así en situación de concurrencia. Con todo, dicha situación no tiene idéntica significación en todas las hipótesis que cabe imaginar: es más aparente que real cuando en una misma persona coinciden ambas representaciones (modelo legal) y, por el contrario, es más efectiva que ficticia en aquellos supuestos de desvinculación del órgano de participación con funciones específicas de las estructuras representativas de carácter unitario (modelo convencional). Como de inmediato se dirá, éste régimen concurrencial se produce en relación con la función relativa a la vigilancia y control sobre el cumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales. Por este lado, el citado principio de división funcional, al estilo del de especialización, termina actuando más como una tendencia que como una regla rigidamente normativizada.

18. Apartándose del esquema unitario formulado en el art. 64 ET, el art. 36 de la LPRL adopta una estructura dual, diferenciando entre "competencias" y "facultades". Aquellas delimitan el marco funcional de actuación de los delegados de prevención; éstas segundas, de naturaleza instrumental, definen los poderes que se ponen a disposición de los delegados para el ejercicio de sus funciones. En todo caso, el cuadro legal de competencias y facultades tiene carácter mínimo⁵² mejorable *pro futuro* través de la negociación colectiva.

El listado de competencias viene enunciado, como probablemente no podía ser de otro modo, en términos de amplitud. y también refleja la ya comentada voluntad del legislador de configurar el derecho de participación como un instrumento de cooperación al servicio de la protección de la seguridad y salud de los trabajadores en el ámbito de la empresa. A esta orientación responden las competencias consistentes en "colaborar con la dirección de la empresa en la mejora de la acción preventiva" (36.1.a.), "promover y fomentar la cooperación de los trabajadores en la ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales" (art. 36.1.b.) y "ser consultados por el empresario, con carácter previo a su ejecución, acerca de las decisiones a

⁵² *Pro pasado*, la Disposición Transitoria 12.1 LPRL señala que las competencias, facultades y garantías de los delegados de prevención recogidas en sus arts. 36 y 37 "se entenderán sin perjuicio del respeto a las condiciones más favorables para el ejercicio de los derechos de información, consulta y participación" previstas en los convenios colectivos "vigentes en la fecha de su entrada en vigor".

que se refiere el artículo 33" de la propia LPRL (art. 36.1.c).

En el borde o, incluso, extramuros de las funciones más propiamente participativas, se ubica la competencia consistente en "ejercer una labor de vigilancia y control sobre el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales" (art. 36.1.d.). Dos importantes precisiones han de realizarse en relación con dicha competencia. Por lo pronto, la misma, como ya se ha anticipado, quiebra o modera el principio de división funcional que regula las relaciones entre representantes unitarios y específicos en materia de seguridad y salud laboral, pues reitera, bien que concretando, la que con carácter omnicomprendivo atribuye el art. 64.9.a. ET a los comités de empresa y delegados de personal. Por otra parte, por "normativa de prevención de riesgos laborales" ha de entenderse, conforme dispone el art. 12 de la LPRL, la constituida no sólo por la propia ley y sus normas de desarrollo o complementarias sino, más ampliamente, por "cuantas otras normas, legales o convencionales, contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito". Por lo demás, en la expresión "normas legales" han de incluirse tanto las de derecho interno como las de derecho comunitario, de directa aplicación.

Las competencias que se acaban de mencionar forman el capítulo de funciones comunes y mínimas atribuidas a todos los delegados de prevención. A ellas han de añadirse, en las empresas que no cuenten con Comité de Seguridad y Salud, por no alcanzar el número mínimo de trabajadores, las que legalmente se reconocen a éste otro órgano de participación colegiada y paritario. En tales hipótesis, los mencionados delegados actúan como único cauce a través del cual se canaliza el derecho de los trabajadores a participar en la empresa en los asuntos relativos a la prevención de riesgos laborales (art. 34.1) y, por consiguiente, acumulan la totalidad de las funciones en esta materia.

19. A diferencia de la genericidad con la que la LPRL menciona las competencias de los delegados de prevención, las facultades o poderes de que éstos disponen para el desempeño de sus funciones se enuncian por el art. 36.2 con un notable grado de concreción. Pese a que éste precepto contiene el núcleo duro de los derechos atribuidos a los representantes específicos, la relación no es exhaustiva. A las facultades allí mencionadas, han de adicionarse las que se recogen en otros pasajes legales.

No obstante su variedad, el conjunto de derechos, entendiendo por tales los sistemáticos y los extrasistemáticos, puede ser agrupado a efectos de claridad expositiva en

cuatro grandes apartados: informativos; de propuesta; de comunicación y actuación y de decisión.

a) Forman parte del primer grupo, las facultades contenidas en los apars. b), c) y d) del art. 36.2 LPRL. Por lo pronto, los delegados de prevención tienen derecho a acceder "a la información y documentación relativa a las condiciones de trabajo que sean necesarias para el ejercicio de sus funciones" (apar. b.). La norma alude expresamente a la información a la que se refiere el art. 18, que ya ha sido objeto de estudio, y a la documentación descrita en el art. 23. Pero el contenido de este derecho no se circunscribe a una y otra, comprendiendo cuantos hechos y noticias y cuantos documentos afecten a las materias de seguridad y salud en el trabajo, siempre que concurra un doble requisito, que definen los límites materiales del ejercicio de la facultad misma. El primero, de carácter interno, consiste en que el acceso a la información y documentación resulte obligado para poder ejercer la función consultiva, la tarea de control de las normas de prevención o, más en general, cualquiera de las competencias propias de los representantes específicos. El segundo, de carácter externo, deja extramuros de éste derecho los datos relativos a "la vigilancia de la salud de los trabajadores", de acceso reservado al personal médico y a las autoridades sanitarias y en relación a los cuales la información que pueden obtener tanto el empresario como los representantes se ciñe a las conclusiones que se deriven respecto de "la aptitud de trabajador para el desempeño del puesto de trabajo" (art. 22.4). Este límite, en realidad, constituye una garantía del derecho a la intimidad del trabajador.

En este mismo grupo de facultades, entra el derecho que asiste a los delegados de prevención a ser informados "por el empresario sobre los daños producidos en la salud de los trabajadores una vez que aquél hubiere tenido conocimiento de ellos" (apar. c). Por daño ha de entenderse, tal y como prescribe el art. 4.3° LPRL, toda enfermedad, patología o lesión, sufrida con motivo u ocasión del trabajo. Por consiguiente, la información no sólo obliga al empresario a comunicar la producción de un accidente laboral sino, además, la manifestación de una enfermedad profesional, comunicación ésta, de otro lado, que ha de ser suministrada tan pronto como llegue a conocimiento del empresario. La inmediatez en facilitar la información se erige en elemento esencial para enjuiciar el cumplimiento del deber de informar; máxime si se tiene en cuenta que dicha información puede resultar instrumental para el eficaz ejercicio de las funciones encomendadas, tales como la vigilancia de la normativa en materia de prevención de riesgos o la consulta sobre la organización de las actividades de protección de la salud. De ahí, 'la facultad atribuida al representante de

presentarse, aún fuera de su jornada laboral, "en el lugar de los hechos para conocer las circunstancias de los mismos".

El capítulo de derechos informativos alcanza, finalmente, a los datos obtenidos por el empresario procedentes, de un lado, "de las personas u órganos encargados de las actividades de protección y prevención en la empresa"; esto es, de los servicios de prevención, al margen de su naturaleza interna o externa. De otro, "de los organismos competentes para la seguridad y la salud de los trabajadores" (apar. d), con independencia de la que pueden haber allegado directamente los representantes específicos de la Inspección de Trabajo en virtud de lo prevenido en el art. 40.3 de la propia ley 31/1995.

En la segunda categoría de facultades, cabe agrupar aquellas que confieren a los delegados de prevención un derecho de propuesta dirigido, primeramente, al empresario o al Comité de Seguridad y Salud a fin de que por aquél se adopten y por éste otro se discutan las medidas de carácter preventivo" y para la mejora de los niveles de protección de la seguridad y salud de los trabajadores" (apar. f). Pero el derecho de propuesta también puede tener como destinatario a los representantes unitarios con vistas a que por éstos se acuerde, conforme a lo prevenido en el art. 21.3, la paralización de las actividades de los trabajadores afectados por un riesgo grave e inminente (apar. g).

c) Dos son los derechos que entran en el capítulo de lo que se ha denominado facultades de comunicación y actuación. El primero se sustancia en el poder de acompañar a los técnicos encargados de efectuar las evaluaciones de carácter preventivo del medio ambiente del trabajo así como a la Inspectores de Trabajo y Seguridad Social en las visitas que éstos realicen al centro de trabajo, a los que pueden formular las observaciones que estimen pertinentes (apar. a). Es éste un derecho que no puede ser desconocido por el empresario, pero que, en relación con las actuaciones inspectoras, puede ser moderado por éstos funcionarios cuando, a su juicio, la comunicación con los representantes pudiera perjudicar "el éxito de sus funciones" (art. 40.21, *in fine*). El segundo de los derechos, de contenido claramente instrumental para el ejercicio de las labores de vigilancia del cumplimiento de la normativa en materia de prevención y de control del estado de las condiciones de trabajo, consiste en realizar visitas a los lugares de trabajo, accediendo a "cualquier zona de los mismos" y comunicándose con los trabajadores "durante la jornada, de manera que no se altere el normal desarrollo del proceso productivo" (apar. e).

d) Por último, los delegados de prevención están facultados para acordar la paralización de las actividades de

los trabajadores expuestos aun riesgo grave e inminente siempre que "no resulte posible reunir con la urgencia requerida al órgano de representación del personal" (párr. 2º, art.21.3). Se trata de una facultad excepcional, cuya adopción ha de tomarse, además⁵³ por decisión mayoritaria de los delegados de prevención".

c. Garantías y deberes

20. Uno de los aspectos más relevantes de cuantos afectan al ejercicio de lo que, en términos deliberadamente amplios, cabe denominar como funciones de participación y representación en la empresa es el relativo a la protección de quienes las desempeñan: esto es, la tutela establecida a fin de posibilitar de manera efectiva y real el desarrollo de dichas funciones. A ello es a lo que la LPRL, siguiendo la ya acuñada fórmula de síntesis del ET y en ejecución de lo prevenido en el art. 11.5 de la Directiva Marco, se refiere bajo la rúbrica de "garantías".

El principio general del que parte la ley 31/1995 tiene, al menos en su apariencia, una factura jurídica impecable. "En su condición de representantes de los trabajadores", a los delegados de prevención les resulta de aplicación el conjunto de garantías contenidas en el art. 68 ET, reconocidas directamente en favor de los representantes unitarios y *per relationem* a los delegados sindicales (art. 10.3 LOLS)⁵⁴. A estas alturas de nuestro estudio, resulta ocioso señalar, sin embargo, que éste precepto no opera o, mejor todavía, no siempre opera una equiparación de garantías entre delegados de prevención y representantes comunes. No ocurre ello, desde luego, en lo que hemos venido en denominar el modelo legal de delegado de prevención. En ésta hipótesis, el representante con funciones específicas ya es titular, a todos los efectos, de las garantías del art. 68 ET, pues a la condición de delegado de prevención antecede y se superpone la de miembro del comité de empresa o delegado de personal. O enunciada la idea desde otra perspectiva, la comentada equiparación tan sólo produce eficacia constitutiva en aquellos supuestos en los que la negociación colectiva, haciendo uso de las facultades dispositivas que le confiere la ley, haya procedido a desvincular

⁵³ En las empresas en las que hay sólo 2 delegados de prevención, el acuerdo ha de adoptarse, en realidad, por unanimidad.

⁵⁴ Aún cuando el art. 37.1 se remita, al enunciar las garantías de los delegados de prevención, al art. 68 ET, no me parece dudoso que los representantes con funciones específicas también disfrutaran de aquellas otras garantías que el ET recoge extramuros de ese precepto, como por ejemplo la contenida en el art. 40.5 relativa a la prioridad de permanencia en los casos de movilidad geográfica.

ambas representaciones. En el bien entendido que la equiparación, entonces, se produce por mandato legal. Sea cual fuere la fuente de constitución del delegado de prevención, el art. 37 tiene el carácter de norma de derecho necesario relativo.

No son éstos momento ni lugar adecuados para entrar a analizar, ni tan siquiera superficialmente, el contenido de todas y cada una de las garantías de los representantes del personal que consagra el art. 68 ET. ss A los limitados efectos que aquí interesa, bastará con detenerse en las prescripciones que la LPRL enuncia sobre el disfrute de la concreta garantía consistente en el crédito horario por parte de los delegados de prevención en quienes coincida la cualidad de representante unitario. En éstas hipótesis, la regla general es la no duplicación del crédito horario. Tal es el terminante sentido del párr. 2º del art. 37.1, que imputa "el tiempo utilizado por los Delegados de Prevención para el desempeño" de sus funciones específicas al crédito horario que les corresponde en virtud del mandato representativo antecedente.

Esta solución, cuya lógica interna responde a un criterio de economía en el uso del crédito horario, suscita dudas de ajuste con respecto a las previsiones de la Directiva Marco, cuyo art. 11.5 parece formular un mandato de aplicación directa⁵⁵. Pero aún cuando fuera distinta la interpretación de la norma comunitaria, el criterio legal no favorece o promueve o puede no favorecer o promover, sobre todo en empresas de grandes dimensiones o cuyas actividades, procesos, operaciones, equipos o productos sean "potencialmente peligrosos" en el sentido que a ésta expresión da el art. 4.5º, el deseable equilibrio en la dedicación del delegado de prevención entre sus funciones específicas en materia de seguridad y salud de los trabajadores y sus funciones de representación general.

La regla que se viene de comentar tiene un carácter general que la LPRL modera o cede en una serie de casos, en los que el tiempo dedicado a prevención de riesgos no es imputable al crédito horario. Tales supuestos corresponden al tiempo dedicado a: las reuniones del Comité de Seguridad y Salud (art. 37.1); a cualesquiera otras reuniones convocadas por el empresario y que tengan relación con la seguridad y salud de los trabajadores (art. 37.1); formación (art. 37.2); a presentarse en los lugares donde se

han producido daños a la salud de los trabajadores (art. 37.1, en conexión con el art. 36.2.c) y a acompañar a los especialistas en evaluaciones del medio ambiente de trabajo y a los Inspectores de Trabajo en sus visitas y verificaciones para comprobar el cumplimiento de la normativa sobre prevención (art. 37.2 en conexión con el art. 36.2.a.).

21. Al margen del cuadro de garantías que al delegado de prevención se le reconoce por su condición de representante, la LPRL incluye, en el precepto dedicado a regular este aspecto, una garantía adicional y autónoma, directamente vinculada con las funciones específicas y que se justifica en razón de la complejidad técnica de los asuntos relativos a la seguridad y salud de los trabajadores. Se trata de lo que la Directiva Marco denomina "derecho a una formación adecuada" (art. 12.3) y cuyo régimen jurídico se contiene en el art. 37.2 de la ley de transposición.

Por lo pronto, sujeto obligado a proporcionar la formación a los delegados de prevención es el empresario, bien mediante el sistema de concierto con organismos o entidades especializadas bien por sus propios medios. La formación, que lógicamente ha de versar sobre "la materia preventiva", ha de ser la necesaria "para el ejercicio de sus funciones". Las competencias se convierten, así, en el módulo de evaluación del contenido de la formación impartida, que ha de adaptarse, por otra parte, "a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos". Por este lado, el legislador configura la formación como un derecho deber continuo, que no se satisface en un sólo acto sino mediante una sucesión de actos. Así lo indica de modo rotundo la ley, cuando señala que la formación habrá de repetirse "periódicamente, si fuera necesario". Y lo será cada vez y cuantas veces cambien las actividades, procesos, equipos o productos y se introduzcan nuevas tecnologías. Por lo demás y como ya se ha señalado, el tiempo dedicado a la formación tiene la consideración legal de "tiempo de trabajo a todos los efectos", estando expresamente vedada toda fórmula a través de la cual se desplace, en todo o en parte, el coste formativo a la esfera del representante.

22. La equiparación que lleva a cabo la LPRL entre representantes con funciones específicas y representantes comunes no se detiene en el ámbito de las garantías. El art. 37.3 de ese texto legal también la extiende al deber de sigilo profesional que el art. 65.2 ET impone a los miembros de los comités de empresa y delegados de personal respecto de "las informaciones a que tuviesen acceso (los delegados de prevención) como consecuencia de su actuación en la empresa".

Dada la amplitud de su formulación, pudiera pensarse

⁵⁵ Para un examen de conjunto, vid. TUDELA CAMBRONERO, G., "Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa" 2ª ed., Madrid (Tecnos) 1991.

⁵⁶ Así lo entienden GONZÁLEZ ORTEGA - APARICIO TOVAR, "Comentarios a la ley...", cito págs. 241 y ss.

en una primera impresión que la presente obligación de guardar secreto comprende todo el caudal informativo conocido por los delegados de prevención en asuntos relativos a la seguridad y salud laboral; esto es, el conjunto de hechos, noticias o datos transmitidos u obtenidos de forma oral o suministrados mediante cualquier tipo de soporte documental en materia de prevención de riesgos laborales que afecte a la empresa. Semejante interpretación, sin embargo, ha de ser descartada de inmediato y, en su lugar, ha de mantenerse otra, que no ha de ser calificada como más flexible sino, sencillamente, como más adecuada o ajustada a la naturaleza de los datos que los delegados de prevención llegan a conocer en el ejercicio de sus funciones.

A la indiferenciada o indiscriminada inclusión de todo tipo de información en el ámbito del deber de sigilo se opone, por lo pronto, el régimen de titularidad de los derechos de información que la propia LPRL instituye. Como ya se ha hecho notar en otro lugar del presente estudio, las potestades informativas no pertenecen o, mejor aún, no sólo pertenecen a los delegados de prevención; también corresponden a los trabajadores.

Así lo dispone terminantemente, para las informaciones que menciona, el art. 18.1 del texto legal. Más aún, éste precepto, reiterando lo ya enunciado en el art. 14.1, no se limita a configurar el derecho de información como un derecho de titularidad individual al decir que "el empresario adoptará las medidas adecuadas para que los trabajadores reciban las informaciones necesarias en relación con" los aspectos que indica. Igualmente declara que, en las empresas que cuenten con representantes, las anteriores informaciones "se facilitarán por el empresario a los trabajadores a través de dichos representantes"; previsión normativa ésta que, constituye un expreso reconocimiento de que los destinatarios últimos de ese conjunto de datos siguen siendo los trabajadores individualmente considerados, como no podía ser de otro modo pues el conocimiento de tales datos sirve al cumplimiento, por parte del empresario, de su deuda de protección. Desde el momento en que no pertenece a la libertad de los representantes transmitir o no a sus representados las informaciones recibidas por el empresario *ex art. 18.1 LPRL*, el deber de sigilo no puede invocarse para moderar o restringir la comunicación descendente de este tipo de informaciones.

Por otra parte, al deber de sigilo sobre las informaciones en materia de prevención de riesgos laborales le resultan aplicables, adicionalmente, los límites generales predicables del deber de sigilo derivado del ejercicio de las funciones representativas. Para que éste opere, es condición necesaria una declaración de confidencialidad por

parte del empresario. Pero no basta con requerir del empresario la confirmación del carácter reservado de la información suministrada; es preciso que se trate "de una información objetivamente reservada", entendiéndose por tal aquella cuya divulgación puede ocasionar daños para la empresa⁵⁷

8. EL COMITÉ DE SEGURIDAD Y SALUD

23. Al igual que los representantes específicos, el Comité de Seguridad y Salud (CSS) se configura como el segundo órgano a través del cual se "canaliza" el derecho de los trabajadores a la participación en los asuntos relativos a la prevención de riesgos laborales. La común pertenencia de unos y otros al área del derecho de participación constituye, de seguro, el más importante de los elementos que comparten ambas instancias representativas que se diferencian, entre otros aspectos de tono menor, en su estructura, composición, competencias y funciones.

El art. 38.1 de la LPRL define al CSS como el "órgano paritario y colegiado de participación destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos". Pese a su carácter descriptivo, es ésta una noción que pretende condensar, aún cuando no acierte en el empeño, los rasgos orgánicos y funcionales del CSS, al que la Exposición de Motivos de la ley reconoce heredero de "la experiencia de actuación de una figura arraigada y tradicional de nuestro ordenamiento laboral". Bajo la solemnidad de la fórmula empleada, el legislador se está refiriendo, con toda evidencia, al viejo Comité de Seguridad e Higiene en el Trabajo creado en 1944 y recogido luego por la parcialmente derogada Ordenanza homónima.

El CSS no es un órgano de pura representación de los trabajadores; se trata, antes al contrario, de un órgano de estructura mixta, en el que toman asiento, como miembros de pleno derecho, representantes de los trabajadores y del empresario. Órgano mixto, el Comité es además una institución paritaria. Probablemente guiado por el designio de realzar los rasgos cooperativos del derecho de participación que el CSS encarna, el legislador ha optado por dotar al Comité de la manifestación más estricta y externa del paritarismo; esto es, la que alude a su vertiente orgánica y no solamente decisional. El CSS es paritario no por cuanto el voto de cada representación tiene igual valor sino por estar compuesto a partes iguales por representantes de los trabajadores y del empresario. Así lo dispone terminantemente el párr. 2º del art. 38.2 de la LPRL, del que se infiere

⁵⁷ Cfr. GARRIDO PÉREZ, E., "La información en la empresa", Madrid (CES) 1995, págs. 352 y ss; la frase entrecomillada, en pág. 353.

re que el número total de componentes del Comité dependerá del número de delegados de prevención, todos los cuales tienen la condición de miembros de pleno derecho.

Los delegados de prevención y el empresario o sus representantes, en número igual al de aquellos, forman el núcleo duro del CSS. Pero a sus reuniones pueden asistir, con voz pero sin votos, otras personas. En primer lugar, los Delegados Sindicales, cuya presencia en el Comité no podía ser orillada en virtud de lo previsto en el art. 10.3.25 de la LOLS. En segundo lugar, los responsables técnicos de la prevención en la empresa, es decir, los miembros del servicio interno de prevención siempre y cuando no forman parte ya del Comité como miembros de pleno derecho por su condición de representantes del empresario o de delegados de prevención. Finalmente, también pueden participar en las discusiones del Comité aquellos trabajadores de la empresa que cuenten con una especial cualificación o información respecto de las cuestiones que se debatan así como "técnicos en prevención ajenos a la empresa" si fuere solicitada su presencia por alguna de las representaciones estables o permanentes del propio Comité.

En otro orden de consideraciones, la LPRL atribuye al CSS la competencia de dictar su reglamento de funcionamiento, limitándose a señalar la periodicidad trimestral de sus reuniones, bien que condicionadamente a "que lo solicite alguna de las representaciones en el mismo" (art. 38.3). Nada dice la ley sobre el modo de adopción de acuerdos, aspecto éste que queda abierto a variadas hipótesis. Cabe, primeramente, que el Comité tome sus decisiones por mayoría de sus miembros; pero también cabe que la mayoría se predique de los componentes de cada una de las representaciones estables. En éste supuesto, el voto habrá de ser *per capita*, sin que, en modo alguno, puedan aplicarse fórmulas de proporcionalidad en atención a la corriente sindical de cada delegado de prevención que ostente, al tiempo, la condición de representante unitario. La naturaleza participativa y de especialización del CSS pugna con ésta fórmula de ponderación del voto del "banco" social.

24. Al estilo de lo que ocurre con los delegados de prevención, tampoco el derecho a la participación a través del CSS es un derecho abierto a los trabajadores de todas las empresas sino limitado a ciertas de entre ellas. En concreto, el art. 38.2 ordena la constitución de comités de esta naturaleza "en todas las empresas o centros de trabajo con más de 50 trabajadores".

El ámbito de organización del CSS coincide, en virtud de lo previsto en el precepto transcrito, con el propio de los delegados de prevención. Y ambos son plenamente coincidentes, como no podía ser de otro modo a la vista de las

opciones que han informado el modelo legal de participación, con la base de constitución de los órganos de representación unitaria: la empresa o el centro de trabajo, caso del comité de empresa, o varios centros de trabajo, caso del comité de empresa conjunto. La alineación organizativa del CSS y del órgano colegiado de la representación unitaria llega a tal extremo que la LPRL contempla una figura semejante a la del Comité Intercentros del art. 63.3 ET. En este sentido, la ley establece que las empresas "que cuenten con varios centros de trabajo dotados de Comité de Seguridad y Salud podrán acordar con sus trabajadores la creación de un Comité Intercentros, con las funciones que el acuerdo le atribuya" (párr. 2º, art. 38.3).

De entre los numerosos interrogantes que plantea la figura de éste Comité de segundo grado, la LPRL tan sólo ha querido resolver uno muy concreto, cual es el relativo a sus competencias: serán las que expresamente se acuerden. Nada dice la norma acerca de su composición o de su funcionamiento; e, incluso, no se precisa si las funciones encomendadas han de tener - y tal parece la tesis más plausible o no un - ámbito que comprenda a toda la empresa. Corresponde pues al acuerdo llenar de contenido sustantivo y adjetivo al Comité Intercentros, sin que a mi juicio pueda invocarse una mimética aplicación de las reglas normativas que rigen el otro Comité Intercentros o de los criterios de interpretación que se han elaborado al respecto. Así y por ilustrar la idea con un ejemplo, la previsión del art. 63.3 ET según la cual en la constitución del comité que regula se ha de "guardar la proporcionalidad de los sindicatos según los resultados electorales considerados globalmente" no conviene al comité de la LPRL, cuyo perfil representativo, acusado en aquél, cede en beneficio de un componente más participativo y especializado.

Tal vez el punto más problemático sobre la constitución de este Comité de Comités de Seguridad y Salud es el relativo a determinar cuál es el instrumento contractual de constitución. A diferencia de la precisión empleada por el art. 63.3 ET, que reserva la constitución al convenio colectivo -"sólo por convenio colectivo", comienza rezando ese pasaje- estatutario el art. 38.3 de la LPRL utiliza el poco expresivo término de "acuerdo", que además ha de concertarse con los trabajadores.

Desde luego, la naturaleza no colectiva del "acuerdo" es una conclusión que ha de descartarse de manera rotunda. Sea cual fuere el instrumento de creación, el mismo ha de suscribirse no con una inorgánica representación de los trabajadores sino con sus representantes, unitarios o sindicales. Más dudoso resulta afirmar que la ley ha querido reservar al convenio colectivo y no al acuerdo de empresa

la decisión de constituir éste Comité; antes al contrario, más bien parece que ambas posibilidades son conformes a la ley. La literalidad de la norma así lo confirma.

25. Manteniendo el esquema formal legalmente establecido para delimitar las funciones y derechos de los delegados de prevención, el art. 38 vuelve a diferenciar, al regular este mismo aspecto en el ámbito del CSS, entre competencias y facultades.

En cuanto a las primeras, al CSS corresponde, primeramente, "participar en la elaboración puesta en práctica y evaluación de los planes y programas de prevención de riesgos en la empresa". Es ésta una fórmula amplia, que en realidad engloba el conjunto de proyectos a través de los cuales el empresario cumple los distintos aspectos de su compleja deuda de seguridad o, por decido en los términos legales, "su deber general de protección". En relación no exhaustiva, entran en la dicción legal los planes relativos a la evaluación inicial de los riesgos y su actualización, a la formación de los trabajadores, a la adopción de medidas en casos de emergencia, a la introducción de nuevas tecnologías o a la organización del trabajo. Y también le compete, en segundo lugar, "promover iniciativas sobre métodos y procedimientos para la efectiva prevención de los riesgos, proponiendo a la empresa la mejora de las condiciones o la corrección de las deficiencias existentes".

y a se ha señalado que la LPRL define al CSS como órgano colegiado de participación "destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos". Un cotejo entre esta

noción y las competencias asignadas manifiesta una resuelta voluntad del legislador de convertir al CSS, al menos *avant la lettre*, en un órgano encargado del asesoramiento al empresario en los asuntos relativos a la seguridad y salud laboral; esto es, de emitir, previo debate, opiniones y pareceres así como de formular propuestas y sugerencias, dirigidas a la consecución de una efectiva y real protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales.

En el ejercicio de sus funciones consultivas, el CSS se configura como un órgano no de control externo al procedimiento de elaboración de los planes y proyectos sobre los que formula dictamen sino de control interno, cuya intervención queda incorporada al proceso de adopción de la correspondiente decisión empresarial. En razón de ello, entiendo que la omisión del trámite de consulta constituye una irregularidad jurídica que afecta a la eficacia de la decisión misma.

Para el desempeño de estas competencias, el art. 38.2 confiere al CSS hasta cuatro distintas facultades, todas las cuales tienen un claro denominador común: la puesta a disposición por el empresario, para su conocimiento, de hechos, datos, informes o documentos. En tal sentido, el CSS ha de conocer "la situación relativa a la prevención de riesgos en el centro de trabajo" (apar. a), la documentación sobre el estado de las condiciones de trabajo y sobre la actividad del servicio de prevención (apar. b), los daños producidos en la salud de los trabajadores (apar. c) y, en fin, la memoria y la programación anual de servicios de prevención (apar. d).

RESPONSABILIDADES EMPRESARIALES EN MATERIA DE SALUD LABORAL

Joaquín García Murcia

Catedrático de Derecho del Trabajo Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: 1. La responsabilidad empresarial entre los mecanismos de refuerzo de la seguridad y salud en el trabajo.- 2. Responsabilidades del empresario y responsabilidades del trabajador.- 3. Los diversos tipos de responsabilidad empresarial y sus distintas fuentes de regulación.- II. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA: ALCANCE Y CARACTERÍSTICAS ESENCIALES: 1. Regulación básica y normativa supletoria.- 2. Las infracciones administrativas: concepto y graduación.- 3. Tipificación legal de las infracciones administrativas.- 4. Sanciones: graduación y contenido.- 5. Procedimiento de imposición de sanciones.- III. OTROS TIPOS DE RESPONSABILIDAD: 1. Responsabilidad civil o patrimonial.- 2. Responsabilidad penal.- 3. Responsabilidades de seguridad social.- IV. OTROS ASPECTOS DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL: 1. Concurrencia y articulación de responsabilidades.- 2. Supuestos de concurrencia y pluralidad de empresarios.- 3. El caso especial de las Administraciones públicas.- 4. Reglas de competencia jurisdiccional.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

1. La responsabilidad empresarial entre los mecanismos de refuerzo de la seguridad y salud en el trabajo.

En mayor grado quizá que otros conjuntos normativos, la regulación de la seguridad y salud en el trabajo ha ido acompañada tradicionalmente de una serie de mecanismos que, sin perjuicio de su distinta naturaleza y de la diversidad de sus campos de actuación, han tenido como objetivo común controlar, verificar y garantizar su cumplimiento efectivo, principalmente por parte del empresario. Los derechos de información y participación de los trabajadores, la creación de órganos y servicios de vigilancia en las empresas, las facultades de control y propuesta de sanciones reconocidas a la Inspección de Trabajo, las posibilidades de paralización de la actividad de la empresa en circunstancias de riesgo grave e inminente, y, en fin, las responsabilidades de naturaleza pública y patrimonial exigibles a los sujetos infractores, son los principales elementos de esa maquinaria de refuerzo.

Dentro de esta amplia panoplia de instrumentos la exigencia de responsabilidades juega un papel fundamental, por varias razones. En primer término, porque permite castigar de forma inmediata y directa al infractor, al mismo tiempo que cumple fines ejemplarizantes y de prevención

general, como ocurre con las sanciones administrativas o penales. En segundo lugar, porque puede facilitar la compensación de los daños y perjuicios causados a la víctima, como sucede con la responsabilidad patrimonial o con el recargo de prestaciones de seguridad social. Todo ello pone de relieve que se trata de un mecanismo complejo y plural, que tiene muy diversos fines y manifestaciones, y que puede alcanzar a muy distintos sujetos, aunque, por unos u otros motivos, gire fundamentalmente en torno al empresario. Tal diversidad se ha plasmado tradicionalmente en nuestro ordenamiento, que sigue previendo en la actualidad una amplia serie de responsabilidades, con distinta naturaleza jurídica, diferentes objetivos y diversa configuración legal.

Sin duda, la responsabilidad más directa y seguramente también la de mayor uso y trascendencia en este contexto, es la de tipo administrativo. Es una responsabilidad que ya venía prevista en los arts. 156 y siguientes de la Ordenanza de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 9 de marzo de 1971 (OSHT), que fue contemplada posteriormente por la Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LIS), y que se recoge en la actualidad en los artículos 42 y siguientes de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL). Es el tipo de responsabilidad que, por consiguiente, cuenta con regulación específica dentro de la normativa de seguridad y salud en el trabajo, y el que, por

ello mismo, va a concitar en mayor medida nuestra atención.

En su regulación actual, ésta es, por lo demás, la responsabilidad típica y exclusiva de los empresarios, como se desprende del art. 42 LPRL. Lo cual no quiere decir, ni mucho menos, que dichos sujetos no puedan incurrir en otras responsabilidades. Por supuesto, a ellos se dirige también la responsabilidad en materia de seguridad social, que se regula hoy en día en el artículo 123 de la Ley General de Seguridad Social (LGSS) y que también es característica del sujeto empresarial. Y a ellos se dirigen sin duda, aunque en estos casos no sean los únicos destinatarios, los restantes tipos de responsabilidad a los que anteriormente hemos hecho referencia: la responsabilidad patrimonial, exigible conforme a las reglas generales del Derecho común; y la responsabilidad penal, prevista en el Código Penal. Buena prueba de ello es el cuadro de responsabilidades diseñado en el art. 42 LPRL, que, tomando como referencia el sujeto empresarial, alude a esos distintos tipos de responsabilidad.

2. Responsabilidades del empresario y responsabilidades del trabajador.

Como se sabe, la regulación de la seguridad y salud en el trabajo atribuye deberes y obligaciones a los distintos sujetos implicados en el desarrollo de la actividad correspondiente. La seguridad y salud en el trabajo suele contemplarse en primer término como derecho del trabajador (art. 40 Const., arts. 4 y 19 ET, art. 14 LPRL), que genera los consiguientes deberes para el empresario. Pero también implica obligaciones para ese sujeto de la relación laboral (art. 29 LPRL), así como, en su caso, para otras personas implicadas en el proceso productivo correspondiente, como es el caso de los trabajadores autónomos (art. 24.5 LPRL), o de los fabricantes, importadores y suministradores de productos y equipos de trabajo (art. 41 LPRL).

Ello quiere decir que la infracción de normas de seguridad y salud en el trabajo puede derivar de cualesquiera de esos sujetos, y que, en hipótesis al menos, las responsabilidades consiguientes podrían ser imputadas a unos u otros, o a todos ellos conjuntamente, según su grado de participación. Con todo, no es ésta exactamente la línea de regulación de nuestro ordenamiento; habría que decir, más bien, que la posición de trabajador y empresario frente a la exigencia de responsabilidades es desigual y asimétrica, especialmente por lo que se refiere a las responsabilidades de tipo administrativo.

Ciertamente, la regulación más tradicional de la seguridad y salud en el trabajo, haciéndose cargo de la posible implicación de todos esos sujetos, preveía para todos ellos no sólo responsabilidades patrimoniales, sino también sanciones de tipo administrativo. Muy significativos a este respecto eran los artículos 158 y 160 de la OSHT, en los que se contemplaba la posible inhabilitación para cargos directivos o la imposición de sanciones "correctoras" a los trabajadores, a propuesta de la Inspección de Trabajo. Tales responsabilidades se añadían, así, a la tabla de sanciones prevista para los empresarios (arts. 156 y 157 OSHT), y respondían a la postre a la idea básica de que a todos esos sujetos se atribuían obligaciones (de relevancia pública) en esta materia y, en consecuencia, todos ellos debían ser "socialmente" responsables en caso de incumplimiento (arts. 7, 10 y 11 OSHT).

Pero esa atribución generalizada de responsabilidades no era obstáculo, a fin de cuentas, para que las responsabilidades públicas (de tipo administrativo) del empresario tuvieran un tratamiento más esmerado y detenido que las de los restantes sujetos, lo cual sin duda estaba justificado, por razones fáciles de comprender. En primer lugar, porque el empresario es el primer obligado en esta materia, el que asume mayor número de deberes y obligaciones, y el que cuenta con mayores facultades no sólo para adoptar las medidas pertinentes sino también para vigilar el cumplimiento de las normas de seguridad e higiene dentro de su ámbito de actividad. En segundo lugar, porque, sin perjuicio de que pudieran utilizarse otras vías, para los casos de excepcional gravedad, la responsabilidad de los trabajadores puede exigirse de forma más rápida y efectiva a través de otros mecanismos, singularmente mediante el uso de la potestad disciplinaria atribuida al empresario. En tercer lugar por razones de efectividad y solvencia, ya que si la empresa es capaz de soportar en condiciones habituales una sanción económica, ello es mucho más dudoso cuando trata de aplicarse al trabajador. Y en cuarto lugar, en fin, por la interferencia de los derechos profesionales, que afloran en mayor medida por el lado de los trabajadores y que podrían quedar seriamente afectados por la exigencia de responsabilidades de tipo público o administrativo.

Lo cierto es que, dejando a un lado esos antecedentes, la legislación más moderna muestra una clara tendencia hacia la concentración de sus reglas sobre responsabilidad en la parte empresarial. Esa tendencia pudo advertirse, en primer lugar, dentro de la LIS, donde las infracciones a las normas de seguridad e higiene en el trabajo venían incluidas en el cuadro de "infracciones laborales", imputables exclusivamente al empresario. Y se advierte desde luego, con mayor claridad aún, dentro de la LPRL, cuyo Capítulo

VII, dedicado a "responsabilidades y sanciones", contempla en exclusiva las responsabilidades que pudieran surgir del "incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales" (art. 42 LPRL). En este nuevo marco legal, así pues, ya no se hace referencia alguna a la posible responsabilidad administrativa de los trabajadores, ni siquiera a la de los directivos o mandos intermedios, que, como vimos, sí aparecía de forma expresa en los preceptos de la OSHT.

Ello no significa, desde luego, que los trabajadores queden exentos de toda responsabilidad en esta materia. Es verdad que en la situación normativa actual ya no cabe exigirles responsabilidad de tipo administrativo, ni tampoco responsabilidades en el ámbito de la seguridad social, que son imputables por definición al empresario. Pero sí podrían, llegado el caso, quedar sujetos a responsabilidad penal o patrimonial, puesto que, a diferencia de la responsabilidad administrativa (arts. 42 y 45 LPRL), las normas correspondientes no tomaban en cuenta, al menos en principio, la condición o posición contractual del sujeto infractor. Lo cual no quiere decir que estas otras responsabilidades ofrezcan la misma dimensión para el empresario y el trabajador. Si bien se mira, no es difícil llegar a la conclusión de que también estas otras responsabilidades van a proyectar sus efectos, principalmente, sobre el lado empresarial, y no tanto sobre los trabajadores; en parte, por la distinta posición de cada uno de esos sujetos en el proceso productivo, y en parte, por su distinta consideración desde el punto de vista patrimonial.

A la postre, el principal mecanismo de exigencia referido a los trabajadores se deriva -tanto en ésta como en la generalidad de aspectos referidos a su relación de trabajo- de la potestad disciplinaria del empresario, que se recoge de forma expresa y para este terreno específico en el art. 29 LPRL, Y que conecta con la cláusula general del art. 58 ET en lo que se refiere a las relaciones de trabajo, y con las potestades disciplinarias reconocidas a la Administración pública en el art. 31 Ley 30/1994 y disposiciones complementarias, en lo que se refiere a su personal funcionario y de régimen administrativo. En efecto, tal precepto legal, tras enumerar los deberes de los trabajadores en el terreno de la seguridad y salud en el trabajo, dispone que el incumplimiento de los mismos "tendrá la consideración de incumplimiento laboral a los efectos previstos en el artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores", o de "falta" conforme a lo establecido en la normativa disciplinaria de los funcionarios públicos y personal asimilado.

De esa forma, la nueva regulación de la responsabilidad administrativa por incumplimiento de las normas de

seguridad y salud en el trabajo viene a distinguir dos posibles esferas: la esfera interna a la empresa y la esfera exterior. El empresario aparece en todo caso como responsable último del cumplimiento de las reglas y del buen funcionamiento de la empresa, hasta el punto de que el incumplimiento del trabajador no le exime de responsabilidad (art. 14.3 LPRL). Pero si hacia el exterior es el único responsable y el único sujeto susceptible de sanción administrativa, hacia el interior puede poner en marcha, llegado el caso, mecanismos de exigencia de responsabilidades respecto de los trabajadores o empleados que incumplan sus obligaciones, mediante el uso de la potestad disciplinaria. Una ecuación similar puede apreciarse, asimismo, en aquellas reglas que tras imputar a la empresa responsabilidad patrimonial por actos de sus empleados, le permiten repetir frente a éstos el coste de las correspondientes indemnizaciones.

3. Los diversos tipos de responsabilidad empresarial y sus distintas fuentes de regulación.

Como ya hemos dicho, el empresario puede incurrir en diversos tipos de responsabilidad por infracción de las normas de seguridad y salud en el trabajo. Tal variedad de responsabilidades constituye ya una línea de regulación clásica de nuestro ordenamiento, aunque ha sido la LPRL la norma que por primera vez la ha consagrado de manera formal, expresa y sistemática. El precepto clave a estos efectos es el art. 42 LPRL, que aborda esta cuestión en dos de sus párrafos: en su párrafo primero, dispone que el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales "dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento"; y en su párrafo tercero, recuerda que, sin perjuicio de esas otras responsabilidades, el beneficiario de prestaciones económicas de seguridad social podrá solicitar, con arreglo a la legislación específica de ese sistema, el "recargo" correspondiente.

Así pues, y frente a la regulación tradicional, la LPRL ha optado por reseñar, de manera global y con ánimo de exhaustividad, el cuadro de posibles responsabilidades del empresario en esta materia: administrativa, penal, patrimonial y de seguridad social. Cada una de estas responsabilidades presenta, sin embargo, características propias, y cada una de ellas, por ésa u otras razones, sigue conservando su anterior fuente de regulación. La LPRL tan sólo aborda la regulación de la responsabilidad administrativa, sustituyendo así a la normativa que procedía de la Ley de Infrac-

ciones y Sanciones de 1988. El resto de responsabilidades mantiene su regulación tradicional.

La responsabilidad administrativa tiene en principio fines retributivos, de control y de efectividad de las previsiones legales, aunque también puede contribuir a los objetivos de ejemplaridad social y de prevención general de los ilícitos. Se manifiesta ordinariamente en la imposición de sanciones pecuniarias al sujeto infractor, si bien puede ir acompañada de otras sanciones accesorias (inhabilitaciones profesionales, limitaciones para la contratación de obras públicas) y puede tener eventualmente otras manifestaciones más drásticas y rigurosas (suspensión de actividades o cierre de los centros de trabajo). Se regula básicamente en los artículos 45 y siguientes LPRL, que han de completarse con las normas que regulan los procedimientos administrativos y, en particular, el procedimiento de imposición de sanciones. Por otra parte, no son infrecuentes las remisiones expresas o implícitas de la LPRL a la ya citada Ley 8/1988 (LIS); Ley que, al ocuparse con carácter general de las infracciones y sanciones en el orden social, va a seguir jugando un importante papel en esta materia, como una especie de normativa supletoria de la LPRL.

La responsabilidad civil tiene un contenido eminentemente patrimonial, pues busca ante todo el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por la víctima. En el supuesto más ordinario será exigible conforme a las reglas generales del Derecho común: los artículos 1101 y siguientes del Código Civil si se exige en el marco del contrato de trabajo (responsabilidad contractual), o los artículos 1902 y siguientes de ese mismo cuerpo legal, si se exigiera fuera de ese contexto (responsabilidad extracontractual o aquiliana). Si los daños fuesen imputables a entes de naturaleza administrativa podrían ser de aplicación, asimismo, las normas que específicamente se ocupan de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

La responsabilidad penal está prevista para aquellas conductas de especial gravedad o de singular reprobación desde el punto de vista social, y tiene fines tanto retributivos como de prevención general. Conlleva básicamente penas de privación de libertad y de multa, aunque también puede acarrear sanciones accesorias, entre ellas inhabilitaciones y limitaciones para contratar con las Administraciones públicas, así como medidas que impliquen la suspensión o clausura de actividades. Hasta ahora venía contemplada en diversos preceptos del Código Penal de 1973 (arts. 348 bis, a y 427), y en la actualidad es exigible conforme a los artículos 316 y 317 del Código Penal de 1995 (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), sin perjuicio

de la posible aplicación de otros preceptos de ese mismo cuerpo legal.

La responsabilidad en materia de seguridad social, finalmente, conjuga fines sancionatorios, preventivos y de resarcimiento del daño causado. Hoy en día es exigible conforme al artículo 123 de la vigente LGSS, consiste en la imposición de recargos a las prestaciones económicas de seguridad social causadas por la víctima, y está prevista para aquellos casos en que las prestaciones principales tienen su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional originados por la infracción de medidas en seguridad y salud en el trabajo.

II. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA: ALCANCE Y CARACTERÍSTICAS' ESENCIALES.

1. Regulación básica y normativa supletoria

Dejando al margen ahora otros antecedentes menos significativos, la responsabilidad administrativa en materia de seguridad e higiene en el trabajo estuvo inicialmente contemplada en el Título III de la OGS. Aunque no se llegó a producir una derogación formal de esos preceptos reglamentarios -lo cual, dicho sea de paso, dio origen a numerosas controversias y problemas interpretativos-, dicha responsabilidad posteriormente pasó a estar regulada en la LIS, que dedicaba a esta materia tres bloques normativos: de un lado, los artículos 9 a 11 LIS, en los que se tipificaban las infracciones "laborales" específicas de esta materia; de otro, los artículos 40 y 41, referidos a los casos de concurrencia de empresarios y al valor, desde el punto de vista sancionador, de las normas jurídico-técnicas con incidencia en las condiciones de trabajo; y de otro, en fin, los arts. 36.2 y 39, que preveían criterios específicos de graduación de las sanciones y la suspensión o cierre de locales como sanción extrema, para compensar de alguna forma la ausencia de una tabla específica de sanciones en esta materia, que obligaba a la aplicación de las reglas generales (arts. 36 a 38 LIS).

La aprobación de la LPRL ha supuesto la derogación de los arts. 9, 10, 11, 36.2 Y 39 LIS, así como del párrafo segundo de su art. 40; también ha supuesto la derogación formal y expresa del Título III OSHT. De esa manera, la LPRL ha procedido prácticamente a la sustitución íntegra de la regulación anterior en esta materia. También ha supuesto importantes innovaciones de fondo. Si bien se mira, la nueva legislación contiene una regulación de la responsabilidad administrativa en materia de seguridad y salud en

el trabajo que muestra notables diferencias respecto de sus precedentes.

En primer lugar, se trata de una regulación mucho más amplia y ambiciosa, por varias razones. De un lado, porque extiende sensiblemente la relación de conductas infractoras e incrementa de forma espectacular la cuantía de las sanciones. De otro, porque se ocupa de la responsabilidad empresarial con un enfoque mucho más complejo y diversificado, prueba de lo cual es, por ejemplo, su conexión formal con la actuación de la Inspección de Trabajo en el ejercicio de sus funciones de control y vigilancia (requerimientos, órdenes de paralización de trabajos, etc.).

En segundo lugar, se ha dado nueva formulación a parte de las reglas que ya se encontraban en la LIS, lo cual, bien es cierto, no ha supuesto en todos los casos la derogación del correspondiente precepto de la LIS, que a veces sigue vigente para otros ámbitos materiales. Ejemplo de la sustitución íntegra, con un profundo cambio de formulación, 10 ofrece la nueva regulación de la responsabilidad empresarial en los casos de contrataciones y subcontratas de obras o servicios, donde el párrafo segundo del art. 40 LIS ha sido derogado y sustituido por la LPRL. Ejemplo señero de cambio de formulación sin derogación formal lo ofrecen las reglas sobre prescripción de infracciones, donde la LPRL aporta nuevas reglas pero sin afectar *in toto* a la regla general del art. 4 LIS, que sigue vigente para el resto de infracciones en el orden social.

Y en tercer lugar, la LPRL se ha hecho cargo de diversos acontecimientos normativos que han tenido lugar posteriormente a la entrada en vigor de la LIS. Ese es el caso de las reglas sobre imputación de responsabilidades a la Administración pública (por influencia de la Directiva 89/391, de 12 de junio), sobre distribución de responsabilidades entre las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias (por influencia de la Ley 14/1994, de 1 de junio), o sobre la tramitación de los procedimientos sancionadores (por influencia de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y normas de desarrollo).

Por supuesto, nada de ello significa, como ya dijimos, que la LIS haya perdido toda relevancia en este campo de la seguridad y salud en el trabajo. La LIS sigue teniendo efectos en esta materia, bien es verdad que ya no como regulación directa sino más bien como norma supletoria de la regulación específica de la LPRL, unas veces por remisión expresa de la LPRL y otras por su condición de normativa común de las infracciones y sanciones en que, en desarrollo de la LIS, regula en la actualidad el procedimiento administrativo de imposición de sanciones (RD 396/1996, de 1 de marzo).

2. Las infracciones administrativas: concepto y graduación.

Siguiendo las pautas establecidas con carácter general por el art. 1 LIS, el art. 45.1 LPRL considera que son infracciones administrativas en materia de prevención de riesgos laborales "las acciones u omisiones de los empresarios que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud laboral sujetas a responsabilidades conforme a la presente Ley".

También se ajusta a los principios generales de la LIS -y a los precedentes más inmediatos, recogidos precisamente en los arts. 9 a 11 de esa Ley- la clasificación de dichas infracciones en tres grandes grupos: leves, graves y muy graves. Esta primera clasificación, además, es objeto de una matización indirecta a través de la graduación de las sanciones recogida en el art. 49.1 LIS, Y al igual que éste, proporciona diversos criterios para graduar, dentro de sus límites cuantitativos, la sanción correspondiente. De todas formas, ofrece algunas diferencias notables respecto de su antecesor inmediato.

Por de pronto, si el art. 36.2 LIS se limitaba a ofrecer una serie de criterios aptos para la graduación de las sanciones, el art. 49.1 LPRL ofrece también los términos de dicha graduación, que se conecta con una nueva y suplementaria clasificación en la que, a efectos de determinar la cuantía de la sanción, se distinguen los grados mínimo, medio o máximo, cada uno de los cuales lleva ya aparejada, de antemano, una cuantía determinada. Así pues, el margen de graduación de la autoridad laboral queda ahora mucho más reducido, pues, en principio, ya no puede moverse libremente entre las cantidades correspondientes a cada uno de aquellos tipos (leves, graves o muy graves), sino que ha de optar necesariamente por uno de estos grados suplementarios.

Adicionalmente, el art. 49.1 LIS ha incrementado de forma notable el número de factores de graduación. Recoge, desde luego, los que ya estaban presentes en el art. 36.2 LIS, bien es verdad que con algún cambio de formulación. Pero, además, añade un contingente muy numeroso de conductas, y cierra su relación con una cláusula genérica que apela a la "conducta general seguida por el empresario en orden a la estricta observancia de las normas en materia de prevención de riesgos laborales".

Aparte de esta última referencia, los criterios de graduación en la normativa vigente son los siguientes: peligrosidad de las actividades desarrolladas en la empresa o centro de trabajo, carácter permanente o transitorio de los

riesgos inherentes a dichas actividades, gravedad de los daños producidos o que hubieran podido producirse por ausencia o deficiencia de las medidas preventivas necesarias, número de trabajadores afectados, medidas de protección individual o colectiva adoptadas por el empresario e instrucciones adoptadas por éste para la prevención de riesgos, incumplimiento de advertencias o requerimientos previos de la Inspección, e inobservancia de las propuestas realizadas por los servicios de prevención u órganos de representación en la materia.

Si bien se mira, estos criterios de graduación, aunque se dirigen expresamente a la modulación de las sanciones, actúan implícitamente como atenuantes o agravantes de la infracción correspondiente. Así se desprende, por lo demás, del art. 49.2 LPRL, en el que se dispone que tales criterios "no podrán atenuar o agravar la calificación de la infracción cuando estén contenidos en la descripción de la conducta infractora". Se entiende que en tal caso ya han sido objeto de valoración por parte del Inspector correspondiente.

El art. 51 LPRL se ocupa de la prescripción de las infracciones. A diferencia de la regla que con carácter general regula la prescripción de las infracciones administrativas en el orden social (art. 4 LIS), no se establece un único plazo de prescripción (de tres años en ese caso), sino que se distingue según la gravedad de la falta. Conforme al art. 51 LPRL, en efecto, las infracciones leves prescriben al año, las graves a los tres años, y las muy graves a los cinco años. Probablemente sea más razonable tal distinción.

De acuerdo con el ya citado art. 51 LPRL, el plazo de prescripción comienza a computarse, en cualquier caso, "desde la fecha de la infracción". Cómputo que, tratándose de reglas de prescripción, podría interrumpirse. Según el art. 7.2 RD 396/1996, en efecto, los plazos de prescripción pueden interrumpirse por acta de infracción debidamente notificada, requerimiento u orden de paralización de trabajos procedentes de la Inspección de Trabajo.

3. Tipificación de las infracciones administrativas.

La tipificación de las infracciones distingue, como hemos dicho, entre leves, graves y muy graves. Tales grupos se recogen respectivamente, en los arts. 46 a 48 LIS. Dentro del apartado de infracciones administrativas leves se tipifican, como suele suceder en la tipificación general de las infracciones laborales, básicamente dos grandes tipos de conductas. Por un lado, las que implican incumplimiento de deberes formales o documentales, entre ellos los deberes de comunicación a la autoridad laboral (partes

de accidentes y enfermedades, apertura de centros de trabajo, etc.); siempre que, como dice el párrafo 5 de ese precepto, no se tipifiquen como infracciones graves o muy graves. Por otro, los incumplimientos que en principio no revistan gravedad para la integridad física o la salud de los trabajadores, como dice el párrafo 4 de dicho precepto legal. Ejemplo expreso de ello es "la falta de limpieza del centro de trabajo", siempre que de ella no se derive riesgo para la persona o la salud del trabajador.

Las infracciones administrativas graves, las más numerosas formalmente, se tipifican en el art. 47 LPRL. Se incluyen en esta segunda relación tres grandes tipos de conducta, muchos de ellos enunciados tomando como punto de partida la clasificación anterior, con la única diferencia de que ahora se añade algún matiz que acredita su mayor entidad o gravedad. Así, son infracciones graves, en primer lugar, los incumplimientos a la normativa de prevención que originan riesgo grave para la integridad o la salud de los trabajadores afectados; incumplimiento que, por lo demás, se formula de manera expresa en el párrafo 16 del citado precepto legal. También lo son, en segundo lugar, aquellos incumplimientos de deberes formales y documentales que revistan mayor gravedad que las faltas calificadas de leves, así como la infracción de buena parte de los deberes de comunicación, información, consulta, documentación, control auditoría a que está sujeta la empresa. Y lo son, en tercer lugar, los incumplimientos que afecten a buena parte de las obligaciones básicas en esta materia: evaluación de riesgos, reconocimientos médicos, plan de seguridad e higiene en los proyectos de edificación y obras públicas, adscripción funcional y formación de los trabajadores, falta de designación de los servicios de prevención o de los trabajadores encargados de esas tareas, coordinación de actividades en caso de concurrencia de empresas, etc.

Por último, las infracciones administrativas muy graves se tipifican en el art. 48 LPRL, que reduce sensiblemente su número respecto del apartado anterior. También aquí cabe hacer algunas consideraciones generales, que nos permitirían agrupar en grandes apartados los diversos incumplimientos tipificados. Por de pronto, y como una especie de regla general, podría decirse que la calificación de infracción muy grave corresponde a la no adopción de aquellas medidas de seguridad e higiene que son aplicables a las condiciones de trabajo, siempre que de ello se derive riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores.

En segundo lugar, también se otorga esa calificación a buena parte de las conductas tipificadas en el artículo ante-

rior como infracción grave, si es que en ellas se advirtiera algún factor de agravación respecto de las anteriores. Se considera muy grave, por ejemplo, la adscripción de trabajadores a puestos de trabajo incompatibles con sus características personales o con su situación transitoria (discapacitados, afectados por enfermedad, especialmente sensibles a ciertos agentes o riesgos, etc.), siempre que, de nuevo, de ello se derive riesgo grave e inminente para la seguridad y salud en el trabajo.

Y en tercer lugar, se califican como muy graves aquellos incumplimientos que afecten a deberes empresariales de especial transcendencia, ya sea por el número o la clase de trabajadores implicados, ya sea por sus posibles efectos para la seguridad y salud en el trabajo. Se incluyen aquí, concretamente, la infracción de las normas referidas a grupos especiales de trabajadores (trabajadoras en situación de embarazo o lactancia, trabajadores menores), a la paralización o suspensión de trabajos en caso de riesgo grave e inminente (tipificándose como infracción asimismo, la lesión del derecho de los trabajadores a adoptar esas medidas), a los límites máximos de exposición a agentes nocivos (siempre que se trate de riesgos graves e inminentes), o a la confidencialidad en el uso de los datos que siendo reservados hubieran sido obtenidos con ocasión de la aplicación de medidas de vigilancia de la salud de los trabajadores (conforme al art. 22.4 LPRL).

4. Sanciones: graduación y contenido

Las sanciones administrativas, como venía siendo habitual, se gradúan en la LPRL con arreglo a dos tipos de criterios. En primer lugar, con arreglo a la gravedad de la infracción, conforme a lo dispuesto en la tabla de infracciones de los arts. 46, 47 Y 48 LPRL. Y en segundo lugar, con arreglo a los factores descritos en el art. 49 LPRL, que, como ya dijimos, no podrán actuar como atenuantes o agravantes de la sanción cuando estén contenidos en la descripción de la conducta infractora. También juega, como veremos después, el factor de reincidencia, previsto en el art. 50 LPRL.

La sanción principal, y que al mismo tiempo parece conceptuarse como la primera en un orden lógico, es la de tipo pecuniario, esto es: la multa. Se tipifica en el párrafo 4 del art. 49 LPRL, donde se gradúa de acuerdo con la gravedad de la infracción. Esta sanción es la más tradicional, si bien ha experimentado un notable aumento de su cuantía en comparación con la regulación antecedente (art. 37 LIS), ya que puede oscilar en la actualidad desde 50.000 pta. (infracción leve en su grado mínimo) hasta 100.000.000 pta. (infracción muy grave en su grado máxi-

mo). La disposición final primera LPRL atribuye al Gobierno, además, la facultad para actualizar la cuantía de las sanciones, a propuesta del Ministerio de Trabajo.

Según el art. 49.3 LPRL, la elección de los grados mínimo, medio o máximo dependerá de la concurrencia o no de aquellos criterios que se recogen en el art. 49.1 LPRL Y que, según dijimos, pueden actuar como agravantes o atenuantes (peligrosidad, número de afectados, actitud del empresario, etc.); concurrencia que, según ese mismo precepto, habrá de explicitarse tanto en el acta de infracción como en la correspondiente resolución sancionadora (art. 49.3 LPRL). Cuando no concurra o no se considere relevante ninguna de esas circunstancias, "la sanción se impondrá en su grado mínimo en su tramo inferior".

La cuantía de la sanción puede depender, además de la existencia o no de "reincidencia" en el empresario. Este factor sobre cuya compatibilidad con el principio *non bis in idem*, por cierto, se plantearon no pocas dudas en un primer momento- ya estaba contemplado de forma expresa, y con aplicación a toda clase de infracción administrativa en el orden social, en el art. 38 LIS. Ahora se contempla, ceñido a la materia de seguridad y salud en el trabajo, en el art. 50 LPRL, en términos muy parecidos, aunque con alguna variante de formulación. Según este nuevo precepto, se entiende que existe tal reincidencia "cuando se comete una infracción del mismo tipo y calificación que la que motivó una sanción anterior en el término de un año desde la comisión de ésta", siempre que la resolución sancionadora hubiera adquirido firmeza.

Apreciada la reincidencia según esos términos, la cuantía de las sanciones contempladas en los preceptos anteriores "podrá incrementarse hasta el duplo del grado de la sanción correspondiente a la infracción cometida, sin exceder en ningún caso del tope máximo previsto para las infracciones muy graves en el art. 49 de esta Ley".

Más allá de la multa, los arts. 53 y 54 LPRL prevén también otras sanciones. El primero de ellos prevé la suspensión de las actividades laborales por un tiempo determinado o, en caso extremo, el cierre del centro de trabajo correspondiente, "cuando concurren circunstancias de excepcional gravedad de las infracciones".

Tales medidas se adoptarán "sin perjuicio, en todo caso, del pago del salario o de las indemnizaciones que procedan y de las medidas que puedan arbitrarse para su garantía".

El segundo prevé la aplicación de "limitaciones a la facultad de contratar con la Administración". Para ello

remite a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

5. Procedimiento de imposición de sanciones

Según el párrafo segundo del art. 45 LPRL, las infracciones previstas en su articulado "serán objeto de sanción tras la instrucción del oportuno expediente sancionador a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social". La LPRL, sin embargo, no regula dicho procedimiento, sino que se limita a determinar algunos aspectos de la tramitación, como el contenido de las actas de la Inspección (art. 49.3) o las competencias para la imposición de sanciones (art. 52). A la postre, viene a remitir para ello a las normas generales de la LIS: el art. 45 LPRL dispone, concretamente, que tal tramitación se desarrollará "de conformidad con el procedimiento especial establecido en la Ley 8/1988, de 7 de abril".

En el momento de aprobación de la LIS el procedimiento de imposición de sanciones en el orden social venía previsto en el Decreto 1860/1975, de 10 de julio. Se trataba sin duda alguna de un procedimiento obsoleto y escasamente adecuado a la nueva situación normativa, y seguramente por ello aquel nuevo texto legal planteó la necesidad de su reforma. Sea por las razones que fuere, lo cierto es que la disposición final segunda LIS incluía dos reglas muy significativas desde este punto de vista: de una parte, se encargaba al Gobierno la aprobación de un "reglamento sobre procedimiento para la imposición de sanciones previstas en esta Ley"; y de otra, se declaraba la aplicación transitoria de "las normas vigentes en lo que no se opongan a lo dispuesto en la misma".

Además, la propia LIS disponía en su art. 50 que tal procedimiento sancionador había de ajustarse "a lo previsto en la presente Ley, siendo de aplicación subsidiaria las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo". Con ello volvían a proporcionarse dos reglas de suma importancia. La primera de ellas, recogida en el art. 51 LIS (completado por los arts. 52 y 53), fijaba los "principios de tramitación" de dichos procedimientos, que no eran otra cosa que los pasos básicos o esenciales que habían de seguirse para la válida imposición de las sanciones: levantamiento de acta por la Inspección de Trabajo, notificación a los sujetos responsables, trámites de alegaciones y audiencia, resolución del órgano competente, y recursos. También se hacía referencia, en particular, al contenido y el valor de las actas, así como -tras una importante reforma introducida por Ley 31/1992- a las actas promovidas por los Controladores Laborales.

La segunda declaraba de "aplicación subsidiaria" la regulación general del procedimiento administrativo. En aquel momento se hacía referencia implícitamente a la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, pero pronto tal remisión debió ser reconducida a la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y P AC), sustitutiva de la anterior. Haciéndose cargo de ello, la disposición adicional séptima de esta última Ley determinó que los procedimientos administrativos para la imposición de sanciones en el orden social "se regirán por su normativa específica y, subsidiariamente, por las disposiciones de esta Ley". El testigo era devuelto, de esa forma, a la LIS y sus normas de desarrollo, que en aquel momento todavía no habían aparecido.

El procedimiento especial de imposición de sanciones fue aprobado finalmente por RD 396/1996, de 1 de marzo (BOE 2 de abril), conjuntamente con el procedimiento de extensión de actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social. Respecto de este procedimiento, como era de esperar, juega como normativa subsidiaria la ya citada LRJAP, y como norma supletoria, al menos en materia de recursos, el RD 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el procedimiento general de ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración pública (párrafo segundo de la disposición transitoria única RD 396/1996).

De acuerdo con estas normas, y con las cláusulas generales de la LIS y la propia LPRL, el expediente habrá de iniciarse siempre de oficio, mediante acta de la Inspección de Trabajo, y "como consecuencia del resultado de la actividad inspectora previa" (art. 20 RD 396/1996). Con esta fórmula genérica se hace referencia al conjunto de actuaciones realizadas por la Inspección para comprobar el cumplimiento de las disposiciones legales, de las que puede derivar, además del inicio del procedimiento, la extensión de requerimientos o advertencias para la corrección de las deficiencias, la orden de paralización de trabajo, o en su caso, la ordenación de las medidas provisionales que fuesen necesarias (arts. 8 y siguientes RD 396/1996). Las actas de infracción habrán de revestir un contenido mínimo (art. 21 RD 396/1996), y, como dijimos, deberán explicitar los criterios que, pudiendo actuar como atenuante o agravante, hubieran sido tenidos en cuenta para la graduación de la sanción propuesta (art. 49.3 LPRL).

El expediente habrá de seguir los trámites previstos en los arts. 28 y siguientes RD 396/1996 (notificaciones, audiencia, alegaciones, etc.), y habrá de concluir con resolución de la autoridad competente, en la que también habrán de explicitarse aquellos criterios (art. 49.3 LPRL). Contra

la resolución cabe en principio recurso administrativo ordinario, salvo que agote en sí misma la vía administrativa. Una vez agotada ésta, la resolución es inmediatamente ejecutiva (arts. 34 y 35 RD 396/1996).

Como ya decía con carácter general el art. 47 LIS Y dice ahora específicamente el art. 52 LPRL, la competencia para dictar este tipo de resoluciones, y para imponer sanciones en su caso, corresponde en principio a la autoridad laboral, ya sea de la Administración del Estado, ya sea, en su caso, de las Comunidades Autónomas con competencias de ejecución de la legislación laboral. De todas formas, el art. 52.3 LPRL deja...; salvo aquellos casos en que la potestad sancionadora pudiera corresponder a otra Administración. Dice, concretamente, que la atribución de competencias a la autoridad laboral no afecta al ejercicio de la potestad sancionadora que pudiera corresponder a otras Administraciones (del Estado o de las Comunidades Autónomas, habría que entender) "por razón de las competencias que tengan atribuidas".

Siendo competente la Administración del Estado, el art. 52.1 LPRL atribuye las facultades correspondientes a los Directores Provinciales, al Director General, al Ministerio de Trabajo o al Consejo de Ministros, según el ámbito de la infracción y la cuantía de la sanción. De actualizarse la cuantía de las sanciones al amparo de la disposición final primera LPRL, también tiene el Gobierno la posibilidad de adaptar este cuadro de atribuciones. Según ese mismo precepto (cuyo contenido reitera el art. 4.6 RD 396/1996), en el supuesto de "pluralidad de infracciones" en un único expediente sancionador, "será órgano competente para imponer la sanción por la totalidad de dichas infracciones el que lo sea para imponer la de mayor cuantía".

En el ámbito de las Comunidades Autónomas que hubieran asumido competencias en la materia, la tramitación y la asignación de competencias dentro de la Administración laboral podría variar parcialmente, en atención a las competencias organizativas y de ejecución asumidas por la Comunidad correspondiente. Según el art. 52. 4 LPRL, las reglas anteriores no afectan al ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las autoridades laborales de dichas Comunidades Autónomas, que "se efectuará de acuerdo con su regulación propia, en los términos y con los límites previstos en sus respectivos Estatutos de Autonomía y disposiciones de desarrollo y aplicación". El procedimiento, pues, podrá discurrir por cauces formalmente diferentes, como confirma el art. 4.7 RD 396/1996.

III. OTROS TIPOS DE RESPONSABILIDAD

1. Responsabilidad civil o patrimonial

La responsabilidad civil, de contenido patrimonial, puede exigirse a través de las cláusulas generales del Código Civil, sin perjuicio de que, como dijimos, cuando la posición de empleador sea ocupada por la Administración pública pueda llegarse a la aplicación de normas específicas. En hipótesis al menos, la exigencia de esa responsabilidad podría discurrir por dos vías diferentes: la de los arts. 1101 CC y siguientes, que regulan la responsabilidad contractual, o la de los arts. 1902 CC y siguientes, que se ocupan de la responsabilidad extrancontractual o aquiliana. Si bien, la experiencia parece poner de relieve que la vía más frecuentemente utilizada es ésta última, quizá porque seguramente ofrece unos márgenes de mayor amplitud.

La responsabilidad contractual, en efecto, tan sólo puede exigirse en el ámbito del contrato: alcanza a las obligaciones nacidas del contrato o aplicables al mismo en virtud de una ley, afecta a las partes del contrato y se contrae por hechos acaecidos en la órbita del contrato. Dándose esas condiciones, es aplicable la regla del art. 1101 CC según la cual "quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas". Aun con esos límites, es claro que tal responsabilidad podría ser exigida por trabajador o empresario frente a la respectiva contraparte y, en particular, por el trabajador frente al empresario, habida cuenta que la seguridad y salud en el trabajo se configura legalmente, y sin perjuicio de otras dimensiones, como derecho/deber exigible en el contrato de trabajo (arts. 4 y 19 ET, art. 14 LPRL). Para ello se requiere, en cualquier caso, que concurra dolo, negligencia o morosidad, como dice aquel precepto legal.

La responsabilidad extracontractual tiene un ámbito de aplicación más amplio, pues ni exige la existencia de relación contractual ni se limita, por consiguiente, a hechos acaecidos en la órbita del contrato. Se puede poner en marcha siempre que por acción y omisión se causen daños a otro interviniendo culpa o negligencia (art. 1902 CC), y puede ser exigida tanto por quienes tienen la condición de parte en un contrato como por sujetos externos al mismo. Puede ser exigida al empresario desde luego, ya sea por sus trabajadores, ya sea por terceros, siempre que sufran daños o perjuicios mediando culpa o negligencia.

Según la jurisprudencia, entre los daños y el sujeto responsable debe existir una mínima correlación ("principio de causalidad adecuada"), de tal manera que se pueda vislumbrar que el resultado dañoso "es consecuencia natural, adecuada y suficiente" de la determinación de la voluntad del causante (TS civil 23 de septiembre de 1991, A. 6060). Con todo, la propia jurisprudencia ha flexibilizado tal exigencia, llegando a configurar una especie de responsabilidad "cuasi objetiva", bien mediante la presunción de que existe culpa salvo prueba en contrario, bien mediante una exigencia extremadamente rigurosa de diligencia y cuidado en la evitación de daños (TS civil 5 de febrero de 1991, A. 991). La culpa de la víctima puede exonerar de responsabilidad, o llevar a la aplicación del principio de "compensación de culpas" entre víctima y causante (TS civil 26 de mayo de 1994, A. 3749).

Según el art. 1903 CC, tal responsabilidad no sólo surge por actos y omisiones propias, sino también "por de aquellas personas de quienes se debe responder". En concreto, los dueños o directores de empresas y establecimientos son responsables "de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones", regla que se justifica jurisprudencialmente tanto en el riesgo inherente a la actividad empresarial, que es imputable al empresario, como en la responsabilidad *in contrahendo* o *in vigilando* que éste asume al contratar (TS civil 28 de febrero de 1992, A. 1404). Con todo, el que paga el daño causado por sus dependientes "puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho" (art. 1904 CC).

Al tener contenido patrimonial, estas responsabilidades son exigibles mediante acción de reclamación de daños y perjuicios. Tradicionalmente se han declarado competentes para entender de tales acciones los tribunales civiles (TS civil 6 de octubre de 1989, A. 7120), aunque ejercitándose las acciones entre trabajador y empresario tal competencia parece corresponder más bien a la jurisdicción social, en virtud del art. 2.a) de la Ley de Procedimiento Laboral.

2. Responsabilidad penal

Las infracciones de excepcional gravedad a las normas de seguridad y salud en el trabajo han contado tradicionalmente con sanción penal. Como ya sucedía con la responsabilidad civil, no es ésta, sin embargo, una responsabilidad regulada en la normativa de seguridad y salud en el trabajo, aunque se aluda a ella (art. 42 LPRL). Su regulación corresponde al Código penal, que desde luego no ha sido ajeno a estos problemas.

En el CP de 1973 se incluían tres previsiones a este respecto. Por un lado, el art. 348 bis, a) CP, que fue incorporado con la reforma de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, y que tipificaba lo que fue conocido como "delito de riesgo". En tal precepto se castigaba con arresto mayor y multa a quienes, estando obligados a ello, no exigieran o facilitaran los medios adecuados, o no procuraran las condiciones adecuadas, "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".

Por otro, el art. 427 CP, que formaba parte del capítulo dedicado en general a las lesiones y que, en consecuencia, tipificaba un "delito de lesiones" en este campo de la seguridad e higiene en el trabajo. Castigaba con arresto mayor y multa a quienes con infracción grave de las leyes o reglamentos de seguridad e higiene en el trabajo ocasionaran "quebranto apreciable en la salud o en la integridad física de los trabajadores".

Por otro, en fin, el art. 565 de dicho CP, que tipificaba un "delito de imprudencia", castigado con prisión menor. Era aplicable este tipo penal a las infracciones culposas de las normas de seguridad e higiene en el trabajo, ya fuesen producidas por imprudencia temeraria, ya lo fuesen por impericia o negligencia profesional.

En el CP vigente -Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre- la protección penal de la seguridad y salud en el trabajo ha variado parcialmente. De forma expresa tan sólo se tipifica un "delito de riesgo", contemplado, para dos versiones distintas, en los arts. 316 y 317 CP. El primero sanciona con pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses a quienes con infracción "de las normas de prevención de riesgos laborales" y estando legalmente obligados a ello, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores realicen sus tareas "con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física". El segundo sanciona esa misma conducta con la pena inferior en grado si se comete mediando imprudencia grave, lo cual viene a ser, salvando las distancias, una nueva formulación del anterior delito de imprudencia.

El CP actual no tipifica, pues, delito de lesiones específico en esta materia. De todos modos, dicha ausencia puede cubrirse con los tipos genéricos de los arts. 147 y 617 del nuevo CP, referidos, respectivamente, al delito de lesiones y a las faltas contra las personas.

A los delitos contra la seguridad y salud en el trabajo es aplicable, llegado el caso, la regla general del art. 318

CP, según la cual cuando los hechos descritos sean atribuidos a personas jurídicas "se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado medidas para ello".

La responsabilidad penal puede generar, por lo demás, otras consecuencias. De un lado, responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados, dado que toda persona responsable criminalmente por delito o falta lo es civilmente si del hecho se derivaren tales daños (art. 116 CP). Esta responsabilidad, aun siendo de naturaleza patrimonial, se regula en el propio CP, y se atribuye con carácter subsidiario a las personas naturales o jurídicas (incluido el Estado y las Administraciones públicas) que sean titulares de empresas o establecimientos o dedicadas a cualquier clase o género de industria o comercio cuando derive de hechos delictivos cometidos por sus representantes, empleados o dependientes (arts. 120 y 121 CP).

De otro, las penas principales pueden ir acompañadas de penas accesorias, entre las cuales pueden encontrarse la clausura de la empresa, la disolución de la sociedad o asociación, la suspensión de actividades, la prohibición de realizar actividades en el futuro, o la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores (art. 129 CP). Limitaciones a la facultad de contratar con las Administraciones públicas pueden derivarse, específicamente, de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones públicas, a la que expresamente remite el art. 54 LPRL.

3. Responsabilidades de seguridad social

La producción de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales por infracción de las normas de seguridad y salud en el trabajo puede generar otras responsabilidades para la empresa. Al margen ahora de la responsabilidad directa en el pago de prestaciones que pudiera asumir se en virtud de las reglas generales del art. 126 LGSS, el empresario deberá hacer frente a un recargo de las prestaciones económicas de seguridad social que tengan su causa en dichos riesgos 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",

según se dispone en el art. 123 LGSS, al que de manera expresa remite el art. 42.3 LPRL.

La cuantía del recargo oscila entre un 30 y un 50% de la prestación principal, según la gravedad de la falta y circunstancias concurrentes. Según la jurisprudencia, el recargo tiene fines preventivos, sancionadores y de compensación de los daños y perjuicios causados, y su imposición requiere tanto la existencia de un nexo causal entre la infracción de las normas de seguridad y salud en el trabajo y el accidente o la enfermedad, como la concurrencia de culpa o negligencia en el empresario, al menos *culpa in vigilando*. La culpa o negligencia de la víctima o de un tercero puede reducir o exonerar de responsabilidad al empresario, siempre que éste hubiera cumplido escrupulosamente sus obligaciones.

Dispone el art. 123.2 LGSS que el recargo "recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno", siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrir, compensar o transmitir esta responsabilidad. Partiendo de esta regla, la jurisprudencia ha matizado que no cabe exigir a las entidades gestoras de seguridad social pago anticipado del recargo, ni tampoco responsabilidad alguna, ni siquiera de carácter subsidiario. Sí cabe la responsabilidad conjunta y solidaria de las empresas implicadas, siempre que todas ellas fuesen solidariamente responsables del cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo.

IV. OTROS VARIADOS ASPECTOS DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL

1. Concurrencia y articulación de responsabilidades

A la vista de ese complejo cuadro de responsabilidades del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo, cabría plantearse si todas o algunas de ellas son o no compatibles entre sí. La regla general conduce desde luego a una respuesta positiva: el art. 42.3 LPRL dispone que las responsabilidades administrativas serán compatibles con las indemnizaciones de daños y perjuicios causados y "de recargo de prestaciones económicas del sistema de seguridad social". Se trata, por otra parte, de una regla de larga tradición en nuestro ordenamiento y que cuenta con otras manifestaciones más concretas: por ejemplo, la que dispone que "toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios" (art. 116 CP), o las que establecen que el recargo de prestaciones de seguridad social es "independiente" y "compatible" con las responsabilida-

des "de todo orden", de tipo civil, penal o administrativo (arts. 42.3 LPRL Y 123.3 LGSS). y es, asimismo, una regla avalada sin fisura alguna por la jurisprudencia.

Pero como toda regla general, cuenta también con alguna excepción, referida a las responsabilidades de naturaleza pública, como son las de tipo administrativo y penal. Estas responsabilidades pueden proyectarse desde luego sobre un mismo supuesto de hecho, habida cuenta que buena parte de los incumplimientos tipificados en la LPRL como infracciones administrativas pueden ser constitutivos de delito conforme al art. 316 CP. Ambas, además, tienen fines (sancionadores, de prevención general) y contenido (sanción pecuniaria, inhabilitaciones o limitaciones a las facultades de contratación, suspensión o cierre de los centros de trabajo) equivalentes, si se deja a salvo la privación de libertad propia de la responsabilidad penal.

De ahí que su relación esté regida en primer término por el principio *non bis in idem*, que deriva en última instancia del art. 25 de la Constitución y que impide su concurrencia sobre un mismo supuesto. Tal incompatibilidad ya venía prescrita en el art. 3 LIS, y se confirma ahora en el art. 42.4 LPRL, según el cual "no podrán sancionarse los hechos que ya hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento". Esta previsión legal, en cualquier caso, abre algunos problemas interpretativos y de aplicación, referidos sobre todo a dos cuestiones: en primer lugar, a la valoración y acreditación de tal identidad de sujetos, hechos y fundamento; y en segundo lugar, al procedimiento que se ha de seguir en tales casos.

Dejando a un lado ahora otros posibles supuestos, la valoración de esa triple identidad puede ser controvertida sobre todo en aquellos casos en que la infracción es imputable en última instancia a un empresario persona jurídica. En tales supuestos, no debe perderse de vista que si la responsabilidad administrativa puede exigirse tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas, la responsabilidad penal, por el contrario, sólo es exigible a personas físicas. En principio, pues, la concurrencia ideal de una y otra responsabilidad sólo sería posible respecto de los empresarios persona física, en cuyo caso entraría en juego aquella regla de incompatibilidad. En cambio, no habría concurrencia posible en las infracciones imputables a la empresa persona jurídica, pues la responsabilidad penal tan sólo podría atribuirse, llegado el caso, a las personas físicas que actuaran en representación o por cuenta de la misma. La cuestión, de todas formas, reviste mayor complejidad de la que cabría deducir de esas primeras conclusiones, entre otras razones porque la responsabilidad penal no sólo se

traduce en medidas de privación de libertad, sino también en otras consecuencias que pueden recaer perfectamente sobre una persona jurídica (cierres, suspensiones, limitaciones para contratar, etc...).

Respecto del segundo de aquellos problemas, el art. 42 LPRL trata de articular procedimentalmente uno y otro tipo de responsabilidad mediante la remisión a la previsión que, para la generalidad de las infracciones y sanciones en el orden social, establece el art. 3 LIS. De este precepto se derivan las siguientes reglas: en primer lugar, que en los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de delito, la Administración habrá de pasar el correspondiente "tanto de culpa" al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal; en segundo lugar, que en tal caso la Administración se abstendrá de proseguir el procedimiento administrativo mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al proceso jurisdiccional; en tercer lugar, que de no haberse estimado la existencia de delito la Administración habrá de continuar el expediente administrativo, "en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados"; y en cuarto lugar, que sin perjuicio de todo ello la Administración habrá de adoptar las medidas necesarias para "salvaguardar la seguridad e higiene de riesgo inminente".

La mecánica de todos esos pasos se especifica en el art. 5 RD 396/1996, que, como cabía esperar, no hace más que explicitar las reglas legales y añadir alguna matización con fines aclaratorios, como por ejemplo la que recuerda que la sanción penal es compatible con el recargo de prestaciones de seguridad social, o la que consigna de forma expresa que no podrán ser objeto de sanción administrativa los hechos que ya lo hubieran sido, siempre que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamentos. En todo caso, no está de más poner de relieve que todas esas reglas vienen a conceder una especie de primacía del orden penal sobre la actuación administrativa, lo cual se traducirá, llegado el caso, en una posición preferente del orden jurisdiccional penal sobre el contencioso-administrativo en la estimación de los hechos objeto de debate.

2. Supuestos de concurrencia y pluralidad de empresarios

En muchos casos sobre una misma prestación de servicios concurren varios empresarios, unas veces porque la actividad correspondiente se lleva a cabo mediante el acoplamiento de varias empresas (principal, contratistas y subcontratistas), y otras porque la relación laboral mantiene puntos de contacto con dos empresarios, como resulta

de la intervención de empresas de trabajo temporal. Siguiendo algunos precedentes (como el art. 40 LIS o, bien es verdad que desde una perspectiva diferente, los arts. 42 a 33 ET), el art. 24 LPRL se hace cargo de estos posibles supuestos, y establece, como regla general, la obligación de coordinación y compenetración de todas las empresas implicadas con vistas a garantizar la seguridad y salud de los trabajadores afectados, ya sea porque se ven inmersos en un proceso de descentralización productiva, ya sea porque prestan servicios en los locales de otra empresa, ya sea, en fin, porque utilizan maquinaria o herramientas de otra unidad empresarial. Por su parte, el art. 28 LPRL (recogiendo la línea trazada por los artículos 12 y 16 de la Ley de empresas de trabajo temporal) acota y separa las obligaciones de la empresa de trabajo temporal y de la empresa usuaria en estos casos de cesión de mano de obra.

El establecimiento de estos deberes puede originar las correspondientes responsabilidades en caso de infracción, y así se desprende de la LPRL y de aquellas otras disposiciones legales. Podría decirse que hay un cierto paralelismo entre el art. 24 LPRL, que establece esas obligaciones compartidas, y el art. 42 LPRL, que contempla las posibles responsabilidades. El paralelismo, de todas formas, no es completo, ni mucho menos. Tampoco es equivalente el alcance de la responsabilidad en todos los supuestos contemplados dentro del art. 24 LPRL, mucho menos entre estos supuestos y los que se contemplan en el art. 28 LPRL, que responde a una óptica bien distinta. Todo ello complica desde luego el entendimiento de esta serie de normas, máxime cuando se comprueba que no siempre se han formulado con la suficiente claridad y precisión.

Para los casos de contrata o subcontrata correspondientes a la propia actividad de la empresa contratante (o principal) y que entrañen la prestación de servicios en sus centros de trabajo, el art. 42.2 LPRL (completado por el art. 3.3 a RD 396/1996 desde el punto de vista procedimental) dispone que la empresa principal responderá solidariamente con la empresa contratista, y durante el tiempo de vigencia de la contrata, del cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo respecto de los trabajadores que sean ocupados en sus centros de trabajo, siempre que la infracción se hubieran producido dentro de dicho ámbito. La LPRL parte de obligaciones compartidas, y hace compartir, en consecuencia, las posibles responsabilidades. Esta regla, por lo demás, presenta una gran diferencia respecto de su precedente inmediato; viene a convertir en "solidaria" lo que en el párrafo segundo del art. 40 LIS (ahora derogado) se formulaba como responsabilidad "directa" de la empresa principal.

A diferencia del caso anterior, no hay en la LPRL reglas específicas sobre otros supuestos que, por implicar también la concurrencia de dos o más empresarios, han sido tratados tradicionalmente junto a la contrata y subcontrata de obras y servicios, como son los de cesión ilegal de trabajadores o los de transmisión de empresa. A falta de regla particular, para ellos sigue rigiendo la regla general del párrafo primero del art. 40 LIS, según el cual se extiende a los supuestos de infracción de las normas de seguridad y salud en el trabajo la responsabilidad solidaria que respecto de las "obligaciones laborales" (y de seguridad social) se desprende de los arts. 43 y 44 ET (y de las normas complementarias de la LGSS), así como, desde el punto de vista procedimental, del art. 3.3c) y d) RD 396/1996.

Tampoco hay reglas de responsabilidad para los casos que podríamos denominar de "cooperación ordinaria" entre empresarios, esto es, aquellos supuestos en los que concurren trabajadores de dos o más empresas en un mismo centro de trabajo sin que aparezcan vínculos formales (al menos, vínculos de contrata o subcontrata) entre las empresas implicadas. Para tales casos el art. 24 establece obligaciones de cooperación en materia de seguridad y salud en el trabajo (formación e información a los trabajadores, planes de prevención, aplicación de las medidas, etc...), pero no establece responsabilidades compartidas. Lo cual querrá decir en principio que cada una de esas empresas responderá por sus incumplimientos; si bien habrá más de un caso en que una misma obligación incumba a dos o más empresarios, y en que los incumplimientos consiguientes sean imputables conjuntamente a todos ellos, por lo que su responsabilidad habrá de ser conjunta o de alguna manera mancomunada.

Para los casos de reclutamiento a través de empresas de trabajo temporal la óptica de la ley cambia radicalmente. Ni los arts. 12 y 16 LETT ni el art. 28 LETT establecen obligaciones compartidas; la línea de regulación de tales preceptos parece ser, por el contrario, la delimitación y separación de los deberes correspondientes a cada una de tales empresas (de formación e instrucción por un lado; de información y protección por otro). De ahí que ni la LPRL ni el RD 396/1996 (art. 3.3.e) se refieran a responsabilidades compartidas: el art. 42.2 LPRL se limita a disponer que la empresa usuaria será responsable de la protección en materia de seguridad y salud en el trabajo en los términos del art. 16 LETT.

De tal regla, en efecto, no parece derivarse mecanismo alguno de responsabilidad compartida, pues se limita a la atribución de responsabilidad a la empresa primeramente obligada, sin referencia alguna a otras empresas eventual-

mente implicadas, como podría ser la empresa de trabajo temporal. En todo caso, no parece que las respectivas obligaciones puedan separarse por completo, ni que deba descartarse en todo caso la atribución conjunta de responsabilidades; dicho de otra manera, ante un siniestro causado por falta de medidas de seguridad no siempre será fácil determinar si ha fallado la formación previa del trabajador (que compete a la empresa de trabajo temporal) o la información referente al puesto de trabajo (que ha de ser suministrada por la empresa usuaria).

Cuestión que, por lo demás, plantean todas estas referencias normativas es la de su alcance material. En principio, las reglas que hemos venido exponiendo pertenecen a lo que podríamos considerar "ordenamiento de la responsabilidad administrativa", pues tal es el objeto principal de la regulación proporcionada por la LPRL y normas de desarrollo. Pero ninguna razón determinante existe para excluir de esos mecanismos de responsabilidad compartida la responsabilidad patrimonial, como ya se desprende del art. 153 OSHT. Ni siquiera la responsabilidad solidaria frente a los recargos de prestaciones de seguridad social, admitida por la jurisprudencia en aquellos casos en que la obligación infringida correspondía a las distintas empresas implicadas.

3. El caso especial de la Administración pública

Como se sabe, una de las características más llamativas de la LPRL es su aplicación conjunta no sólo a los sectores público y privado de la economía, sino, más aún, a la totalidad de las relaciones de trabajo en el seno de las Administraciones públicas, con independencia de que se rijan por normas laborales o administrativas. La extensión al ámbito de la Administración pública abre desde luego problemas inéditos en la aplicación de las normas de seguridad y salud en el trabajo, muchos de ellos ligados a la exigencia de responsabilidades. Máxime cuando la extensión afecta también a un personal tan particular desde el punto de vista de su regulación como es el funcionariado público.

En principio, la exigencia de responsabilidades en estos casos habrá de discurrir por las reglas que hemos expuesto con anterioridad. Pero inmediatamente han de hacerse numerosas salvedades y matizaciones. Por de pronto, a la Administración pública podrán exigirse responsabilidades administrativas, patrimoniales y de seguridad social, pero no responsabilidades penales (sin perjuicio de la posible comisión de delitos por parte de sus agentes o funcionarios); como antes dijimos, tal responsabilidad no es exigible en sentido estricto a las personas jurídicas, ni

siguiera parecen aplicables las consecuencias accesorias del delito previstas en el art. 129 CP. Adicionalmente, la exigencia de las restantes responsabilidades a las Administraciones públicas presenta algunas modulaciones importantes.

De un lado, la responsabilidad administrativa habrá de exigirse a través de vías especiales. No es aplicable en este caso el procedimiento sancionador al que anteriormente hicimos referencia. En sustitución del mismo, dispone el art. 45.1 LPRL que tal responsabilidad habrá de depurarse "a través de la imposición, por resolución de la autoridad competente, de la realización de las medidas correctoras de los correspondientes incumplimientos, conforme al procedimiento que al efecto se establezca". Tal regla es aplicable al conjunto de las Administraciones públicas, ya sea por vía directa, en cuanto "legislación laboral" aplicable al personal con contrato de trabajo, ya sea en su calidad de "legislación básica", en cuanto componente del estatuto del personal de régimen administrativo (disposición adicional tercera LPRL).

El procedimiento que a tal efecto se establezca puede variar, no obstante, de unas Administraciones a otras, según se trate del Estado o de las Comunidades Autónomas con competencias en la materia (competencia que es generalizada en materia de personal de régimen administrativo, y que va generalizándose en lo que se refiere a la ejecución de la legislación laboral). Respecto del personal civil con régimen administrativo o estatutario las Comunidades Autónomas pueden, asimismo, atribuir a órganos distintos las funciones propias de la autoridad laboral o la Inspección de Trabajo.

En cualquier caso, para el ámbito de la Administración General del Estado el propio art. 45.1 LPRL consagra unos principios básicos: el procedimiento habrá de ser aprobado por el Gobierno; tal procedimiento se iniciará por la Inspección de trabajo, de oficio o a instancia de los representantes del personal; tras la actuación de dicho órgano se dictará requerimiento con las medidas correctoras y el plazo para su adopción, y en caso de discrepancia entre los Ministerios competentes se elevarán las actuaciones al Consejo de Ministerios para la decisión final.

De otro lado, la responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios puede discurrir en hipótesis por dos vías diferentes. Por una parte, a través de las reglas generales del CC o, en su caso, del CP, si es que se exigiera la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por delitos de sus agentes, empleados o funcionarios (art. 121 CP). y por otra, a través del procedimiento general de exigencia de responsabilidades por lesiones causadas por "funciona-

miento normal o anormal de los servicios públicos", al amparo de los arts. 139 y siguientes LRJAP y RD 429/1993, de 26 de marzo, aplicables en principio a toda Administración pública, sin perjuicio de las "especialidades procedimentales" que pudieran establecer las Comunidades Autónomas con competencias en la materia (art. 1 RD 429/1993).

4. Reglas de competencia jurisdiccional

Las diferencias que presentan aquellas diferentes responsabilidades desde el punto de vista de su naturaleza jurídica se traduce también en una notable dispersión de competencias entre los diversos órdenes jurisdiccionales. En principio, no parece complicado adivinar los titulares de dicha competencia jurisdiccional: civil, penal, contencioso-administrativo o social, según la índole de la reclamación. Con todo, no siempre es fácil determinar el orden jurisdiccional competente. A veces, además, las competencias inicialmente atribuidas pueden solaparse o interferirse; de hecho, la posible concurrencia de responsabilidades puede dar lugar también a la concurrencia de órdenes jurisdiccionales al juzgar sobre un mismo asunto, en cuyo caso habrán de resolverse eventuales conflictos de competencia o arbitrarse las medidas de coordinación más adecuadas.

La atribución de competencias judiciales parece clara en lo que se refiere a las responsabilidades administrativa, penal y de seguridad social. La primera es exigible por y ante la autoridad administrativa, y se dilucida, llegado el caso, ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. La responsabilidad penal es exigible ante los órganos de la jurisdicción penal, que también pueden pronunciarse sobre la responsabilidad civil que derive de la comisión del delito o falta correspondiente. La responsabilidad de seguridad social es competencia, en caso de impugnación de la resolución correspondiente, de los órganos de jurisdicción social.

No es tan clara, sin embargo, la competencia en materia de responsabilidad patrimonial, particularmente cuando se ampara en las cláusulas generales del Código civil. En tales casos se han venido considerando competentes los órganos de la jurisdicción civil o común, incluso en los casos en que el trabajador reclama frente a su empresa. Pero, como dijimos con anterioridad, no carece de fundamento su atribución a los órganos de la jurisdicción social

cuando se exige entre las partes del contrato de trabajo, al amparo de la regla general del art. 2a) LPL, con independencia de que se formule como responsabilidad contractual o extracontractual.

Respecto de los supuestos de concurrencia de responsabilidades de distinta naturaleza, y, en consecuencia, de posible concurrencia de diversos órdenes jurisdiccionales juzgando sobre unos mismos hechos, habría que distinguir entre varias hipótesis. La concurrencia de responsabilidades de tipo penal y de tipo patrimonial no debe ofrecer problemas en principio, puesto que, como ya hemos visto, el alcance de una y otra puede y debe determinarse en el contexto del juicio penal. Con la salvedad de aquellos casos en que se exija responsabilidad penal al personal de la Administración y, a la vez, responsabilidad patrimonial a la misma al amparo del art. 145 LRJAP Y RD 429/1993.

La posible concurrencia de responsabilidades administrativas y penales habrá de solventarse desde el punto de vista procedimental mediante la regla del art. 3 LIS (completada y desarrollada por el art. 5 RD 396/1996), que, como vimos, en los casos en que la infracción pudiera ser constitutiva de delito da primacía al orden penal no sólo sobre la actuación administrativa, sino también, devueltas las actuaciones a sede administrativa, sobre los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa en lo que se refiere a la declaración de hechos probados.

Por último, la posible concurrencia de responsabilidades administrativas y de seguridad social camina en principio por vías jurisdiccionales separadas: la contencioso-administrativa y la social. Pero también aquí el art. 42.5 LPRL proporciona una importante regla de articulación. Dispone ese precepto, en concreto, que "la declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción, en lo que se refiere al recargo, en su caso, de la prestación económica del sistema de seguridad social". Dicho sea de paso, el planteamiento durante el expediente administrativo sancionador de cuestiones relativas a la existencia o no de relación laboral puede conducir a la apertura de oficio del proceso laboral, con la consiguiente suspensión de dicho expediente (arts. 145 y 149 LPL, y art. 6 RD 396/1996).

DERECHO PUBLICO Y SALUD LABORAL: EL RÉGIMEN JURÍDICO SANCIONADOR

María Emilia Casas Baamonde
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I.- Introducción: el fundamento comunitario de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.- II.- El régimen de responsabilidades empresariales en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales: la centralidad de las responsabilidades administrativas.- III.- La ordenación de la potestad administrativa sancionadora por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: 1. Sujetos responsables. 2. La predeterminación legal autónoma de las conductas ilícitas; el fraccionamiento de la legislación social sancionadora. 3. La tipificación y calificación de las infracciones: a) Infracciones leves. b) Infracciones graves. c) Infracciones muy graves. 4. La determinación de las fuentes normativas que completan la definición de las obligaciones y de las infracciones: a) La "normativa sobre prevención de riesgos laborales" y el concurso o concurrencia de leyes tipificadoras. b) Las técnicas normativas tipificadoras de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales; los excesos de tipificación y la tipificación indirecta. c) El destacado papel de los reglamentos; habilitaciones y remisiones normativas. c) Las funciones normativas de la negociación colectiva; y, de nuevo, la tipificación indirecta; conclusiones. 5. La predeterminación legal de las sanciones: a) La autonomía del régimen legal sancionador en materia de seguridad y salud laborales. b) La graduación legal de las sanciones y el principio de proporcionalidad de la actuación administrativa sancionadora. 6. La predeterminación legal de la habilitación para sancionar: a) Las competencias sancionadoras de las Administraciones laborales. b) La Ley de Prevención de Riesgos Laborales como "legislación laboral" y las competencias de las Administraciones laborales autonómicas. c) La Ley de Prevención de Riesgos Laborales como "ley administrativa"; normas básicas y competencias de las Comunidades Autónomas y de las Entidades locales. La autonomía de las diferentes Administraciones territoriales. d) El mantenimiento de las excepciones a las competencias de las Administraciones laborales en ciertos trabajos (el empleo de la técnica minera y la utilización de explosivos y de energía nuclear como cláusulas de excepción).

I.- INTRODUCCIÓN: EL FUNDAMENTO COMUNITARIO DE LA LEY 31/1995, / DE 8 DE NOVIEMBRE, DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

El artículo 4º de la Directiva 89/391/CEE, del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo, o Directiva marco en la materia, impone a los Estados miembros la obligación de adoptar "las disposiciones necesarias para garantizar que los empresarios, los trabajadores y los representantes de los trabajadores estén sujetos a las disposiciones jurídicas necesarias para la aplicación de la presente Directiva", añadiendo que los Estados miembros han de garantizar, en particular, "un control y una vigilancia adecuados". Los Estados miembros habían de cumplir estas obligaciones en las operaciones de ejecución o transposición a disposiciones internas ("legales, reglamentarias y administrativas") del contenido de la Directiva, lo que a su vez debían hacer "a más tardar el 31 de diciembre de 1992" (art. 18.1).

Por su parte, la Directiva 91/383/CEE, del Consejo, de 25 de junio de 1991, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de trabajadores con una relación de duración determinada o de empresas de trabajo temporal, establece que las disposiciones de la Directiva marco y de las Directivas específicas adoptadas en su desarrollo serán de plena aplicación a los trabajadores temporales y de empresas de trabajo temporal, "sin perjuicio de las disposiciones más vinculantes y/o más específicas" de su propia regulación, que los Estados miembros habían de ejecutar igualmente "a más tardar el 31 de diciembre de 1992", poniendo para ello en vigor "las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias" (arts. 2º.3 y 10.1). Mas precisamente, el art. 12 de la Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada,

que haya dado a luz o en período de lactancia¹, ordena a los Estados miembros incorporar a sus ordenamientos internos "las medidas necesarias para que cualquier trabajadora que se estime perjudicada por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Directiva pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional y/o, de conformidad con las legislaciones y/o las prácticas nacionales, mediante el recurso a otras instancias competentes". Finalmente, la Directiva 94/33/CE, del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo, impone también a los Estados miembros determinar "las medidas necesarias que deban aplicarse en caso de infracción de las disposiciones adoptadas en aplicación de la presente Directiva", medidas que han de tener "un carácter efectivo y proporcionado" (art. 14).

Corresponde, pues, en suma, a los Estados miembros asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por las citadas Directivas y prever medidas frente a su eventual incumplimiento, en la operación de ejecución normativa o transposición a disposiciones internas (legales, reglamentarias y administrativas o acordadas por los interlocutores sociales) de su contenido. Lo reiteran, aunque no sólo a estos efectos sino también al de asegurar el "efecto útil" de las Directivas los arts. 14.1 de la Directiva 92/85/CEE y 17.a) de la Directiva 94/33/CE: "los Estados miembros deberán tomar todas las medidas necesarias para poder en cualquier momento garantizar los resultados que pretende la presente Directiva. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión".

Para ello, los Estados miembros, haciendo uso de la libertad que el art. 189 del Tratado CE les otorga "en cuanto a la forma y los medios" de ejecutar las Directivas, adoptarán los mecanismos de garantía que sean conformes a sus legislaciones o prácticas nacionales. Esto es lo que hace la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPR), que, en palabras de su Exposición de Motivos, "transpone al Derecho español la citada Directiva" 89/391/CEE e incorpora "al que será nuestro cuerpo básico en esta materia disposiciones de otras Directivas cuya materia exige o aconseja la transposición en una norma de rango legal, como son las Directivas 92/85/CEE, 94/33/CE y 91/1383/CEE ..."³.

¹ Décima Directiva específica con arreglo al apdo. 1 del art. 16 de la Directiva 89/391/CEE.

² Para lo que los Estados miembros han de utilizar los medios de transposición más apropiados, según jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia de las Comunidades: Sentencias de 8 de abril de 1974, 13 de noviembre de 1977, 8 de junio y 6 de julio de 1982, 30 de enero de 1985 o de 8 de junio de 1994.

³ Exposición de Motivos, I.

En nuestro ordenamiento jurídico, la atribución de funciones de garantía o tutela del cumplimiento de los derechos laborales acostumbra a efectuarse por las leyes laborales y de Seguridad Social a un doble orden de instancias: las judiciales (el orden social de la jurisdicción) y las administrativas (las Administraciones laborales), sin perjuicio, claro es, de las responsabilidades de orden penal y civil derivada, cubiertas sustantiva y procesalmente, por sus propias normas y orden jurisdiccional.

A los Juzgados y Tribunales del orden social de la jurisdicción corresponde satisfacer "las pretensiones que se promuevan en la rama social del Derecho en conflictos tanto individuales como colectivos", "juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado" (arts. 9.5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y 10 de la Ley de Procedimiento Laboral, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril). Sobre las Administraciones laborales y sus funciones inspectoras y sancionadoras descansa la eficacia de las normas laborales, su eficaz cumplimiento (Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social).

Este doble orden tutelar encuentra su fundamento en la Constitución, que regula las funciones de la Administración y del Poder Judicial (arts. 103 y 117), impone a los poderes públicos la obligación de hacer efectivo del Estado social y democrático de Derecho (arts. 9.2 y 3 Y 1.1), Y reconoce como derechos fundamentales y libertades públicas el de "todas las personas" a "obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos" (art. 24.1) y el de que "nadie" pueda ser "condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en cada momento" (art. 25.1).

Por lo demás, al disponer de órganos administrativos con competencias de vigilancia del cumplimiento y, en su caso, sanción del incumplimiento de las normas laborales, España cumple con la obligación derivada de la ratificación del Convenio núm. 150 de la OIT, de "garantizar, en forma adecuada a sus condiciones nacionales, la organización y el funcionamiento en su territorio de un sistema de Administración del trabajo". Por su parte, los Convenios, también de la OIT, núms. 81 y 129, imponen a los Estados que los ratifiquen, entre los que se encuentra España, la obligación de "mantener un sistema de Inspección de trabajo en los establecimientos" industriales, comerciales y en las empresas agrícolas que ocupen a asalariados.

Acogiendo los mecanismos de tutela tradicionales en nuestro ordenamiento jurídico de la "seguridad e

higiene" en el trabajo⁴, la LPR, en su Capítulo VII, "Responsabilidades y sanciones": a) dispensa protección administrativa, mediante la conversión en infracciones administrativas de los incumplimientos empresariales de las obligaciones que establece en materia de prevención de riesgos laborales; b) hace referencia a las eventuales responsabilidades penales resultantes; y c) igualmente alude a las responsabilidades "civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento" (art. 42.1).

Para la primera de las operaciones mencionadas se precisaba, en nuestro sistema constitucional, una norma con rango de ley, de forma que la pluralidad de instrumentos jurídicos que las Directivas contemplan como apropiados para su

transposición ("disposiciones legales, reglamentarias y administrativas" y "disposiciones" adoptadas por los interlocutores sociales "mediante convenios colectivos") se reducía, en nuestro caso y en este extremo, a las "disposiciones legales". Las medidas adecuadas que aquéllas demandan a los Estados miembros para asegurar su cumplimiento y evitar o sancionar su incumplimiento han de establecerse, en el nuestro, en una norma con rango de ley.

La garantía "formal" contenida en el art. 25.1 de la Constitución exige rango de ley a las normas que operen la "tipificación cierta y concreta" de las infracciones y sanciones correspondientes y de las responsabilidades consiguientes, operación tipificadora necesaria para satisfacer la garantía "material", "de alcance absoluto", contenida en el mismo precepto constitucional, según interpretación firme y reiterada del Tribunal Constitucional. Según esta interpretación, "el término "legislación vigente" contenido en dicho artículo 25.1 es expresivo de una reserva de ley en materia sancionadora", que, sin embargo, admite la colaboración del reglamento en la definición de las figuras sancionadoras, siempre que en la ley "queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer". El principio de legalidad que encierra el citado precepto constitucional -entendido como exigencia de norma con rango de ley para dar cobertura al principio de tipicidad, derivado del mismo precepto- satisface

⁴ Contenido básicamente en la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, aprobada por OM de 9 de marzo de 1971, cuyos Títulos I y III se derogan por la LPR. Su Título II se mantiene vigente "en lo que no se oponga a lo previsto en esta Ley, y hasta que se dicten los reglamentos a los que se hace referencia en el artículo 6..." (disp. derogatoria única. d)).

⁵ Por todas, STC 42/1987, de 7 de abril; 3/1988, de 21 de enero; 116, 145 Y 305/1993, de 29 de marzo, 26 de abril y 25 de octubre, y 6, 45, 276 Y 310/1994, de 17 de enero, 15 de febrero, 17 de octubre y 21 de noviembre; 145 y 1847/1995, de 3 de octubre y 12 de diciembre.

también el principio de legalidad al que aluden los arts. 9.3 y 103.1 del propio texto constitucional, entendido ahora como habilitación legal del ejercicio de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas. No puede, en consecuencia, la negociación colectiva regular el ejercicio de la potestad sancionadora de las Administraciones laborales ni disponer de la regulación que ordena la actividad procesal del orden social de la jurisdicción.

Desafortunadamente, nada dice la LPR de los procesos judiciales capaces de garantizar la ejecución efectiva de sus obligaciones, incluidas las adicionales responsabilidades civiles por los daños y perjuicios causados como consecuencia de su incumplimiento. Ante su silencio, no queda otro remedio que entender que la nueva Ley da por supuesta la garantía judicial de los derechos que reconoce (art. 24.1 CE) a través de la remisión implícita a la jurisdicción del orden social para el conocimiento de las cuestiones litigiosas promovidas "entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo" y "en procesos de conflictos colectivos" (arts. 1º Y 2º.a) y 1) de la Ley de Procedimiento Laboral; en adelante, LPL). No obstante, y dados los conflictos competenciales surgidos con la jurisdicción civil, cuya competencia para conocer de las acciones de responsabilidad contractual por daños y perjuicios ha venido siendo afirmada por la Sala la del Tribunal Supremo, hubiera sido preferible el pronunciamiento expreso de la LPR a este respecto.

Por lo que se refiere a la tipificación delictiva de determinados comportamientos conculcadores de los derechos y obligaciones establecidos, y su correspondiente condena penal y la responsabilidad civil derivada, es esta una tarea que, entre nosotros, corresponde tradicionalmente al Código Penal, aprobado, también por exigencias de nuestra Constitución sobre las fuentes de producción normativa (mas estrictas para la regulación de los tipos y sanciones penales que para la tipificación de las infracciones y sanciones administrativas, según la interpretación constitucional del art. 25.1 de la Constitución), por ley orgánica: por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. A sus tipos delictivos - art. 316, para el delito contra la seguridad y salud laboral "con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales", y arts. 147 y ss. y 621, para el delito y falta de lesiones- habrá de estarse, en consecuencia,

⁶ STC 77/1983, de 3 de octubre.

⁷ STC 210/1992, de 19 de noviembre.

sin que sea objeto de este trabajo adentrarse en su estudio.

Fijado el marco jurídico europeo en el que se inscribe la LPR, es necesario entrar en el análisis de los concretos mecanismos de tutela o garantía de su cumplimiento de naturaleza jurídico-pública, que son los que disfrutan de una regulación propia. Objeto de este trabajo serán únicamente las consecuencias de los incumplimientos consistentes en responsabilidades administrativas y, dentro de éstas, en sanciones.

No me ocuparé aquí, por tanto, de otras reacciones o mecanismos jurídico-públicas ante las infracciones empresariales del ordenamiento preventivo, que también la LPR se preocupa de determinar y que, siendo distintos técnicamente de las sanciones, las preceden o acompañan. Son varios: a) los requerimientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, al comprobar la existencia de una infracción a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, para lograr su cumplimiento (art. 43); b) la paralización de los trabajos o tareas en que la inobservancia de la normativa de prevención de riesgos laborales genere un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, ordenada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sin perjudicar el pago de los salarios o de las indemnizaciones que procedan (art. 44); c) la suspensión o el cierre del centro de trabajo, acordada por el Gobierno u órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas, concurriendo circunstancias de excepcional gravedad en las infracciones, y, como en el caso anterior, sin perjuicio del pago del salario o de las indemnizaciones que procedan (art. 53); Y d) las limitaciones a la facultad de contratar con las Administraciones públicas por la comisión de delitos o por infracciones administrativas muy graves en materia de seguridad y salud en el trabajo (art. 54).

II.- EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES EMPRESARIALES EN LA LEY 31/1995, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: LA CENTRALIDAD DE LAS RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS

El cuadro de responsabilidades que, por incumplimiento de sus obligaciones de los empresarios en materia de prevención de riesgos laborales, resulta del art. 42.1 de la LPR contempla, como acaba de señalar-

⁸ Vid., al respecto, T. SALA FRANCO Y F. ARNAU NAVARRO, *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 230 y ss.

se.; a) responsabilidades administrativas; b) responsabilidades penales; y c) responsabilidades civiles. Este cuadro, incompleto, precisa ser completado con las responsabilidades propiamente laborales de los empresarios, derivadas de la ejecución de sus obligaciones contractuales, y con las que operan en el ámbito normativo de la Seguridad Social sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y de recargo de las prestaciones económicas correspondientes por falta de medidas de seguridad. A estas últimas se refiere la propia LPR en su art. 42.3 y 5 Y en su disp. adicional la. Las laborales, en cambio, quedan absolutamente silenciadas a lo largo y ancho del cuerpo normativo de la LPR. Por lo demás, su art. 42 deja abierta, naturalmente, la cuestión de las responsabilidades concurrentes de terceros (directivos o gerentes, trabajadores o de "cualquier otra persona", en los términos del art. 14.4).

La impresión que a primera vista produce el citado art. 42 es que hace descansar las responsabilidades que regula sobre las de naturaleza pública, en detrimento de los mecanismos de responsabilidad contractual-laboral y de tutela judicial. Esa impresión se ve confirmada tras el análisis del resto del articulado del Capítulo VII de la LPR. Y ello por las siguientes razones:

1ª) Las responsabilidades administrativas se citan en lugar primero y principal en la estructura normativa del art. 42.1: "El incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas ...".

2ª) Las "otras" responsabilidades, penales y civiles, son aleatorias y accesorias y, lógicamente, se remiten a sus específicos órdenes reguladores (los Códigos Penal y Civil). Sigue diciendo el precepto transcrito: "... así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento".

3ª) No se hace la menor referencia a las técnicas de tutela judicial que han de utilizarse para demandar el reconocimiento y cumplimiento de los derechos a la seguridad y salud en el trabajo y, en su caso, las responsabilidades civiles por daños y perjuicios.

4ª) El resto de preceptos que componen el Capítulo VII de la LPR regulan el régimen sancionador y otros medios administrativos de reacción y corrección de los incumplimientos de las obligaciones empresariales en materia de prevención de riesgos laborales, sin volver para nada a responsabilidades de otra naturaleza.

En definitiva, el esquema de responsabilidades empresariales de la LPR sigue, en cierta medida, anclado en la concepción de corte tradicional que consideraba de carácter jurídico-público el deber empresarial de

seguridad e higiene en el trabajo y al empresario como deudor "público" de seguridad y, consecuentemente, su incumplimiento generador de sanciones administrativas. Y es que la LPR es una norma más innovadora en el plano formal (al cumplir la tarea, por decirlo con palabras de su Preámbulo, de "actualizar regulaciones ya desfasadas") que en el material, aunque, claro es, no deje de acometer la regulación de "situaciones nuevas no contempladas con anterioridad"⁹.

En el diseño de los instrumentos que pone a contribución de la realización de su objetivo básico, cual es el de la promoción de la seguridad y salud de los trabajadores a través de la prevención de los riesgos derivados del trabajo (art. 2.1, párrfo 1º), su parte jurídico-pública, integrada por las competencias administrativas o "actuaciones a desarrollar por las Administraciones públicas" (art. 2.1, párrfo 3º), es verdaderamente importante: comprende el diseño y ejecución de la política preventiva mediante el ejercicio de potestades reglamentarias, de fomento o promoción de la educación en materia preventiva y de la prevención misma, de asesoramiento técnico, de vigilancia y control del cumplimiento de las normativa de prevención de riesgos laborales y de sanción de su incumplimiento, de evaluación y control de las actuaciones de carácter sanitario que realicen los servicios de prevención, de información, y de elaboración y divulgación de estudios, investigaciones y estadísticas sobre la salud de los trabajadores. E implica en su realización a las Administraciones educativa, laboral, sanitaria y de industria.

Sin embargo, la configuración jurídica de la protección de la seguridad y salud de los trabajadores descansa, de manera absolutamente inequívoca en la LPR, sobre el derecho subjetivo de los trabajadores "a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo" y sobre el correlativo deber de protección de los empresarios y, a la postre, sobre el contrato de trabajo, en cuyo seno se constituye esa "relación obligatoria básica"¹¹. El centro de su regulación "es el reconocimiento del derecho de los trabajadores a un adecuado nivel de protección y la imposición de deberes y responsabilidades correspondientes ... al empresario"¹², radicando su "trascendental novedad" no tanto en la proclamación legislativa del derecho de los trabajadores

⁹ Compárese el art. 42 de la LPR con el derogado art. 155 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo para comprobar sus similitudes. Vid., M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, *Trabajo y medio ambiente*, Relaciones Laborales, núm. 24, 1995, pág. 5.

¹⁰ Exposición de Motivos, 2.

¹¹ M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, *El nuevo marco jurídico de la prevención de riesgos laborales: la Ley 31/1995 de 8 de noviembre*, Actualidad laboral, núm. 8, 1996, IX, pág. 206.

¹² RODRÍGUEZ-PIÑERO, op. cit., pág. 5.

a la protección eficaz de su seguridad y salud, cuanto en "en la determinación ...[de su] contenido"¹³, del que forma parte el complejo o conjunto de derechos regulado en la propia LPR: "de información, consulta y participación, formación en materia preventiva, paralización de la actividad en caso de riesgo grave e inminente y vigilancia de su estado de salud" (art. 14.1, párrfo 4º); conjunto de derechos que se corresponde con el de deberes y responsabilidades del empresario, que queda obligado a realizar "la prevención de los riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias ... en materia de evaluación de riesgos, información, consulta y participación y formación de los trabajadores, actuación en casos de emergencia y de riesgo grave e inminente, vigilancia de la salud, y mediante la constitución" de servicios de prevención (art. 14.2, párrfo 1º). Por ello, los efectos de los incumplimientos empresariales de sus deberes contractuales no pueden ser sólo sancionadores.

Desde el momento en que la LPR integra el deber de protección del empresario para asegurar el derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo en el seno del contrato de trabajo, éste ha de prestar las técnicas e instrumentos para la protección judicial correspondiente. Los trabajadores, "en la relación de trabajo", tienen derecho "al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo", dice el art. 4.2.g) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET). Entre ellas, han de contarse las de reconocimiento de sus derechos en materia de seguridad y salud laborales y de condena por su incumplimiento, pretensiones de condena que no necesariamente han de revestir un contenido patrimonial -aunque, naturalmente, pueden conllevar la reparación del daño causado-, además de las resolutorias del contrato de trabajo por incumplimiento grave por el empresario de sus obligaciones contractuales (art. 50.1.c) del ET).

Por lo demás, y reconocidos, dentro del derecho de los trabajadores a la protección eficaz de su seguridad y salud, los de información, consulta y participación, que se ejercen a través de sus representantes, cuando éstos existan, y de la representación especializada que son los delegados de prevención, también estas actuaciones colectivas se dirigen a "la defensa de los intereses de los trabajadores en materia de prevención de riesgos en el trabajo", a través, entre otros medios, de "acciones ante ... los órganos y tribunales competentes" (art. 34.2 de la LPR). La trascendencia de la acción colectiva en materia de prevención de riesgos laborales es enorme, como bien se sabe, constituyendo las acciones colectivas un instrumento decisivo para su éxito o eficacia.

¹³ PALOMEQUE LÓPEZ, op. cit., pág. 208.

Ocurre, pues, que la "visión integrada" de la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, a través de la prevención de los riesgos profesionales, que luce en el cuerpo sustantivo de la LPR (art. 2.1, párrafo 3º y Capítulo II, de un lado, y, de otro, Capítulos III, IV Y V», al englobar en su ámbito "intereses privados, colectivos y públicos"¹⁴, se descompensa en favor de éstos últimos en la regulación del art. 42, que analizamos, y, en general, a lo largo de su Capítulo VII.

Sentado esto, el planteamiento de partida habría de matizarse en los siguientes términos, conectando sistemáticamente el art. 42 de la LPR, y la articulación de las responsabilidades que en él aparecen, con la regulación legal del contrato de trabajo -contenida en el ET- y sus correspondientes garantías de orden procesal -de la LPL-:

1º) Las responsabilidades empresariales jurídico-públicas son, en efecto, principales en la regulación del art. 42.1 Y del entero Capítulo VII de la LPR, en el que destaca la nutrida presencia de las técnicas propias del Derecho administrativo sancionador en contraste con la escasa y diluida de las variantes de responsabilidades que operan en otros ámbitos. El empresario responsable del incumplimiento debe soportar las consecuencias de la infracción -administrativa o penal- y, en su caso, la reparación de sus consecuencias (responsabilidad civil por daños y perjuicios sobre la base del art. 1.101 del Código Civil, canalizada a través del proceso laboral, o responsabilidad civil derivada de delito o falta, conforme a los arts. 116 y ss. del Código Penal). El empresario es administrativamente, o en su caso penalmente, responsable del incumplimiento y civilmente de las consecuencias -daños y perjuicios- de ese incumplimiento. Siendo ello así, no significa, sin embargo, que las responsabilidades laborales, individuales o colectivas, no existan o sean baladías.

2º) La Ley de Procedimiento Laboral, y su regulación del proceso ordinario y del especial de conflicto colectivo, sirve para instrumentar la defensa procesal de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores, sin necesidad de que la LPR remita a ella expresamente, si bien dicha remisión explícita hubiera despejado de incógnitas la determinación de la jurisdicción competente y la elección del camino procesal correspondiente, en lo que hace, si al incumplimiento empresarial sigue luego una lesión, al resarcimiento de los daños causados sobre el modelo de la responsabilidad contractual del Código Civil¹⁵. Repárese asimismo en la

utilización -posible, aunque de utilidad dudosa por la tardanza que supone esperar a la firmeza de las resoluciones administrativas- del procedimiento iniciado de oficio por las resoluciones firmes de la Autoridad laboral que confirmen las actas de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social "en las que se aprecien perjuicios económicos para los trabajadores afectados" (art. 146. a) de la LPL).

3º) Es el principio de legalidad (art. 25.1 CE), una vez tomada por el legislador la decisión de diversificar el régimen sancionador en materia de salud laboral del común contenido en la Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, LIS), el que justifica la larga regulación infractora/sancionadora del Capítulo VII de la LPR.

4º) La difuminación e insuficiente enunciado de las responsabilidades laborales del empresario incumplidor se explica porque el legislador sigue considerando la mecánica pública sancionadora la más adecuada y eficaz para la protección de los derechos e intereses en juego a través del logro del cumplimiento de las normas. No es ajeno el legislador a una cierta desconfianza hacia la protección judicial de tales derechos, dadas las naturales limitaciones de las sentencias declarativas y las tradicionales dificultades de ejecución de las de condena a obligaciones de hacer. Se inserta aquí también, en último extremo, la temática de la naturaleza y eficacia de las sentencias de conflicto colectivo. Con tales limitaciones y dificultades, las técnicas de protección judicial podrían dejar el cumplimiento de las obligaciones empresariales desprovisto de contenido real y vacío de verdadera responsabilidad. La consecuencia lógica de tal desconfianza es la reducción de las responsabilidades distintas de las administrativas, o en su caso penales, a las indemnizatorias por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

La LPR se pronuncia también sobre la compatibilidad de las distintas responsabilidades empresariales. Las responsabilidades administrativas consistentes en sanciones y las civiles y las de recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social -además de las que, sobre las propias prestaciones, se generan en el ámbito propio del sistema de Seguridad Social- pueden operar de forma independiente o acumulada. Esto es, y en los términos de su art. 42.3, son compatibles. Lo son las administrativas y las civiles y las administrativas y de recargo de prestaciones económicas, sin la menor duda: también, las civiles y las de recargo de prestaciones económicas, aunque aquí, y contra lo que hubiera sido deseable, la regulación legal sea menos clara¹⁶. Son igualmente compatibles las responsabilida-

¹⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO, op. cit., pág. 4.

¹⁵ La misma queja formulan S. GONZÁLEZ ORTEGA y J. APARICIO TOVAR, Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, Ed. Trotta, Madrid, 1995, pág.268; Y SALA FRANCO Y ARNAU NAVARRO, op. cit., págs. 238-239.

¹⁶ En igual sentido, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, op. cit., pág. 7.

des penales con las de recargo de prestaciones económicas (no con las civiles indemnizatorias, si ya las penales las llevasen aparejadas conforme al Código Penal). Desde luego, las dichas son compatibles con las responsabilidades laborales del empresario incumplidor y con las que le sean exigibles de acuerdo con las normas de Seguridad Social.

En cambio, las responsabilidades administrativas y las de carácter penal son: a) alternativas, no pudiendo sancionarse administrativamente los hechos que ya lo hubieran sido penalmente "en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento" (art. 42.4 de la LPR); y b) subsidiarias las administrativas respecto de las penales. De ahí que, en los supuestos de concurrencia con el orden jurisdiccional penal y para garantizar su prevalencia, la LPR remita a lo dispuesto en el art. 3º de la LIS, que ordena a las Administraciones sancionadoras pasar el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal con la consiguiente paralización del procedimiento administrativo sancionador hasta tanto no se dicte por la autoridad judicial sentencia firme o resolución que ponga fin al proceso penal. En caso de que la resolución penal no estimase la existencia de delito, la tramitación del procedimiento administrativo continuará "en base a los hechos que los Tribunales [penales] hayan considerado probados".

En aras del funcionamiento efectivo de esta regulación, la LPR impone a las Autoridades laborales y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el deber de velar "por el cumplimiento de los deberes de colaboración e información con el Ministerio Fiscal" (art. 42.4, párrafo 2º). Pese a todo, la circunstancia de un riesgo inminente para la seguridad y salud de los trabajadores obliga a cumplir, "de modo inmediato", las "medidas administrativas" que se hayan adoptado para su salvaguarda (art. 3.3 de la LIS).

De la incompatibilidad señalada queda a salvo el pago del recargo de las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional, responsabilidad "independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que pueda derivarse de la infracción" (art. 123.3 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, en adelante LGSS).

Para facilitar la prueba de la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, la LPR vincula al orden social de la jurisdicción, competente para imponer el recargo de la prestación económica de la Seguridad Social, a la declaración de hechos probados de la sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, competente para

conocer de la infracción/sanción administrativa (art. 42.5).

Por último, y en lo que se refiere al polémico tema de la naturaleza sancionadora o indemnizatoria del recargo de prestaciones económicas de la Seguridad Social, forzoso es reconocer que la LPR no ha dejado zanjado este punto. Se limita a incrustar ambiguamente, en el texto de su art. 42.3, el término "indemnizaciones", que, ciertamente, permite ser aplicado no sólo a las que correspondan por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, sino también al recargo de las prestaciones de Seguridad Social en caso de accidente de trabajo y de enfermedad profesional, así como a contemplar, en su art. 15.5, la posibilidad de que los empresarios concierten operaciones de seguro sobre sus responsabilidades civiles en materia de prevención de riesgos.¹⁷ Aún admitiendo lo justificado de las interpretaciones doctrinal es que deducen de estos datos normativos la naturaleza indemnizatoria de los recargos,¹⁸ no puede pasarse por alto el hecho de que la LPR no sólo no deroga expresamente el citado art. 123.2 de la LGSS (disp. derogatoria única), sino que, de manera expresa, mantiene la vigencia del "régimen jurídico establecido ... en la normativa de Seguridad Social" para las contingencias de accidente de trabajo, enfermedad profesional, accidente no laboral y enfermedad común. Ese régimen jurídico, por determinación de su disp. adicional la, continua "siendo de aplicación en los términos y con los efectos previstos en dicho ámbito normativo".

No cabe duda de que una operación de tan amplio calado, en la que el legislador decide modificar la naturaleza del recargo, convirtiendo en indemnizatorio lo que la jurisprudencia venía considerando sancionador y permitiendo su aseguramiento frente a la tajante prohibición del art. 123.2 de la LGSS, precisaba ser puesta de manifiesto, sin dar lugar a incertidumbres y oscilaciones interpretativas. No se trata, obviamente, de que la concepción del recargo económico como "responsabilidad extraordinaria y puramente sancionadora"¹⁹ no

¹⁷ Apartado añadido en la elaboración parlamentaria del proyecto de LPR en el Senado, como consecuencia de la enmienda núm. 97 del Grupo Parlamentario Socialista, cuya justificación aducía que "el hecho de que el riesgo sea asegurable retuerza la protección del trabajador, por lo que técnicamente es más correcto incluir este asunto en el artículo 15, añadiendo un párrafo 5º nuevo, en lugar de en el apartado 6 del artículo 42 del proyecto": *BOCG, Senado V Legislatura Serie no núm. 83 (b), de 12 de septiembre de 1995*, pág. 65.

¹⁸ En tal sentido, S. GONZÁLEZ ORTEGA y J. APARICIO TOVAR, op. cit., pág. 273.

¹⁹ En términos de la STC 81/1995, de 5 de junio (con cita de la anterior STC 158/1985, de 26 de noviembre, y de los AATC 596/1989 y 355/1991), que, sin embargo, no entra "en la polémica

deba ser modificada, sino de que tal modificación mediante la afirmación de su naturaleza prestacional, y la posibilidad consiguiente de su aseguramiento, requiere una solución segura, que la LPR no proporciona. Así lo demanda el principio de seguridad jurídica. Pues bien, ante la ambigüedad del régimen establecido, no me parece pueda sostenerse convincentemente la derogación del citado precepto de la LGSS por la cláusula inicial de derogación implícita de la disp. derogatoria única de la LPR²⁰.

Una vez precisada la singular relevancia que en nuestro ámbito tienen las responsabilidades administrativas, y su compatibilidad con las de cualquier otro orden, a excepción de las de carácter penal en los supuestos en que concurren las tres identidades exigidas por el art. 42.4 de la LPR a efectos del juego del principio non bis in idem -concurrencia nada fácil de darse por la diferente configuración e imputabilidad personal de la responsabilidad penal y de la administrativa, atendiendo a la naturaleza física o jurídica del sujeto empresarial infractor-, es momento de entrar en el análisis pormenorizado del régimen sancionador específico de la LPR.

doctrinal sobre la naturaleza jurídica de esta figura, esclareciendo si se trata de una genuina sanción administrativa" (f.j. 5).

²⁰ En igual sentido, SALA FRANCO Y ARNAU NAVARRO, op. cit., pág. 188. Por lo demás, éste era el convencimiento de los autores de la norma. La enmienda parlamentaria citada en la nota 17 justificaba también que el que en el art. 15.5 no se mantuviese expresamente la prohibición de aseguramiento del recargo -que, en cambio, figuraba en el apdo. 6 del art. 42 proyectado por la Comisión de Política Social y Empleo del Congreso de los Diputados: " ... En ningún caso podrá ser objeto de seguro alguno la responsabilidad del pago del recargo de prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional, por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, previsto en la legislación vigente, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla" (BOCG, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A, núm. 99-10, de 2 de junio de 1995, pág. 165), texto que precisamente la enmienda suprime al trasvasar su contenido al nuevo apdo. 5 del art. 15- se debía a que semejante prohibición ya estaba debidamente recogida "en el artículo 123.2 del texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio" (BOCG, Senado, V Legislatura, Serie TI, núm. 83 (b), de 12 de septiembre de 1995, pág. 65, cit.).

En la misma línea de considerar la responsabilidad empresarial por el recargo como sancionadora se mueve el art. 38 del RD 396/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para la extensión de actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social.

III.- LA ORDENACIÓN DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA POR LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

1. Sujetos responsables

La ordenación por la LRP del régimen jurídico sancionador de sus incumplimiento se refleja la regla tradicional del Derecho social sancionador de que el sujeto comitente de las conductas ilícitas tipificadas como infracciones es el empresario. Así figura en la definición que su art. 45.1 proporciona de las infracciones administrativas, como "las acciones u omisiones de los empresarios que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud laboral sujetas a responsabilidades conforme a la presente Ley". La responsabilidad por ilícitos administrativos es únicamente empresarial.

El criterio subjetivo señalado se acomoda perfectamente a la materia regulada en la LPR, que, como se dijo, en esencia se construye sobre el deber contractual genérico del empresario de protección de sus trabajadores, en cuyo cumplimiento queda obligado a garantizar "la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo", deber correlativo al derecho de aquéllos "a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo" (art. 14.1 Y 2). Y ello, sin perjuicio de las obligaciones que a los trabajadores (así como a los delegados de prevención y a los servicios de prevención: arts. 37.3, 30.4, párrafo 3º, y 31) impone la propia LPR en su art. 29, que, como se cuida de señalar el art. 14.4, no eximen al empresario del cumplimiento de sus obligaciones, aunque pueda éste ejercitar las acciones que estime oportunas "contra cualquier ... persona". El art. 14.3 insiste en que "el empresario deberá cumplir las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales". Por su parte, el propio art. 29.3 otorga al incumplimiento por los trabajadores de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos la calificación de incumplimiento laboral sancionable por el empresario, conforme a lo dispuesto en el art. 58.1 del ET. Lo que, en términos negativos, significa, sin duda alguna, que ese incumplimiento no se sujeta al régimen administrativo sancionador y no constituye una infracción administrativa.

En resumidas cuentas: 1) Los trabajadores no son sujetos de responsabilidad administrativa. Tampoco los trabajadores autónomos, "dada su imposible califica-

ción como empresarios"²¹. 2) Los sujetos responsables no son otros, pues, que los empresarios que incurran en las acciones u omisiones tipificadas como infracciones por la propia LPR; sean dichos empresarios personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad y sean personas jurídico-privadas o jurídico-públicas (art. 1.2 del ET). Sobre la admisión de la responsabilidad directa por autoría o capacidad infractora de las personas jurídicas, sin supresión del principio de culpabilidad pero con aplicación "de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas", se ha pronunciado la STC 246/1991, de 19 de diciembre. Su argumentación vale igual para las comunidades de bienes u otros entes sin personalidad (art. 1.2 y 5 del ET). 3) Excepcionalmente, se establece la responsabilidad múltiple de los empresarios afectados por operaciones de descentralización productiva (contratas y subcontratas), cesiones ilícitas de mano de obra y transmisiones de empresas, a través de la figura de la responsabilidad solidaria. 4) Las responsabilidades plurales de los empresarios participantes en operaciones lícitas de cesión de trabajadores se establecen independientemente por infracciones diversas, y, por ende, sin relación alguna de solidaridad, mancomunidad o subsidiariedad. Y ello, sin perjuicio del deber de coordinación de actividades empresariales y colaboración en la aplicación de la normativa de prevención de riesgos que la LPR impone a los distintos empresarios cuyos trabajadores desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo (art. 24).

Ocurre, pues, que la responsabilidad administrativa puede imputarse a distintos sujetos empresariales. Examinemos los distintos supuestos de imputación de responsabilidad.

Para la LPR son empresarios responsables de infracciones administrativas²²:

1) Las Administraciones, públicas para las que presta servicio el "personal civil con relación de carácter administrativo o estatutario", personal que integra la noción legal de "trabajadores" (art. 3.1, párrafo 2º), sin perjuicio de las peculiaridades anunciadas ya en el art. 3.1, párrafo 1º, Y contempladas en la propia LPR y en sus normas de desarrollo, y con las exclusiones, particularidades y adaptaciones previstas en los apdos. 2 y 3 del citado art. 3. Por si hubiera dudas al respecto, el art. 14.1, párrafo 3º, establece que el genérico deber de protección que, en el marco del contrato de trabajo, corresponde al empresario para satisfacer el correlativo

derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, "constituye, igualmente, un deber de las Administraciones públicas respecto del personal a su servicio", encajado en la correspondiente relación jurídico-funcionarial o estatutaria. Y, de igual modo que para el incumplimiento por los trabajadores de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos, el art. 29.3 recurre a calificar de falta disciplinaria de acuerdo con su normativa propia, y no de infracción administrativa, el incumplimiento de esas mismas obligaciones por los funcionarios públicos y personal estatutario equiparado.

La LPR se inscribe con toda claridad en la línea legislativa de equiparación de trato de las condiciones de trabajo de los trabajadores y los funcionarios públicos apuntada en la reforma legislativa laboral de 1994 y acogida en la Ley 18/1994, de 30 de junio, por la que se modificó la normativa de elecciones a los órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones públicas.

2) Las sociedades cooperativas respecto de los socios cuya actividad consista en la prestación de su trabajo personal, con las particularidades derivadas de su normativa específica (art. 3.1)²³. Tampoco los incumplimientos de las obligaciones preventivas de riesgos por parte de estos socios constituyen ilícitos administrativos, debiendo sustanciarse en el ámbito propiamente cooperativo "con las precisiones que se establezcan en sus Reglamentos de Régimen Interno" (art. 29.3).

3) Las empresas principales, solidariamente con los contratistas o subcontratistas con los que hubiesen contratado o subcontratado la realización de obras o servicios correspondientes a su propia actividad, respecto de los trabajadores ocupados en sus centros de trabajo y respecto de las infracciones producidas en ellos durante el período de la contrata (art. 42.2, párrafo 1º)²⁴. En estos casos de descentralización productiva, la responsabilidad solidaria de la empresa principal supone, en el esquema de la LPR, el correlativo incumplimiento de sus obligaciones de información e instrucción a los contratistas y subcontratistas de los riesgos y de las medidas de prevención, protección y emergencia existentes en su centro y de vigilancia del cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales. El empresario prin-

²¹ S. GONZÁLEZ ORTEGA y J. APARICIO TOVAR, op. cit., pág. 282.

²² Véase, asimismo, la determinación de los "supuestos específicos de responsabilidad empresarial" que efectúa el art. 3.3 del RD 396/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento sancionador en el orden social.

²³ Ni que decir tiene que las cooperativas son empresarios de los trabajadores a su servicio. Pero este no es el caso que aquí se contempla.

²⁴ Sobre la constitucionalidad de la responsabilidad administrativa solidaria, STC 76/1990, de 26 de abril. Vid., también, el supuesto judicial de base y la argumentación de la citada STC 81/1995, de 5 de junio.

principal, sobre el que pesa ese deber de vigilancia (empresario vigilante o garante del cumplimiento debido), resulta responsable solidario en caso de que la infracción tenga lugar en su centro de trabajo. Busca así la LPR -mediante la remisión que su citado art. 42.2, párrafo 1º, efectúa al art. 24.3- no transgredir la prohibición constitucional de hacer responder, en el ámbito punitivo, de los hechos de otro sin colaborar de algún modo en su producción. Se mueve esta construcción legal en el marco establecido por la jurisprudencia constitucional que, en la citada STC 76/1990, admite la responsabilidad por hechos ajenos en el ámbito de las infracciones administrativas, con el límite de no llegar a convertirse en una responsabilidad objetiva, libre de dolo o culpa, "aunque sea leve"²⁵.

Queda sin determinar con claridad la responsabilidad de la empresa principal "en los supuestos en que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista no presten servicios en los centros de trabajo de la empresa principal", pero "deban operar con maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados" por aquélla (art. 24.4). En tales supuestos, si la empresa principal hubiese incumplido su obligación de proporcionar a los contratistas y subcontratistas la información necesaria para que la utilización y manipulación de esa maquinaria, equipos, productos o útiles se produzca sin riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores (art. 41.1, párrafo 5º), su responsabilidad será principal. Si, por el contrario, la empresa principal hubiese cumplido su obligación de información y, con ella, su deber de cuidado o diligencia en la evitación de riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores participantes en las operaciones contratadas, el rigor del art. 42.2 y la prohibición de analogía in malam partem impide reconducir las infracciones cometidas fuera del centro de trabajo del empresario principal al régimen de responsabilidad solidaria de éste establecido en aquel precepto.

4) En operaciones de cesión de mano de obra, las empresas usuarias respecto de los trabajadores puestos a su disposición por empresas de trabajo temporal (art. 42.2, párrafo 2º), ya que son dichas empresas las responsables de las condiciones de ejecución del trabajo de los trabajadores cedidos durante la vigencia del contrato de puesta a disposición y por las infracciones habidas en sus centros de trabajo, quedando obligadas a informar a dichos trabajadores, con carácter previo al inicio de su actividad, de los riesgos derivados de su puesto de trabajo y de las medidas de prevención y protección contra los mismos. Las empresas usuarias son, además, responsables subsidiarias de las obligaciones de Seguridad Social -no, naturalmente, del re-

cargo de prestaciones económicas, del que responderán directamente- contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición (art. 16.1, 2 Y 3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal, en adelante LETT)²⁶. Corresponde, en fin, a las empresas usuarias informar a los representantes de sus trabajadores, a los trabajadores designados para ocuparse de las actividades de protección y prevención, o, en su caso, al servicio de prevención, de la incorporación de los trabajadores puestos a disposición por la empresa de trabajo temporal (arts. 24.2 y 28.5 de la LPR).

5) La responsabilidad de las empresas de trabajo temporal, respecto de los trabajadores cedidos, entra en juego por el incumplimiento de sus obligaciones de formación y vigilancia periódica del estado de salud de dichos trabajadores. Deben también estas empresas transmitir a los trabajadores afectados, antes de su adscripción a la empresa usuaria, la información -que, a su vez, han debido recibir de la empresa usuaria- sobre las características de los puestos a desempeñar y de las cualificaciones requeridas (art. 28.5, párrafo 2º de la LPR).

6) En supuestos de cesión ilícita de trabajadores, los empresarios, cedente y cesionario, responden solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social (art. 40 de la LIS en relación con el art. 43.2 del ET).

7) En los casos de transmisión de empresa por actos inter vivos, los empresarios cedente y cesionario responden solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubiesen sido satisfechas, así como de las nacidas con posterioridad, si la cesión fuese declarada delito (arts. 40 de la LIS y 44.1 Y 2 del ET).

A lo hasta aquí dicho, se han de añadir una serie de precisiones negativas para acabar de delimitar las responsabilidades empresariales en la regulación de la LPR. Las tres siguientes:

1) En lo que se refiere a los grupos de empresas, no ha querido dicha Ley imputar responsabilidades a las empresas matrices por las infracciones cometidas por sus empresas filiales, pese a la indicación del Consejo Económico y Social (CES) acerca de la conveniencia de haber incorporado una norma que fijase "reglas especiales de responsabilidad patrimonial compartida entre las empresas del grupo en materia de infracción

²⁵ F.j.4.B).

²⁶ Repárese en que "los términos" con que el art. 16 de la LETT describe las obligaciones en materia de seguridad y salud de la empresa usuaria no son idénticos a los que utiliza el art. 28.2 y 5 de la LPR.

de sus obligaciones en materia de salud y seguridad en el trabajo"²⁷.

2) Los fabricantes, importadores y suministradores, sujetos a las obligaciones impuestas en el art. 41 de la LPR, no depuran las eventuales responsabilidades administrativas surgidas de su incumplimiento a través del régimen sancionador previsto en esta Ley, que las circunscribe o limita a "los empresarios" (arts. 42.1 y 45.1, párrafo 1º). Dejando a un lado la cuestión de que sea la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, la que ofrezca el cauce adecuado para sancionar las infracciones de los fabricantes, importadores y suministradores por los incumplimientos de las obligaciones de seguridad previstas en la LPR, su comisión tendrá repercusión en la situación jurídica de "los empresarios" como responsables de las infracciones administrativas tipificadas en la LPR y causadas por la utilización de maquinaria, productos y útiles de trabajo asegurados por quienes se los hayan suministrado, importado o fabricado. Las infracciones de los fabricantes, importadores y suministradores excluyen la culpabilidad de "los empresarios" y, en consecuencia, su responsabilidad administrativa, siempre que esa maquinaria, productos y útiles de trabajo "sean instalados y utilizados [por éstos] en las condiciones, forma y para los fines recomendados" por aquéllos (art. 41.1, párrafo 1º). "Los empresarios", en cambio, son responsables de facilitar a sus trabajadores, "en términos que resulten comprensibles para los mismos", las informaciones que deben recabar de los fabricantes, importadores y suministradores, y éstos suministrarles (art. 41.1, párrafo 5º). Su incumplimiento generará responsabilidad administrativa.

3) La responsabilidad administrativa se imputa a los empresarios, si son personas jurídicas por hechos realizados por personas físicas. Esa responsabilidad excluye la de los autores materiales de la infracción, y ello tanto si el empresario es persona jurídica, o física, o ente sin personalidad, y sin perjuicio de las acciones de responsabilidad civil que éste pueda ejercitar por los hechos dolosos o culposos de aquéllos, realizados al margen o frente a sus instrucciones. Así lo ha querido la LPR al derogar el art. 154 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo y rechazar la responsabilidad acumulada de "las personas que trabajen a su servicio [de la empresa] en funciones directivas, técnicas, ejecutivas o subalternas, siempre que a cualquiera de ellas pueda serle imputada, por acción u

²⁷ CES, Dictámenes 1994, Dictamen 8/94, sobre el Anteproyecto de Ley de Prevención de Riesgos Laborales, aprobado en Sesión de su Pleno de 19 de octubre de 1994, pág. 127.

omisión, la infracción cometida", que aquella norma reglamentaria contemplaba²⁸.

Las responsabilidades administrativas se contraen frente a la Administración; los posibles sujetos pasivos de las infracciones o perjudicados por las mismas - además de los intereses generales a los que la Administración sirve- son, atendiendo a la obligación u obligaciones cuya transgresión genera efectos sancionadores: los trabajadores, los funcionarios públicos y el personal estatutario al servicio de las Administraciones públicas y los socios trabajadores de las cooperativas; los representantes de los trabajadores, los delegados de prevención y los comités de seguridad y salud; los trabajadores ocupados en actividades de prevención y los servicios de prevención; los trabajadores de otros empresarios (en casos de contrata y subcontrata y de cesión de trabajadores) y los trabajadores autónomos que desarrollen actividades en el centro de trabajo del empresario responsable; y otros empresarios.

La responsabilidad de que se trata opera por la infracción, entendida como la omisión o comisión de la conducta antijurídica tipificada, que no precisa ir acompañada de un resultado lesivo o dañoso. Este, de producirse, repercutirá sobre la sanción, agravándola, como así lo reconoce expresamente el art. 49.1.c) de la LPR, y sobre su resarcimiento o reparación civil. Pero, en el Derecho administrativo sancionador, la responsabilidad²⁹, sin ser objetiva pues requiere, al menos, negligencia, lo es por el incumplimiento mismo, que el legislador trata de prevenir en evitación de un riesgo, y no por daño. Las infracciones administrativas no son, por lo general, infracciones de resultado, sino de conducta. Ni que decir tiene que tal concepción de la responsabilidad por riesgo se acomoda con toda facilidad a una política normativa que se dirige, precisamente, a la prevención de los riesgos derivados del trabajo. El bien

²⁸ Lo que motivó la observación del CES de que esa "compatibilidad de responsabilidades, institucional-objetiva de la empresa como deudor de seguridad, que repercute sobre su patrimonio fundamentalmente, y la puramente individual, derivada de la acción del personal de la misma, parece oportuno mantenerla e incorporarla a la nueva Ley": Dictamen 8/94, sobre el Anteproyecto de Ley de Prevención de Riesgos Laborales, cit., pág. 127.

²⁹ En sentido contrario, califican esta responsabilidad como objetiva, S. GONZÁLEZ ORTEGA Y J. APARICIO TOVAR, op. cit., pág. 283; SALA FRANCO Y ARNAU NAVARRO, op. cit., págs. 216217. A partir de la jurisprudencia constitucional, y, en concreto de las citadas STC 76/1990 y 246/1991, es difícil mantener tal calificación, que tampoco comparte la moderna jurisprudencia del Tribunal Supremo ni la doctrina administrativista, sin bien ambas se cuidan de señalar las peculiaridades de la culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador. Por supuesto, la exigencia de culpabilidad para imputar responsabilidad administrativa es perfectamente compatible con la regulación comunitaria, que la LPR transpone: véase, en este sentido, el art. 5.4 de la Directiva 89/391.

jurídico protegido es, naturalmente, la seguridad y la salud en el trabajo de quienes lo prestan.

En general y de manera aproximada, puede decirse que las responsabilidades administrativas surgen, en la LPR, como consecuencia del incumplimiento del deber genérico del empresario de proteger eficazmente la seguridad y salud de los trabajadores (art. 14.1, párrafo 2º), que se traduce en un correlativo deber, también genérico, de prevenir los riesgos laborales, deber genérico que se descompone en una serie de deberes específicos (art. 14.2).

2. La predeterminación legal autónoma de las conductas ilícitas; el fraccionamiento de la legislación social sancionadora

La LPR procede a tipificar y calificar las infracciones de las obligaciones que establece para cumplir con las exigencias del principio de legalidad en su vertiente de lex previa y de tipicidad (o "garantía material") derivado del art. 25.1 de la Constitución e íntimamente vinculado al de seguridad jurídica recogido en su art. 9.3. Según ha dejado establecido el Tribunal Constitucional, la Ley debe describir "ex ante" el supuesto de hecho al que anuda la sanción, definiendo con la mayor precisión la acción prohibida y la punición correlativa, que sólo puede consistir en la prevista legalmente³⁰.

En el plano de la técnica legislativa, se abría ante esta Ley la alternativa de: a) reformar la Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LIS), incorporando las nuevas infracciones a su texto (Sección 2ª del Capítulo 11, arts. 9 a 11); o b) establecer un cuadro de infracciones al margen de dicha Ley, esto es, disponer de un contenido sancionador propio. Es obvio que, en uno y otro caso, y en cualquiera de las variedades que admite la tipificación legal, la LPR debía acomodar el Derecho social sancionador a las nuevas realidades jurídicas nacidas de su regulación, bien alterando el cuadro infractor existente, o bien creando uno nuevo.

Como es sabido, la LPR se ha inclinado por la segunda opción técnica reseñada, que especializa las infracciones en razón del bien jurídico protegido, a mi juicio la más adecuada y respetuosa hacia el tratamiento unitario de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores³¹. Por lo demás, los precedentes legislativos

de este tratamiento diversificador, formalmente desgajado del tronco de la LIS, se encuentran ya en el Título IV, "Infracciones laborales", del nuevo *texto refundido del ET*, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (arts. 93-97), regulación refundida que, a su vez, proviene de la citada LIS, y en la Ley 14/1994, de 1 de junio, de Empresas de Trabajo Temporal. La LPR continúa, así, la política legislativa iniciada en las Leyes de delegación de la refundición estatutaria (disposición final 6ª de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, y disposición final 7ª de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre) de integrar unitariamente en cada ley laboral sustantiva su correspondiente Derecho sancionador.

La LPR desarrolla su tarea en un triple frente:

a) definiendo las conductas (acciones u omisiones) merecedoras de sanción y su respectiva calificación "en atención", como dice el art. 1º.3 de la LIS y reitera su art. 45.2, "a la naturaleza del deber infringido y la entidad del derecho afectado".

b) identificando, como elemento de definición de los tipos, las fuentes normativas que complementan la delimitación de las obligaciones cuyo incumplimiento se sanciona y/o la descripción de las infracciones;

y c) determinando las sanciones correspondientes a las infracciones tipificadas.

Sólo cumpliendo con este triple orden de exigencias el legislador satisface correctamente el mandato constitucional de tipificación legal. Ocurre que el cumplimiento de tal mandato pueda adoptar numerosas variantes técnicas.

Veamos uno por uno los elementos del régimen sancionador.

3. La tipificación y calificación de las infracciones

La LPR se ocupa de verter en tipos sancionadores las obligaciones que previamente se ha ocupado de establecer, no sin recurrir a una cierta reiteración o reproducción, de los mandatos y prohibiciones que imponen esas obligaciones.

En efecto, fijadas las obligaciones y sus respectivos sujetos empresariales responsables, la ordenación y sistematización de su incumplimiento en tipos infractor

³⁰ Baste la cita, por todas, de la STC 196/1991, de 17 de octubre, f.j. 3.

³¹ Críticos con esta opción se muestran, en cambio, GONZÁLEZ ORTEGA y AP ARICIO TOVAR, op. cit., pág. 282, para quienes "se ha roto así una encomiable tendencia a unificar el derecho social

sancionador administrativo, lo que provocará que la homogeneidad de criterios con que actúan en las distintas parcelas del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ahora estará mucho más amenazada".

res resultaba innecesaria³², bastando, al cumplimiento de las exigencias constitucionales, con la calificación de dicho incumplimiento y la atribución y graduación de la sanción correspondiente. Sin embargo, la LPR, siguiendo la tónica de la legislación social sancionadora, procede a verter en listas de tipos infractores las conductas contrarias a los deberes establecidos en su regulación sustantiva.

Teniendo en cuenta que la protección de la salud de los trabajadores se desarrolla -y así lo declara explícitamente la Exposición de Motivos de la LPR- "mediante la prevención de los riesgos derivados de su trabajo", que constituye el objeto del genérico deber de protección que pesa sobre el empresario (art. 14. 1 Y 2), la calificación de los riesgos que han de prevenirse, desde el punto de vista de su gravedad, se proyecta necesariamente sobre la calificación de la gravedad de las infracciones por cuanto esos riesgos son parte esencial del deber infringido y del correlativo derecho afectado. La noción de riesgo laboral y la calificación de su gravedad (art. 4.2º) no es, así, indiferente a la del deber no cumplido, antes bien es un factor esencial del mismo. Dicho en otros términos, los riesgos que generan la omisión o la comisión prohibida no es que sean sólo un índice muy significativo de su trascendencia; se integran de ordinario en los tipos, puesto que las obligaciones se establecen para prevenidos. Además de ello, la gravedad, o la gravedad e inminencia, de los riesgos es el límite cualitativo que divide los cuadros infractores.

a) Infracciones leves

Las infracciones leves, atendiendo a los parámetros señalados, se tipifican en el art. 46, unas de manera precisa, quedando el tipo perfectamente descrito pese al natural margen de apreciación de sus aplicadores, y otras recurriendo a una descripción de los tipos punibles por remisión genérica a las obligaciones establecidas, cuya transgresión se sanciona.

Son infracciones leves tipificadas positiva y directamente: la falta de limpieza del centro de trabajo, de la que no se derive riesgo para la integridad física o salud de los trabajadores (art. 46.1); la falta de comunicación a la Autoridad laboral competente de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales leves, "conforme a las disposiciones vigentes" (art. 46.2); y la falta de comunicación a la Autoridad laboral de la apertura o reapertura del centro de trabajo o la consignación inexacta de los datos que se deban declarar o

cumplimentar, "siempre que no se trate de industria calificada por la normativa vigente como peligrosa, insalubre o nociva, por los elementos, procesos o sustancias que se manipulen" (art. 46.3). A éstos, se añaden otros dos tipos genéricos para recoger, residualmente, los incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales que no tengan otro carácter, bien porque carezcan de trascendencia grave para la integridad física o la salud de los trabajadores (art. 46.4), bien porque afecten a obligaciones de carácter formal o documental que no estén tipificados como graves o muy graves (art. 46.5).

Los criterios a los que acude la norma tipificadora son los relativos a la escasa entidad de las obligaciones empresariales infringidas, de carácter instrumental todas ellas (informativas o documentales), y, correlativamente, de los derechos de los trabajadores afectados, y, en consecuencia, a la levedad de los riesgos que tales incumplimientos ocasionan en la seguridad y salud de los trabajadores.

La formulación nueva de estos tipos ilícitos apenas si se separa de la anterior, que se contenía en el derogado art. 9 de la LIS. La generalización de la infracción tipificada en el núm. 3 del art. 46 a todo tipo de empresas, con independencia de la dimensión cuantitativa de su plantilla (antes sólo se aplicaba a las empresas infractoras de hasta veinticinco trabajadores), y la inclusión de los incumplimientos de obligaciones de carácter formal o documental en un tipo específico (que, en la regulación anterior, quedaban comprendidas en la infracción genérica hoy contenida en el núm. 4 del art. 46), constituyen las únicas diferencias constatables.

b) Infracciones graves

El repertorio de las infracciones graves, que en número de hasta diecinueve recoge el art. 47 de la LPR, completándola con una cláusula general -en la norma de su núm. 16-, que define como infracciones de tal categoría o calificación todos los incumplimientos que ocasionen riesgos graves para la integridad física o la salud de los trabajadores, opera sobre el incumplimiento del grueso de las obligaciones empresariales establecidas en la ordenación sustantiva de sus Capítulos nI, IV y V a través de un cúmulo de mandatos y prohibiciones y, en concreto, de las siguientes:

a) evaluación de los riesgos a efectos de su prevención e investigación de la suficiencia de las medidas preventivas adoptadas y daños producidos: la correspondencia entre el art. 16 ("evaluación de los riesgos") y el núm. 1 del art. 47 (que califica de infracción grave "no llevar a cabo las evaluaciones de riesgos y, en su caso, los controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores que proce-

³² En tal sentido, S. DEL REY GUANTER, *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social*, MTSS, Madrid, 1990, pág. 181.

dan conforme a la normativa sobre prevención de riesgos laborales o no realizar aquellas actividades de prevención que hicieran necesarias los resultados de las evaluaciones") es evidente, correspondencia que también se establece entre la obligación empresarial prevista en el núm. 3 del citado art. 16 y la infracción tipificada en el inciso final del núm. 3 de este art. 47 ("no llevar a cabo una investigación en caso de producirse daños a la salud de los trabajadores o de tener indicios de que las medidas preventivas son insuficientes");

b) vigilancia de la salud de los trabajadores: la norma de tipificación contenida en el núm. 2 del art. 47 ("no realizar los reconocimientos médicos y pruebas de vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores que procedan conforme a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, o no comunicar a los trabajadores afectados el resultado de los mismos") se basa en los mandatos del art. 22 ("vigilancia de la salud);

c) información (a la Autoridad laboral, a los trabajadores, a los servicios de prevención y a otros empresarios que realicen actividades en el centro de trabajo) y documentación: las infracciones descritas en los núms. 2, in fine, 3, 4, 5, 8, 14, 16.a), 17 y 18 se relacionan con las obligaciones que al empresario imponen los arts. 22.3, 23.3" 16, 22 Y 23 -a los que expresamente se remite el núm. 4 del art. 47-, 18, 24.2, 28.4 y 18.1 y 23.1 -éstos dos últimos citados explícitamente por la norma del núm. 18 del art. 47-, respectivamente;

d) elaboración de un plan específico de seguridad e higiene en el trabajo en los proyectos de edificación y obras públicas: el incumplimiento de esta obligación, prevista en el RD 555/1986, de 21 de febrero, sobre seguridad e higiene en la construcción, integra una infracción administrativa grave, por determinación expresa del núm. 6 del art. 47;

e) adecuación de los puestos de trabajo y tareas encomendadas a los trabajadores a sus características personales, estados o situaciones transitorias y capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo: el núm. 7 del art. 47 saca las consecuencias del incumplimiento de los mandatos de los arts. 15.1.d) y 2 Y 25.1, que ordenan al empresario adaptar el trabajo y, en particular, los puestos de trabajo a la persona y tomar en consideración las capacidades profesionales del trabajador sobre seguridad y salud al encomendarle las tareas;

f) formación de los trabajadores en materia preventiva:

el art. 19, que impone al empresario, en cumplimiento de su deber de protección, la obligación de

garantizar a cada trabajador una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia preventiva, en el momento de su contratación y en el del acaecimiento de modificaciones funcionales y tecnológicas, encuentra su régimen sancionador propio en el núm. 8 del art. 47;

g) sujeción a límites y prohibiciones en la utilización o exposición de los trabajadores a agentes nocivos y a agentes físicos, químicos y biológicos: la superación de tales límites y prohibiciones, normalmente de fijación reglamentaria, determina infracciones administrativas sancionables a tenor de lo dispuesto en los núms. 9 y 16. c) y d) del art. 47;

h) adopción de medidas de emergencia: la infracción del art. 20 da lugar a la tipificación específica del núm. 10 del art. 47, que expresamente cita aquel precepto al construir el tipo;

i) información, consulta y participación de los trabajadores: las normas materiales del art. 18 y del Capítulo V de la LPR fundamentan la tipificación del núm. 11 del art. 47;

j) sobre servicios de prevención: los preceptos de los núms. 12, 15, 17, IS Y 19 del art. 47 establecen los efectos administrativos del incumplimiento de las obligaciones establecidas en el Capítulo IV y en los arts. 18.1, 23.1 Y 37.2;

k) en materia de coordinación de actividades empresariales: constituyen infracciones administrativas, a tenor de los núms. 13 y 14 del art. 47, el incumplimiento por los empresarios que desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo de su obligación, ex art. 24.1, de adopción de las medidas de coordinación necesarias para la protección y prevención de los riesgos profesionales, y por el empresario principal, titular del centro de trabajo, de su obligación, conforme ahora al núm. 2 del propio art. 14, de informar a los otros empresarios que desarrollen actividades en el mismo de los riesgos y de las medidas de protección, prevención y emergencia.

El listado de conductas infractoras graves se cierra, no topográficamente, pero sí en la construcción lógica del art. 47 de la LPR, con la cláusula de remisión general de su núm. 16, según el que constituyen infracciones administrativas graves "las que supongan incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales ... que cree un riesgo grave para la integridad física o la salud de los trabajadores afectados..."; entre otras, en materia de: comunicación a la Autoridad laboral de sustancias, agentes físicos, químicos o biológicos o procesos utilizados en las empresas; diseño, elección, instalación, disposición, utilización y mantenimiento de los lugares de trabajo, herramientas, maquinaria y equi-

pos; prohibiciones o limitaciones de operaciones, procesos y uso de agentes físicos, químicos y biológicos en los lugares de trabajo; limitaciones del número de trabajadores expuestos a esos agentes físicos, químicos y biológicos; utilización de modalidades de muestreo, medición y evaluación de resultados; medidas de protección colectiva o individual; señalización de seguridad y etiquetado y envasado de sustancias peligrosas manipuladas o empleadas en el proceso productivo; servicios o medidas de higiene personal; y registro de los niveles de exposición a agentes físicos, químicos y biológicos, listas de trabajadores expuestos y expedientes médicos.

La calificación de esta larga serie de infracciones en el grado de gravedad -la más larga y prolija de los tres repertorios de infracciones de los arts. 46, 47 y 4S, que absorbe la mayor parte de las obligaciones establecidas- se basa, además de en la naturaleza misma del deber infringido (núms. 1, 2, 3,4,5,6,7, S, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18 y 19), en las resultas de las conductas infractoras para la seguridad y salud de los trabajadores. La producción de riesgos de daños graves para la seguridad y salud de los trabajadores es la circunstancia concurrente que determina esa calificación (núms. 9 y 16). Limitan estas infracciones, de un lado, con las calificadas de leves -el paralelismo de las tipificaciones de los núms. 2, 3, 4 y 5 del art. 46 con las de los núms. 3, 5 y 16 del art. 47 es manifiesto- y, de otro, con las que merecen la consideración de muy graves. Respecto de estas últimas, son infracciones graves las descritas en los núms. 7, 8 y 9 del art. 47, "salvo que se trate de infracción muy grave ...". Como en el caso de la definición residual de las infracciones leves por relación a las graves, la elevación de la gravedad de la calificación de los incumplimientos empresariales es consecuencia de la trascendencia de sus efectos en términos de riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores; *esto* es, de la trascendencia del deber infringido.

A la vista de la regulación anterior, contenida en el art. 10 de la LIS, puede señalarse que en el art. 47 de la LPR aumentan los tipos respecto del Derecho derogado: nueve eran los supuestos infractores que aquél calificaba de graves, frente a diecinueve en la regulación vigente. Su alcance, sin embargo, no es mucho mayor, pues, sin perjuicio de las novedades de la regulación sustantiva de la LPR, la tipificación genérica o por remisión del núm. 9 del art. 10 de la LIS, podía sancionar todos los incumplimientos en general, caracterizados por la gravedad de los riesgos resultantes. Las equiparaciones pueden establecerse entre los nueve números del derogado art. 10 de la LIS y los núms. 2, 5, 15 (y, en cierta medida, 12, 17, 18 y 19), 3, 7, 11, 6, S y 16 del art. 47 de la LPR.

c) Infracciones muy graves

Merecen la calificación de máxima gravedad las infracciones empresariales consistentes en:

a) la violación de las "normas específicas" de protección de la seguridad y salud de trabajadores "especialmente sensibles a determinados riesgos": las trabajadoras en estado de embarazo y lactancia (núm. 1 del art. 4S de la LPR) y los menores (núm. 2 del citado art. 4S). Tales "normas específicas" se encuentran en los arts. 26 y 27 de la LPR;

b) el incumplimiento del deber de confidencialidad "en el uso de los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores", "en los términos", dice el núm. 5 del art. 4S de la LPR no sin crear ciertos problemas interpretativos, "previstos en el apartado 4 del artículo 22 de esta Ley". Según tales términos, el deber empresarial de confidencialidad se rompe por el uso de los datos sobre la salud de los trabajadores con fines discriminatorios o en su perjuicio;

c) el desconocimiento de la orden de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de paralización o suspensión inmediata de los trabajos realizados sin observar la normativa de prevención de riesgos laborales o su reanudación sin la previa subsanación de las causas de la paralización (art. 4S.3). El requerimiento de paralización, regulado en el art. 44 de la LPR, presupone la apreciación por el Inspector de Trabajo y Seguridad Social de la existencia de un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, derivado de la inobservancia de la normativa preventiva, elemento que se reitera, innecesariamente, en la descripción de la figura infractora;

d) las acciones u omisiones impeditivas del ejercicio del derecho de los trabajadores y de sus representantes legales y delegados de prevención a interrumpir y paralizar su actividad en casos de riesgo grave e inminente, "en los términos previstos en el artículo 21 de esta ley" (art. 48.7);

e) las vulneraciones de obligaciones preventivas que causen riesgos graves e inminentes para la seguridad y salud de los trabajadores producidas como consecuencia de:

- la adscripción de los trabajadores a puestos de trabajo incompatibles con sus características personales conocidas o con estados o situaciones transitorias en que se encuentren y su dedicación a tareas inadecuadas a sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo (art. 48.4);

- la superación de los límites de exposición a agentes nocivos sin la adopción de las medidas preventivas adecuadas (art. 48.6); y

- la falta de adopción de "cualesquiera otras medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales" (art. 48.8).

La tipificación de este núm. 8 del art. 48 es una cláusula de remisión general, similar a la del núm. 16 del art. 47 para las infracciones graves y a las de los núms. 4 y 5 del art. 46 para las infracciones leves. Las infracciones delimitadas en los núms. 4 y 6 del art. 48 encuentran su correspondencia, en un grado de gravedad menor, en los núms. 7 y 9 del art. 47. En cambio, la infracción de las obligaciones empresariales de formación e información suficiente y adecuada a los trabajadores sobre los riesgos de sus puestos de trabajo susceptibles de causar daños a su seguridad y salud y sobre las medidas preventivas aplicables, calificada de grave por el art. 47.8, "salvo que se trate de infracción muy grave conforme al artículo siguiente", no encuentra después, en el art. 48, un acogimiento expreso. Tal circunstancia, sin embargo, no puede impedir la elevación de la gravedad de la infracción tipificada en el citado art. 47.8 con el auxilio de la cláusula general del art. 48.8. En suma, es la inminencia de los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores, además de su severidad, la que modifica el grado de gravedad de ciertas infracciones (núms. 4, 6 y 8 del art. 48), convirtiéndolas en muy graves.

Esa misma gravedad e inminencia de los riesgos integra, en todo caso, los supuestos de base de las ordenaciones sustantivas e infractoras de la paralización del trabajo por acuerdo mayoritario de los representantes de los trabajadores y, en su defecto, de los delegados de prevención, por decisión del trabajador individual y a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (arts. 22, 43 Y 44 Y 48.3 Y 7). En fin, la transgresión de las normas de protección de la maternidad y de los menores y de la intimidad de los trabajadores en lo relativo a su estado de salud, junto con el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 c.E.), base del derecho a la salud y de la obligación de los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo (arts. 43.1 y 40.2 C.E.)³³, merece la reacción mas dura del ordenamiento sancionador, que considera esas violaciones las más graves de entre todos los comportamientos prohibidos. Esta valoración del legislador es coherente con el diseño constitucional.

Como es sabido, el derogado art. 11 de la LIS incorporaba cuatro tipos de infracciones muy graves; la mitad, justamente, de los que hoy recoge el art. 47 de la LPR y de los que son nuevos los contenidos en sus

núms. 4, 5, 6 y 7 -absolutamente nuevos los relativos al incumplimiento del deber de confidencialidad y al impedimento del ejercicio del derecho de los trabajadores a la paralización de su trabajo en caso de riesgo grave e inminente-. Sin embargo, y como en el caso de las infracciones leves y graves, la presencia en aquella regulación de una norma sancionadora de cualquier incumplimiento generador de "un riesgo grave e inminente para la integridad física o salud de los trabajadores afectados" (art. 11.4 LIS) permitía hacer recaer la reacción punitiva del ordenamiento sobre los diferentes ilícitos administrativos que cuentan hoy con formulaciones tipificadoras propias. No tendría sentido, sin embargo, que habiendo optado el legislador de la LPR por reproducir parte de la regulación sustantiva en la sancionadora y por aumentar los tipos de infracciones, respecto del Derecho sancionador derogado, en los listados correspondientes a las leves y graves, no lo hiciera también en el caso de las muy graves. Aunque, como ha quedado reiteradamente dicho, ese alargamiento de las listas tipificantes en ningún caso ha evitado a la nueva regulación el recurso a la cláusula general de remisión para completarlas.

Las infracciones leves prescriben al año, las graves a los tres años y las muy graves a los cinco años, contados desde la fecha de la infracción (art. 51)³⁴.

4. La determinación de las fuentes normativas que completan la definición de las obligaciones y de las infracciones

Para que la labor de tipificación sea correcta, es necesario que la ley incluya todos los elementos definidores de las infracciones sancionables, sea esa tipificación directa o indirecta; esto es, no sólo los elementos tipificadores descriptivos, sino también los normativos. El legislador debe determinar las fuentes normativas creadoras de las obligaciones cuya transgresión se tipifica como conducta antijurídica o incluso de los propios tipos infractores. En el caso que nos ocupa, esa determinación resulta obligada habida cuenta de la pluralidad de fuentes que dan vida a las citadas obligaciones: 1º) normas legales; 2º) normas reglamentarias, instrumentos imprescindibles de la política de prevención de riesgos laborales para proteger la seguridad y salud de los trabajadores, en la medida en que la LPR se configura, al igual que la Directiva 89/391 que ejecuta, como una ley marco, general o de principios, que establece "el marco general en el que habrán de desarrollarse las distintas acciones preventivas", marco que habrá de ser

³³ Los derechos fundamentales consagrados en el art. 15 CE constituyen el soporte básico sobre el que se asientan los posteriores mandatos constitucionales contenidos en los arts. 40.2 Y 43.1 CE.

³⁴ Esta regulación específica excepciona la general o común que, sobre la prescripción de las infracciones empresariales laborales, se contiene en los arts. 60.1 del ET y 4 de la LIS.

completado, desarrollado y aplicado por esas normas reglamentarias, que, al tiempo, satisfarán la necesidad de "permanente actualización" de esta normativa y de "adaptación³⁵ a las profundas transformaciones experimentadas"; y 3º) normas convencionales colectivas o "cláusulas normativas de los convenios colectivos", acomodados, por tanto, al Título III del ET, por cuanto la LPR fomenta la posibilidad de que los derechos de seguridad y salud de los trabajadores que reconoce, y las correlativas obligaciones que establece, se complementen o suplementen a través de mecanismos convencionales o negociales.

La señalada pluralidad de fuentes normativas concurrentes hace que la LPR recurra, normalmente, no sólo a un sistema de tipificación indirecta en la medida en que ésta se obtiene de la conjunción de normas sustantivas y tipificadoras, sino, dentro de tal sistema, a la utilización de tipos abiertos, formados con infracciones de otras normas complementarias, englobadas en la ambigua expresión legal "normativa sobre prevención de riesgos laborales".

Algunas indicaciones sobre tal expresión legal son necesarias.

a) La "normativa sobre prevención de riesgos laborales" y el concurso o concurrencia de leyes tipificadoras

1º) En primer término, dicha "normativa sobre prevención de riesgos laborales" es la normativa laboral, entendido aquí el adjetivo laboral en sentido amplio, comprensivo de la prestación de trabajo no sólo de los trabajadores por cuenta ajena, sino también del personal funcionario y estatutario y de los socios de trabajo de las sociedades cooperativas. La LPR, nos dice su Exposición de Motivos, tiene "vocación de universalidad oo. en cuanto dirigida a abordar, de manera global y coherente, el conjunto de los problemas derivados de los riesgos relacionados con el trabajo, cualquiera que sea el ámbito en el que el trabajo se preste"³⁶.

En la definición del art. 1º de la LPR, dicha normativa "está constituida por la presente Ley, sus disposiciones de desarrollo o complementarias y cuantas otras normas, legales o convencionales, contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirse en dicho ámbito". A su vez, en la definición de su art. 4º, se entiende por prevención "el conjunto de actividades o medidas adoptadas o previstas en todas las

fases de actividad de la empresa con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo".

2º) Sin embargo la normativa laboral sobre prevención de riesgos laborales no se agota en la regulación de la LPR. Hay normas en el ordenamiento del trabajo y de la Seguridad Social (en el ET, en la LGSS o en la LETT) que, o contienen medidas preventivas de riesgos laborales, o son susceptibles de producirse. El deslizamiento material es realmente fácil y sus muestras son evidentes.

La disp. adicional 11ª de la LPR modifica el texto refundido del ET, añadiendo una letra f) al apdo. 3 de su art. 37 para insertar en el contrato de trabajo el derecho de la trabajadora embarazada a disfrutar de un permiso retribuido, previo aviso y justificación, "por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al part. que deban de realizarse dentro de la jornada de trabajo". La transgresión empresarial de tal derecho, ¿integra un ilícito laboral (infracción grave o muy grave conforme al art. 95.4 o, en su caso, al art. 96.12 del ET) o sobre seguridad y salud laboral (de acuerdo ahora con la tipificación como infracción muy grave del art. 48.1 en relación con el art. 26 de la LPR)? Lo mismo sucede con el trabajo de los menores: ¿qué parte de su regulación jurídica es materia de seguridad y salud y qué parte son condiciones de trabajo? Obsérvese que el art. 27.2 de la LPR, sobre protección de la seguridad y salud laboral de los menores, contiene una habilitación al Gobierno para reglamentar las limitaciones a la contratación de jóvenes menores de dieciocho años en trabajos que presenten riesgos específicos muy próxima a la que figura en el art. 6.2 del ET³⁷, y por el momento rellenas ambas habilitaciones por el Decreto de 26 de julio de 1957, que la LPR deja expresamente en vigor hasta tanto se dicten las nuevas disposiciones reglamentarias. Y que, para el ET, es infracción laboral muy grave la transgresión de las normas sobre trabajo de menores "contempladas en la presente Ley" (y, lógicamente, en sus normas reglamentarias de desarrollo), al tiempo que, también para la LPR, constituye una infracción muy grave "no observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y salud de los menores (art. 48.2); es decir, las normas de su art. 27, completadas por su desarrollo reglamentario.

La regulación del ET tiene una amplísima capacidad de incidencia en el ámbito laboral preventivo. No

³⁵ Exposición de Motivos, 1 y 2.

³⁶ Exposición de Motivos, 3.

³⁷ "Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar trabajos nocturnos ni aquellas actividades o puestos de trabajo que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, previa consulta con las organizaciones sindicales más representativas, declare insalubres, penosos, nocivos o peligrosos, tanto para su salud como para su formación profesional y humana" (art. 6.2 del ET).

sólo su art. 19, en vigor salvo su último apdo. 5 -que hay que estimar derogado por la LPR-, además de la proclamación genérica de derechos y obligaciones de los trabajadores de sus arts. 4.2.d) y 5.b), sino su entera ordenación sobre el tiempo de trabajo tiene una repercusión evidente en las condiciones de seguridad en su prestación y de salud de los trabajadores. En esta concepción finalista de las condiciones de trabajo, orientada a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, y en concreto de las relativas al medio ambiente de trabajo, influye, de manera decisiva, el ordenamiento jurídico comunitario, que ha prestado una atención preferente a la seguridad y salud de los trabajadores en el medio de trabajo hasta el punto de convertir esta materia en uno de los elementos básicos o señas de identidad de la política social comunitaria, reforzada tras la aprobación del Acta Única de 1986, que reformó el art. 118 A del Tratado CE, reformado también procedimentalmente por el TUE. Conocidos son los problemas de interpretación surgidos a propósito del alcance de su ámbito material -sin que sea éste momento adecuado ni siquiera para plantearlos-, cuando el citado precepto comunitario declara en su apdo. 1 que "los Estados miembros procurarán promover la mejora, en particular del medio de trabajo, para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores, y se fijarán como objetivo la armonización, dentro del progreso, de las condiciones existentes en ese ámbito".

Las conexiones entre la LPR y la LETT son igualmente patentes. El art. 16.1 Y 2 de esta última hace responsable a la empresa usuaria de la protección del trabajador puesto a su disposición "en materia de seguridad e higiene en el trabajo", imponiéndole el deber de informarle sobre los riesgos de su puesto de trabajo y de las medidas de prevención y protección contra los mismos. La LPR, por su parte, reitera y desarrolla tales determinaciones, remitiéndose expresamente a la LETT, y establece obligaciones de formación y vigilancia de la salud a cargo de la empresa de trabajo temporal (arts. 28.5 y 42.2, párrf. 2º). Sin embargo, no obstante este entrecruzamiento de ordenaciones sustantivas, la tipificación de las conductas sancionables opera aquí por separado. Según la LETT, es infracción muy grave, tanto de la empresa de trabajo temporal como de la empresa usuaria, la celebración de contratos de puesta a disposición "para la realización de actividades y trabajos que por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud se determinen reglamentariamente" (arts. 19.3.b) y 20.3.b)). A través de las normas sancionadoras de la LPR se canalizan, en cambio, los incumplimientos de las obligaciones impuestas a uno y otro empresario por su propia regulación, que, de

este modo, recoge y absorbe las básicas que en materia de protección de la seguridad y salud de los trabajadores impone el citado al 16 de la LETT a las empresas usuarias (cualesquiera conductas contrarias a los deberes establecidos y tipificadas en los arts. 46, 47 y 48 y, específicamente, en los núms. 14 y 17 del art. 47).

Por lo que hace al Derecho específico de la Seguridad Social, la interconexión es aún más manifiesta y sus muestras más abundantes, si se tiene en cuenta que, históricamente, las medidas preventivas nacieron ligadas a la eliminación de los accidentes de trabajo. En la regulación vigente, la Sección 2a del Capítulo X del Título II de la LGSS lleva por rúbrica "Disposiciones sobre seguridad e higiene en el trabajo en el Régimen General" y contiene tres preceptos -los arts. 195, 196 Y 197- destinados a regular los efectos de los incumplimientos por parte de las empresas de determinadas obligaciones para proteger la seguridad y salud de sus trabajadores en el ámbito de la responsabilidad empresarial por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales .

Ahora bien, a diferencia de lo hasta aquí expuesto y sin perjuicio de la superposición o coincidencia parcial de parte de esta regulación con la nueva de la LPR sobre reconocimientos médicos de los trabajadores que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales , la solución que ofrece el Derecho de la Seguridad Social es la de especializar la responsabilidad empresarial derivada del incumplimiento en su propio ámbito normativo y con arreglo a las técnicas del aseguramiento y no, en cambio, con las propias del Derecho administrativo sancionador. Así, el incumplimiento empresarial de las decisiones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o de la Autoridad laboral competente de paralizar los trabajos que no cumplan las normas preventivas determinará que los accidentes de trabajo que en tales casos se produzcan se consideren faltos "de formalización de la protección por dicha contingencia .oo, con independencia de cualquier otra responsabilidad o sanción a que hubiera lugar" (art. 195 LGSS). Igualmente, el incumplimiento empresarial de la obligación de efectuar los reconocimientos médicos previos o periódicos "la constituirá en responsable directa de todas las prestaciones que puedan derivarse, en tales casos, de enfermedad profesional..." (art. 197.2 LGSS). Manda aquí, pues, el Derecho sustantivo de la Seguridad Social, sin perjudicar las sanciones que puedan resultar de la LPR. De modo que si se consultan los

³⁸ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, op., cit., pág. 3.

³⁹ La disp. derogatoria de la LGSS declara expresamente en vigor los arts. 191 y 192 de la LGSS de 1974, de igual contenido que sus arts. 196 y 197.

⁴⁰ Compárese el citado art. 196 de la LGSS con los arts. 22 y 25 de la LPR.

listados de infracciones empresariales leves, graves y muy graves en materia de Seguridad Social, contenidos en los arts. 13, 14 Y 15 de la LIS (a la que se remite el art. 96 de la LGSS), se comprobará que el incumplimiento de las obligaciones establecidas en los arts. 195 y 196 de la LGSS no se encuentra recogido en tipos infractores específicos y que, en este caso, tampoco acuden los preceptos citados de la LIS a la tipificación indirecta o por remisión. Precisamente, esta diferenciación de técnicas es lo que explica la genérica compatibilidad de responsabilidades -en las materias de Seguridad Social y de prevención de riesgos laborales- sin que sufra el principio de non bis in idem. Recuérdese, no obstante, que, por decisión del legislador, la responsabilidad empresarial por recargo de prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional por incumplimiento de las medidas preventivas "es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción" (art. 123.3 LGSS y art. 42.3 LPR).

La solución que ofrece la LPR para resolver los supuestos de concurrencia de infracciones -más precisamente, de leyes que describen tipos coincidentes total o parcialmente-, es la poco útil y habitual de exigir que las infracciones a la normativa de prevención de riesgos laborales han de estar "tipificadas conforme a la presente Ley" (art. 45.1, párrf. 2º, LPR) para generar las responsabilidades administrativas previstas en la misma. Ocurre que, como ya hemos visto e insistiré en ello inmediatamente, esa tipificación opera, en ciertas ocasiones, con cláusulas de remisión general o por referencia, que consideran infracciones "las que supongan incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales" (arts. 46.4, 47.16 Y 48.8). Con lo que volvemos al punto de partida: que es preciso conocer qué sea "la normativa en materia de prevención de riesgos laborales" y su alcance para conocer las infracciones de la misma, porque el concepto de infracción es, en tales casos, secundario y surge por referencia a una norma sustantiva previa, que es la que se vulnera⁴¹.

Tal como se está viendo, parece conveniente (o, mejor, inevitable) dejar en manos de las autoridades administrativas inspectoras y sancionadoras la decisión relativa a la calificación material de la normativa infringida, para posteriormente proceder en consecuencia, con el control ulterior, naturalmente, de los Tribunales contencioso-administrativos. El concurso o conflicto de leyes tipificadoras debe resolverse, en primer término,

⁴¹ Así, A. NIETO, Derecho administrativo sancionador. Ed. Tecnos, 2ª ed., Madrid, 1994, pág. 333.

con el criterio de "la voluntad de la Administración"⁴² para hacer efectiva la prohibición del bis in idem.

3º) En fin, las normas jurídico-técnicas que, pese a incidir en las condiciones de trabajo, no tengan "la calificación directa de normativa laboral, reglamentaria o paccionada en materia de seguridad e higiene", no forman parte de la normativa preventiva a estos efectos, por lo que sus infracciones no se sustanciarán de acuerdo con el sistema sancionador de la LPR, sin perjuicio de que generen responsabilidades en materia de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y seguridad social y, en concreto, en materia de recargo de las prestaciones económicas derivadas de los citados riesgos profesionales (art. 41 LIS). La conservación de la vigencia del mencionado precepto de la LIS por la LPR (disposición derogatoria única a), a sensu contrario, no deja otra alternativa a la interpretación⁴³, más allá de las críticas que, desde una perspectiva de política legislativa, puedan dirigirse a la decisión de mantener dos únicas normas sobre seguridad y salud laborales en el cuerpo normativo de la LIS, en lugar de haber producido su trasvase completo y sistemático al de la LPR⁴⁴. Las infracciones administrativas de esa normativa preventiva, reguladas por la LPR, se producen "en el ámbito laboral", ámbito en el que se califican en leves, graves y muy graves, conforme a los criterios o pautas que ya nos son conocidos, y "de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes de la presente Ley" (art. 45.2).

Por lo demás, esta misma es la conclusión a la que se llega aunque hay que reconocer que con mayores dificultades-, partiendo del análisis de las funciones que la LPR encomienda a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la prevención de riesgos laborales. Entre tales funciones, se encuentra la de vigilancia del cumplimiento de la normativa preventiva, "así como -dice el art. 9.1.a)- de las normas jurídico-técnicas que incidan en las condiciones de trabajo en materia de prevención, aunque no tuvieran la calificación directa de normativa laboral". Pero, inmediatamente, separa el precepto legal citado esta función del instrumento de su ejercicio en que consiste la propuesta a la Autoridad laboral sancionadora de la imposición de una sanción, una vez comprobada la existencia de una infracción en esa labor de vigilancia, instrumento sólo disponible por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social respecto de las infracciones "a la normativa sobre prevención de

⁴² NIETO, op., cit., pág. 444.

⁴³ Así también, T. SALA FRANCO Y F. ARNAU NAVARRO, op. cit., págs 203-204.

⁴⁴ Tales críticas se formulan en el dictamen del CES: Dictamen 8/94, cit., pág. 127.

riesgos laborales, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo VII de la presente Ley". Respecto de esas mismas infracciones ejercen las Administraciones laborales competentes la potestad sancionadora (art. 7.1.c) de la LPR).

El hecho cierto es que la LPR "otorga carta de naturaleza legal, dentro de un orden jurídico global y unitario relativo a la prevención de riesgos laborales, a la distinción entre normas laborales y normas técnicas en la materia"⁴⁵. En ello, tampoco se separa del Derecho comunitario, que conoce esa distinción, reservando diferentes preceptos en el Tratado CE -el art. 100 A Y no el art. 118 A- para su desarrollo, y cuyo ámbito material se restringe a las normas técnicas sobre seguridad de los bienes y productos, las máquinas y los materiales de uso y protección en el trabajo, y no a las reglas jurídicas directamente dirigidas a proteger la seguridad y salud de los trabajadores en el medio de trabajo⁴⁶.

b) Las técnicas normativas tipificadoras de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales; los excesos de tipificación y la tipificación indirecta

La utilización de las técnicas de la tipificación indirecta es dominante en los listados de los arts. 46, 47 Y 48⁴⁷. Los distintos tipos infractores resultan de la regulación sustantiva, por la propia LPR y sus normas complementarias de desarrollo y mejora, de deberes y obligaciones, mandatos y prohibiciones, cuyo incumplimiento produce la infracción. Esa regulación sustantiva constituye el "pre-tipo, que condiciona y predetermina el tipo de la infracción"⁴⁸. La remisión al pre-tipo por el tipo es, en algunos casos, expresa (así en el de los núms. 4, 10 Y 18 del art. 47 Y en el de los núms. 5 y 7 del art. 48); en otros, más numerosos, la descripción de las infracciones reposa sobre una reiteración de los mandatos o prohibiciones de la regulación sustantiva, completada con una operación de remisión implícita (núms. 2 y 3 del art. 46, núms. 1,2,3,5,6,7,8,11,12 a 15,17 Y 19 del art. 47, y 1, 2, 3 Y 4 del art. 48); en otros, en fin, las normas infractoras, absolutamente genéricas, construyen el tipo sobre cualesquiera incumplimientos de "la normativa de prevención de riesgos laborales" (núms. 4 y 5 del art. 46, núms. 9 y 16 del art. 47, Y núms. 6 y 8 del art. 48). Esta última es, como bien ha dicho NIETO, no sólo "la única forma de no

dejar sin tipificar infracción alguna", sino la más "encomiable en aras de la sobriedad"⁴⁹.

En suma, la tipificación llevada a cabo por la LPR es más que suficiente, sin que a ello obste, naturalmente, la utilización por las normas tipificadoras de conceptos jurídicos indeterminados, "siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia que permitan prever, con suficiente seguridad, la conducta regulada" para cumplir con la exigencia constitucional de lex certa⁵⁰. La infracción tipificada en el núm. 8 del art. 47, que actúa sobre las obligaciones empresariales de proporcionar a los trabajadores una formación e información "suficiente y adecuada" sobre los riesgos de sus puestos de trabajo y sobre las medidas preventivas aplicables, es un buen ejemplo de esa utilización, que concede un margen de apreciación a las Administraciones aplicadoras a la hora de determinar su existencia. También lo es el recurso sistemático al concepto de "riesgo laboral" y a la calificación de su gravedad, a la carencia de la misma o a su acompañamiento por la de inminencia.

Tal concepto y su calificación se delimitan o definen en el art. 4 de la LPR "a efectos de la presente Ley y de las normas que la desarrollen". Según estas definiciones, se entenderá como "riesgo laboral" "la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo", calificándose su gravedad en función de la valoración conjunta de la probabilidad de su producción y de su severidad (art. 4.2), Y siendo "daños derivados del trabajo" "las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo" (art. 4.3). Es "riesgo laboral grave e inminente" aquel que, en términos de probabilidad razonable, pueda producirse "en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores" y, aunque los daños no se manifiesten de forma inmediata, la exposición a agentes susceptibles de causar daños graves (art. 4.4).

c) El destacado papel de los reglamentos; habilitaciones y remisiones normativas

Ya se ha señalado que la complementación reglamentaria de la LPR es particularmente importante, por lo que la colaboración de los reglamentos en la formación de los tipos -práctica admitida por el Tribunal

⁴⁵ PALOMEQUE, op., cit., pago 203.

⁴⁶ Vid., al respecto, I. VACARIE y A. SUPIOT, Santé. sécurité et libre circulation des marchandises (regles juridiques et normes techniques). Droit Social, núm. 1, 1993, págs. 18 y ss..

⁴⁷ Es, por lo demás, la técnica habitual de tipificación administrativa: A. NIETO, op. cit., cit., págs. 298 y ss.; S. DEL REY GUANTER, op.cit., pág. 179 y ss.

⁴⁸ A. NIETO, op., cit., pág. 298.

⁴⁹ Op. cit., págs. 304 y 333.

⁵⁰ Según jurisprudencia constitucional reiterada: STC 122 y 133/1987, de 14 y 21 de julio; 69 y 219/1989, de 20 de abril y 21 de diciembre; 149/1991, de 4 de julio; 116 y 305/1993, de 29 de marzo y 25 de octubre; y 184/1995, de 12 de diciembre.

Constitucional, con los límites que ya quedaron vistos - es, en ocasiones, indispensable.

La LPR busca operar como la Directiva 89/391, que previó la aprobación sucesiva por el Consejo, a propuesta de la Comisión, de Directivas específicas, "relativas, entre otras cosas, a los ámbitos que se mencionan en el Anexo"⁵², ámbitos a los que las disposiciones de la Directiva marco "se aplicarán plenamente ..., sin perjuicio de las disposiciones más rigurosas y/o específicas contenidas en dichas Directivas específicas" (art. 16). Y, así, tras proclamar su art. 2.1, párrf. 2º, que "esta Ley establece los principios generales relativos a la prevención de los riesgos profesionales para la protección de la seguridad y de la salud ...", añadiendo que para el cumplimiento de sus fines la Ley "regula las actuaciones a desarrollar por las Administraciones públicas" (art. 2.2) a través, entre otros medios, "de las normas reglamentarias" (art. 5.1, párrf. 2º), su art. 6 delega en el Gobierno la regulación, a través de esas normas reglamentarias y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, de la importante serie de materias que relaciona:

a) Requisitos mínimos que deben reunir las condiciones de trabajo para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores.

b) Limitaciones o prohibiciones de operaciones, procesos y exposiciones a agentes que entrañen riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores, recurriendo a técnicas de control administrativo o directamente prohibitivas de su empleo.

c) Condiciones o requisitos aplicables a esos mismos supuestos, como exigencia de un adiestramiento o formación previa o elaboración de un plan que contenga las medidas preventivas a adoptar.

d) Procedimientos de evaluación de los riesgos, normalización de metodologías y guías de actuación preventiva.

e) Modalidades de organización, funcionamiento y control de los servicios de prevención, atendiendo a las particularidades de las pequeñas empresas, a las capacidades y aptitudes de tales servicios y a los trabajadores designados para desarrollar la acción preventiva.

f) Condiciones de trabajo o medidas preventivas específicas en trabajos especialmente peligrosos.

g) Procedimiento de calificación de las enfermedades profesionales y de información y comunicación a la autoridad competente de los daños derivados del trabajo.

Sin perjuicio de reiteraciones (art. 23.3 y art. 6.1.g), Y referencias varias al reglamento regulador de los servicios de prevención a lo largo del Capítulo IV, regulador de tales servicios, hay, en el cuerpo normativo de la LPR, otras remisiones a normas reglamentarias (arts. 21.1.b), 22.5, 34.3, párrf. 2º, ...). Y está, además, el que el Tribunal Constitucional llama "el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ... [las] materias" no reservadas a la ley⁵³, esto es, su carácter de potestad original del Gobierno, atribuida directamente por la Constitución (art. 103), que, en las materias no reservadas, no precisa de remisión o invitación formal por parte del legislador, pues repárese en que, a diferencia de lo que suele ser usual en las leyes, la LPR carece de una cláusula de autorización o habilitación genérica al Gobierno para el dictado de las disposiciones necesarias para su desarrollo⁵⁴. Pero volviendo al capital art. 6º, donde se encuentra, sin duda, el más importante aparato reglamentario de complementación y aplicación de la Ley, su apdo. 2 sujeta dichas normas reglamentarias a la necesidad de ajustarse, en todo caso, a los principios de política preventiva establecidos en la Ley, al mantenimiento de la debida coordinación con la normativa sanitaria y de seguridad industrial, y a su evaluación y revisión periódica, de acuerdo con la experiencia en su aplicación y el progreso de la técnica.

En este mismo orden de consideraciones, la Exposición de Motivos de la LPR declara que, al insertarse ésta en el ámbito de las relaciones laborales, "se configura como una referencia legal mínima en un doble sentido: el primero, como Ley que establece un marco legal a partir del cual las normas reglamentarias irán fijando y concretando los aspectos más técnicos de las medidas preventivas; y el segundo, como soporte básico a partir del cual la negociación colectiva podrá desarrollar su función específica"⁵⁵. Aspectos más técnicos no suponen, en este contexto, que las normas reglamentarias que los contengan pertenezcan a la categoría, que acabamos de analizar, de "normas jurídico-técnicas", no laborales, sobre seguridad y salud laborales, pues la propia LPR, a renglón seguido, califica estas normas reglamentarias de "legislación laboral,

⁵¹ Vid. la jurisprudencia constitucional citada en la nota 5.

⁵² Lugares de trabajo, equipos de trabajo, equipos de trabajo individual, trabajos con equipos provistos de pantallas de visualización, manipulación de cargas pesadas que entrañe riesgos lumbares, obras temporales y móviles, pesca y agricultura.

⁵³ STC 42/1987, de 7 de abril, y 3/1988, de 21 de enero.

⁵⁴ Probablemente porque su art. 6.1 cumpla las funciones de esa inexistente cláusula genérica.

⁵⁵ Exposición de Motivos, 3.

conforme al art. 149.1.7" de la Constitución"⁵⁶, calificación que posteriormente recoge en su disp. adicional 3".1 (y que no es del todo precisa, ya que no impide que, "en lo que corresponda", esas "normas reglamentarias que dicte el Gobierno en virtud de los establecido en el artículo 6" tengan también carácter básico para su aplicación al personal civil funcionario o estatutario al servicio de las Administraciones públicas: disp. adicional 3".2, in fine); tampoco significan, necesariamente, aspectos más favorables, pese a configurarse la LPR como "referencia legal mínima", entendida la expresión, en su relación con el reglamento, como "núcleo esencial de regulación"; pero sí pueden significar aspectos más rigurosos -terminología comunitaria-, limitativos, prohibitivos o especiales, destinados a establecer la protección adecuada ante condiciones, operaciones, procesos, agentes o trabajos especialmente peligrosos.

Las normas reglamentarias en este ámbito material pueden, así, además de transponer otras Directivas comunitarias de carácter más técnico y específico sin que sea preciso para ello recurrir al instrumento legal, establecer diferencias normativas, sectorializar o producir apartamientos, por sectores o tipos y condiciones de trabajo, de la regulación legal standard. Independientemente de ello, y fijado el marco legal general, las normas reglamentarias se revelan el instrumento más eficaz para su permanente actualización -"por su más fácil elaboración y modificación"-, toda vez que "la evolución cada vez más rápida de las nuevas técnicas utilizadas en los procesos productivos" genera "riesgos de nueva naturaleza" que "imponen la necesidad de fijar nuevos criterios preventivos"⁵⁷.

En consecuencia, estas normas reglamentarias, a las que remite la LPR, se sujetan estrictamente al principio de jerarquía normativa, en el decir del art. 3.2 del ET, respetando en tal sentido la referencia legal mínima o general en que consiste la Ley 31/95 (apdos. a), b) c) y f) del art. 6.1), ocupando los espacios de normación libres que ésta les deja (apdos. d), e) y g) del citado precepto legal) y, pese a lo que dice el ET que otorga tal posibilidad sólo a los titulares de la autonomía colectiva, fijando condiciones de trabajo distintas a las establecidas en la Ley a desarrollar por su carácter específico, que las hará variar en los distintos ámbitos de ordenación materiales (apdos. a), b), c) y f). Actúan con subordinación a la LPR, pero no, necesariamente, como mero complemento de ella.

El parangón de las competencias de las normas reglamentarias específicas con los tipos infractores recogidos en los repertorios de los arts. 46, 47 y 48 es fácil de establecer: la normación reglamentaria prevista en los apdos. b) y c) del art. 6.1 ("limitaciones o prohibiciones que afectarán a las operaciones, los procesos y las exposiciones laborales a agentes que entrañen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores ...") rellena los tipos de infracciones graves y muy graves definidos por los arts. 47.9 y 48.6 ("la superación de los límites de exposición a los agentes nocivos que... origine riesgos de daños graves para la seguridad y la salud de los trabajadores, sin adoptar las medidas preventivas adecuadas ...") y de infracciones graves del art. 47.6 y 16. a), c), d) e i); la regulación reglamentaria de los procedimientos de evaluación de los riesgos (art. 6.1.d) completa la delimitación del tipo sancionable como infracción grave del art. 47.1; el reglamento de los servicios de prevención acabará de concretar las infracciones graves reguladas en el art. 47.15, 17 Y 19; las normas reglamentarias que anuncia el apdo. f) del art. 6 sobre condiciones de trabajo y medidas preventivas específicas en trabajos especialmente peligrosos vienen a integrar las infracciones graves y muy graves descritas en los arts. 47.2 y 16.b), f) o g) Y 48.1 Y 2; en fin, la regulación reglamentaria del procedimiento de calificación de las enfermedades profesionales y de los requisitos y procedimientos para la información y comunicación a la autoridad competente de los daños derivados del trabajo (art. 6.1.g) integra los ilícitos, leve y grave, de los arts. 46.2 y 47.3. Fuera del art. 6, también la habilitación reglamentaria contenida en el art. 22.5 (sobre determinación de la prolongación de la vigilancia del estado de salud de los trabajadores más allá de la finalización de la relación laboral "en los supuestos en que la naturaleza de los riesgos inherentes al trabajo la haga necesaria") se corresponde con la remisión que a la normativa sobre prevención de riesgos laborales efectúa el art. 47.2 para describir la conducta que califica de infracción grave, etc...

Colocándonos ahora en la distinta perspectiva que ofrecen las tipificaciones de los arts. 46, 47 y 48, puede señalarse que con frecuencia -en dieciséis ocasiones, exactamente-, las normas legales tipificadoras se remiten explícitamente a "las disposiciones vigentes", a "las normas específicas", o a "la normativa sobre prevención de riesgos laborales" para que esta normativa, constituida por las "disposiciones de desarrollo o complementarias" de la LPR, de naturaleza reglamentaria y convencional, complete la descripción de los tipos (art. 46.2, 4 Y 5; art. 47.1, 2, 3,9,11 Y 16; art. 48.1, 2, 3, 6 y 8). En un caso -el del art. 47.19-, la tipificación legal, incompleta, encomienda a "los términos reglamentariamente establecidos" la tarea de completar la descripción de la conducta infractora. La remisión del art. 48.7

⁵⁶ En el pasaje citado de su Exposición de Motivos.

⁵⁷ Memoria explicativa del proyecto de Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, págs. 10 y 13.

a "los términos previstos en el artículo 21 de esta Ley" para delimitar las acciones u omisiones impositivas del ejercicio del derecho de los trabajadores a paralizar su actividad en los casos de riesgo grave e inminente, comprende la "excepción debidamente justificada por razones de seguridad y determinada reglamentariamente" prevista en el apdo. 1.b) del citado precepto legal, etc ...

Si repasamos las líneas de correspondencia establecidas, podemos comprobar, con facilidad, que las habilitaciones para reglamentar obligaciones y prohibiciones en materia de prevención de riesgos laborales (contenidas en los siete enunciados materiales del art. 6.1, aunque no sólo, como ya quedó establecido) en general vienen a coincidir con las remisiones normativas que efectúan las normas legales tipificadoras (de los incumplimientos de esas previas obligaciones o prohibiciones). Ello denota el cuidado del legislador a la hora de acometer la tarea de tipificación. Sin embargo, esa coincidencia no es exacta. Hay -o puede haber, dado que el dictado del bloque normativo reglamentario contemplado en el art. 6.1 de la LPR está aún pendiente- regulaciones reglamentarias que no se ven reflejadas en el marco de remisiones que ofrece el conjunto de los arts. 46, 47 y 48 de la LPR y, por el contrario, hay remisiones, en las citadas disposiciones tipificantes, carentes de la previa habilitación reglamentaria. La primera de las disociaciones planteadas surge también a propósito de las normas creadas por la negociación colectiva, por lo que será tratada conjuntamente con ésta. La última puede dejarse resuelta aquí por su extrema facilidad, dado que, normalmente, la remisión normativa supone la correspondiente habilitación reglamentaria implícita. Así, cuando el art. 47.11 califica de infracción grave "el incumplimiento de los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores reconocidos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales", está habilitando a las normas reglamentarias a regular tales derechos y a integrar o completar la infracción legal, aunque esa regulación reglamentaria no esté contemplada en el art. 6.1 (ni, con carácter general, en ningún otro precepto de la LPR, a excepción de la consistente en la "adaptación" que el Gobierno podrá llevar a cabo de la regulación del Capítulo V de la Ley, sobre derechos de consulta y participación de los trabajadores, a las peculiaridades de las Administraciones públicas, en concreto en el ámbito de la Administración General del Estado, de acuerdo con los criterios que se fijan en el art. 34.3, párrf. 2°)⁵⁸.

⁵⁸ En lugar de dicha adaptación reglamentaria del Gobierno, ha sido la anómala Instrucción de 26 de febrero de 1986, de la Secretaría de Estado para la Administración pública, la que, con la limitada fuerza de su rango normativo, ha procedido a aplicar la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, a la Administración

Convendrá recordar que un requisito imprescindible del principio de legalidad, en su exigencia de lex previa, es que la integración reglamentaria de los ilícitos administrativos tenga lugar antes de la comisión de los hechos, estando constitucionalmente vedada la aplicación retroactiva de las disposiciones sancionadoras desfavorables (art. 9.3 CE). El papel de los reglamentos posteriores en la ordenación de la seguridad y salud laborales es, por ello, destacado no sólo en el desarrollo o complementación, diversificación y actualización de la regulación legal, sino también en su aplicación efectiva. Hasta tanto se dicten esos reglamentos, las remisiones normativas de los arts. 46, 47 y 48 de la LPR habrán de entenderse referidas a los reglamentos ya existentes, en lo que no se opongan a lo previsto en la nueva regulación legal. La propia ley se encarga de declararlo de manera expresa y formal: "En lo que no se oponga a lo previsto en esta Ley, y hasta que se dicten los Reglamentos a los que se hace referencia en el artículo 6, continuará siendo de aplicación la regulación de las materias comprendidas en dicho artículo que se contienen en el Título 11 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo o en otras normas que contengan previsiones específicas sobre tales materias, así como la Orden del Ministerio de Trabajo de 16 de diciembre de 1987, que establece los modelos para la notificación de los accidentes de trabajo. Igualmente, continuarán vigentes las disposiciones reguladoras de los servicios médicos de empresa hasta tanto se desarrollen reglamentariamente las previsiones de esta ley sobre servicios de prevención" (disp. derogatoria única, párrf. 2°).

c) *La funciones normativas de la negociación colectiva; y, de nuevo, la tipificación indirecta; conclusiones*

Por lo que hace al papel de la negociación colectiva, las disposiciones laborales de la LPR y de sus normas reglamentarias de desarrollo tienen, "en todo caso", la condición de normas de Derecho necesario mínimo indisponible, "pudiendo ser mejoradas y desarrolladas en los convenios colectivos" (art. 2.3)⁵⁹. No deja de ser curioso comprobar cómo ese carácter mínimo, predicado sólo de la regulación laboral de la LPR y de

del Estado. Vid. J. MERCADER, Ley de Prevención de Riesgos Laborales y Administraciones públicas, Relaciones Laborales, núm. 11, 1996, págs. 44 Y ss.

⁵⁹ Sobre este carácter mínimo de la regulación de la LPR, la Memoria que acompañó al proyecto de Ley, elaborada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, cit., no deja lugar a dudas. Dice así: "El terreno de la seguridad y salud en el trabajo, en el que el bien jurídico protegido no puede quedar condicionado por el resultado final del equilibrio de contraprestaciones fruto de la negociación, es uno de los que con mayor legitimidad reclaman una intervención estatal que asegure un régimen jurídico básico o de Derecho necesario mínimo indisponible" (pág. 6).

sus normas reglamentarias de desarrollo, se aplica también, y no sólo en la regulación de alcance intertemporal de la disp. transitoria 1ª de la LPR, "a los acuerdos concluidos en el ámbito de la función pública al amparo de lo dispuesto en la Ley 7/1990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos".

Además de prestar una regulación "de Derecho necesario mínimo indisponible" a la seguridad y salud en el trabajo, sirviendo de soporte a ulteriores desarrollos y regulaciones más favorables de la negociación colectiva, la LPR reconoce expresamente la capacidad de esta fuente de ordenación autónoma "para articular de manera diferente los instrumentos de participación de los trabajadores, incluso desde el establecimiento de ámbitos de actuación distintos a los propios del centro de trabajo, recogiendo con ello diferentes experiencias positivas de regulación convencional cuya vigencia ... [es] plenamente compatible con los objetivos de la Ley ..."⁶⁰. La regulación propia de esta singular capacidad de disposición de la negociación colectiva se halla después en la disp. transitoria 1ª y, en el cuerpo dispositivo de la LPR, en su art. 35.4, que autoriza a los convenios colectivos y a los acuerdos interprofesionales sobre materias concretas del art. 83.3 del ET a: a) establecer otros sistemas de designación de los delegados de prevención, siempre que se garantice que la facultad de designación es de los trabajadores o de sus representantes; b) atribuir las competencias de los delegados de prevención a órganos específicos diferentes, de creación convencional; y c) otorgar a esos órganos convencionales "competencias generales respecto del conjunto de los centros de trabajo incluidos en el ámbito de aplicación del convenio o del acuerdo" en orden a fomentar el mejor cumplimiento en los mismos de la normativa sobre prevención de riesgos laborales".

La distinción entre las funciones de la negociación colectiva en los ámbitos privado y público, a partir del diferente carácter de la LPR como ley laboral y funcional, vuelve a confundirse, ya que "igualmente, en el ámbito de las Administraciones públicas", permite la LPR el establecimiento, "en los términos señalados en la ley 7/1990, de 19 de julio...", de: a) otros sistemas de designación de los delegados de prevención; y b) la atribución de las competencias de dichos delegados a órganos específicos (art. 35.4, párrf. 3º). Sólo la atribución de competencias generales a dichos órganos específicos de prevención, distintos de los delegados de prevención, quedaría, en una interpretación rigurosa y literal -por omisión- del dictado legal, fuera de los límites operativos de la negociación colectiva de los

funcionarios públicos. Pero podría entenderse también que no se agotan aquí las facultades de regulación diferente de la negociación colectiva de los funcionarios públicos, ya que las "adaptaciones" del ejercicio de los derechos de participación de los trabajadores "al ámbito de las Administraciones públicas" ("en atención a la diversidad de las actividades que desarrollan y las diferentes condiciones en que éstas se realizan, la complejidad y dispersión de su estructura organizativa y sus peculiaridades en materia de representación colectiva"), pueden instrumentarse -como dice el art. 34.3, párrf. 1º, con un estilo, en verdad, poco afortunado- "en los términos de la Ley 7/1990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva... de los empleados públicos, pudiéndose establecer ámbitos sectoriales y descentralizados en función del número de efectivos y centros". En tal hipótesis interpretativa, la potestad reglamentaria del Gobierno para proceder a esa adaptación, en el ámbito concreto de la Administración del Estado (art. 34.3, párrf. 2º), no sería exclusiva.

Con todo, las diferencias entre la negociación colectiva pública (de funcionarios públicos) y privada (de trabajadores), en lo que aquí importa, se desenvuelven, más que en el juego de sus respectivas funciones -no obstante, las matizaciones inevitables-, en los distintos medios o técnicas legales -y en su distinto fundamento constitucional- que aseguran eficacia normativa a los productos de la una (acuerdos colectivos) y otra (convenios colectivos) y, sobre todo, como veremos más adelante, en la distinta naturaleza de la regulación de la LPR como ley básica -al amparo del art. 149.1.18ª CE y el peculiar comportamiento del régimen sancionador propiamente dicho en el ámbito de las Administraciones públicas (y no sólo de los funcionarios públicos). Las divergencias son notables y serán analizadas como una de las "peculiaridades" más señaladas que entraña la aplicación de la LPR al personal civil al servicio de las Administraciones públicas.

Ciñéndonos, por el momento, a la negociación colectiva laboral y, resumiendo lo hasta aquí señalado, es claro que, en el plano normativo, ésta puede desarrollar la regulación mínima legal, suplementaria, o alterarla en los extremos referidos, diversificándola según diferentes ámbitos territoriales, funcionales o de empresa, además de constituir, en el plano ejecutivo, un instrumento imprescindible para su aplicación. Pero es al cumplir aquellas tareas normativas cuando acude, con la ley, a formular obligaciones (complementarias, suplementarias o distintas de las legales), cuya transgresión supone la infracción.

La sancionabilidad de los incumplimientos de las regulaciones convencionales colectivas en materia "laboral" y "de seguridad, higiene y salud laborales" es una opción política consagrada en la LIS (art. 5), refun-

⁶⁰ Exposición de Motivos, 6.

didada después en el ET para las "infracciones laborales" (aunque algunas de ellas desborden esta materia, en su consideración estricta), y recogida ahora, en la LPR, para la materia de seguridad y salud laboral. No es momento ahora de indagar sobre las verdaderas causas y la corrección de esta opción, sino sólo de proceder a su explicación técnica. Lo que la LPR -como la LIS- exige para que el incumplimiento empresarial de las obligaciones convencionales se convierta en ilícito administrativo y desencadene la potestad punitiva de las Administraciones es, precisamente, que la negociación colectiva cumpla su tarea o función normativa. Tal exigencia se condensa en la expresión "cláusulas normativas de los convenios colectivos" (art. 45.1, párrf. 1º, LPR), significando el legislador que es en esas "cláusulas normativas" de los convenios colectivos donde han de quedar establecidos los mandatos y prohibiciones, cuya vulneración apareja consecuencias punitivas; exigencia que, a su vez, se descompone en la doble, bien conocida, de que: 1) los convenios colectivos en que se contenga tal regulación han de haberse negociado y celebrado con los requisitos del Título ID del ET, únicos convenios colectivos de los que -según la interpretación doctrinal y jurisprudencial mayoritarias- es predicable eficacia jurídica normativa; y 2) esa regulación ha de contenerse, además, en la parte o cláusulas normativas de esos convenios colectivos con vinculabilidad o eficacia normativa, y no en su parte obligacional, circunstancia nada difícil de cumplimentar, por cierto, además de por la naturaleza misma de la materia regulada, por la interpretación expansiva que la jurisprudencia viene haciendo de la extensión y alcance materiales de esas cláusulas normativas.

La cuestión de saber si la transgresión empresarial de las obligaciones establecidas en las normas reglamentarias o convencionales en los casos en que la tipificación legal es aparentemente cerrada o autosuficiente y no cuenta con remisiones expresas a las disposiciones o normativa sobre prevención de riesgos laborales constituye o no infracción administrativa, tampoco plantea mayores problemas, desde el momento en que la LPR, como ya no es conocido, se ha provisto de cláusulas de tipificación indirecta o por remisión genérica o referencia a las obligaciones empresariales establecidas en "la normativa sobre prevención de riesgos laborales" en todos y cada uno de los tipos de infracciones que contempla: si, según sus arts. 46.4, 47.16 y 48.8, son infracciones administrativas "las que supongan incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales", estribando su levedad, gravedad o mayor gravedad en la falta de trascendencia grave, en la gravedad o en la gravedad e inminencia de los riesgos generados por esos incumplimientos para la seguridad y salud de los trabajadores, es obvio que cualesquiera incumplimientos de las normas reglamentarias o con-

vencionales integrantes de esa normativa, que encajen en la descrita delimitación legal de los tipos infractores, generarán responsabilidad administrativa. De poco vale, por poner un sólo ejemplo, que el art. 47.10 delimite la infracción, que califica de grave, a la no adopción de "las medidas previstas en el artículo 20 de esta Ley en materia de primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de los trabajadores", si la no adopción de otras medidas complementarias o adicionales a las previstas en el mencionado precepto legal, y posiblemente diversas según sectores y trabajo, contenidas en un reglamento o en un convenio colectivo, crease un riesgo grave para la integridad física y la salud de los trabajadores. Sin necesidad de contar con cláusulas de remisión expresadas en la ley (en dicho apdo. o núm. 10 del art. 47, que cierra la tipificación sobre los límites materiales del art. 20), tal comportamiento resultará sancionable conforme a los elementos esenciales del ilícito tipificado por remisión indirecta o genérica en el núm. 16 del propio art. 47.

En definitiva, no sólo el articulado de la ley, sino también las normas reglamentarias y convencionales colectivas sobre prevención de riesgos laborales, generales y sectoriales, contribuyen, con aquél, a establecer las conductas infractoras recogidas en los catálogos de los arts. 46,47 y 48 de la LPR. De este modo, las Administraciones sancionadoras quedan vinculadas a la normativa sobre prevención de riesgos laborales en la determinación de los tipos; no en la calificación de los desvalores y en la atribución y escalado de la sanción correspondiente, fijadas sólo en la ley. O en otros términos: la pluralidad de fuentes normativas sobre la que se viene discutiendo concurre a definir las obligaciones; la LPR es la que establece los efectos de su incumplimiento. Con absoluta corrección -excesiva, como dije- a la hora de cumplir las exigencias del principio de tipificación legal.

El empleo de la técnica de la tipificación indirecta por la LPR y la concepción de la normativa sobre prevención de riesgos laborales como un bloque normativo heterogéneo en cuanto a sus fuentes de producción, en el que los reglamentos juegan un papel absolutamente destacado en el desarrollo, complementación y adaptación de las previsiones legales, conducen a este resultado. Y es cabalmente la función de las normas reglamentarias de adaptación y actualización de la regulación legal la que permitirá revisar -no formalmente, pero sí materialmente- los tipos de infracciones administrativas, sin que, por ello -y pese al rigor del lenguaje empleado para sentar doctrina por alguna decisión constitucional⁶¹ - falte la necesaria cobertura legal.

⁶¹ Vid. las STC 305/1993 y 145/1995, que, obviamente, no contemplan el supuesto a que se alude en el texto.

5. La predeterminación legal de las sanciones

El principio de tipicidad exige que la ley determine previamente las sanciones que deban corresponderse con las infracciones realizadas (STC 220/1990, de 13 de diciembre), siendo la atribución de las sanciones parte esencial del mandato legal de tipificación; la parte más esencial y propia de la tipificación de las infracciones administrativas⁶².

a) La autonomía del régimen legal sancionador en materia de seguridad y salud laborales

Nuevamente, la LPR podía haber realizado una elección entre dos modos de operar contrapuestos: o incorporar previsiones sancionadoras propias o reenviar esa regulación a la que ya se contiene en la LIS, que, descargada progresivamente de su contenido infractor, permanece -o puede permanecer- como texto sancionador común en el orden material dicho.

No es difícil encontrar ejemplos de esta segunda solución en la evolución más reciente del Derecho social sancionador. El nuevo texto refundido del ET que, como ya se dijo, incorpora, en su Título IV sobre "Infracciones laborales", la regulación hasta entonces contenida en los arts. 6, 7 Y 8 de la LIS⁶³, respeta el sistema sancionador preestablecido en esta última disposición legal, al que el art. 97 de aquella, bajo la discutible rúbrica de "Derecho supletorio", remite: "Las sanciones y los criterios de su graduación, así como la autoridad competente para imponerlas y el procedimiento sancionador, se regirán por lo establecido en la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones de orden social". Otro tanto hace la LETT. Su art. 21.1 reenvía la regulación de la sanción de las infracciones, que autónomamente tipifica y califica, a "lo establecido en la Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social" (art. 21.1), sin perjuicio de dotarse de una regulación particular de "la reincidencia de la empresa de trabajo temporal en la comisión de infracciones tipificadas como muy graves en esta Ley, ... [que] podrá dar lugar a la suspensión de actividades durante un año", regulación particular que, por lo demás, no perjudica la general o común del art. 38 de la LIS (art. 21.2). Finalmente, la LGSS ordena por dos veces, una en las normas generales del Sistema de la Seguridad Social y otra en la regulación de la protección de desempleo, estar "a lo dispuesto en la presente Ley y en la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones de orden social" (arts. 96 y 232).

En cambio, la LPR contiene una regulación propia y extensa de las sanciones, la reincidencia, la prescripción de las infracciones, las competencias sancionadoras, y la actualización de las sanciones (arts. 49 a 52 y disp. final la), que deroga y sustituye a parte de la contenida en la Ley 8/1988 (disp. derogatoria única a)), agravando notablemente las sanciones. Este agravamiento del monto o valor pecuniario de las sanciones es, sin duda, su característica más notable. Sólo respecto del procedimiento sancionador llama a la regulación de la LIS: "Las infracciones tipificadas conforme a la presente Ley serán objeto de sanción tras la instrucción del oportuno expediente sancionador a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de conformidad con el procedimiento administrativo especial establecido en la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social..." (art. 45.1, párrf. 2º)⁶⁴.

Ciertamente, este régimen sancionador específico no impide que la LPR remita también a la aplicación de la LIS en algún otro punto concreto, bien que de alcance absolutamente general: el principio non bis in idem y la prevalencia del orden jurisdiccional penal en supuestos de concurrencia (art. 42.4). Pero dicha Ley "sectorial", dentro del sector genérico del "orden social" ha optado por establecer un régimen sancionador singular, acomodado a los valores e intereses protegidos por su ordenación sustantiva -la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo- y al deseo, en aras de dispensarles la tutela adecuada, de castigar más severamente los ilícitos cometidos y, así, separado del común de la LIS. Esta autonomía del régimen sancionador o de las consecuencias punitivas de las infracciones produce relevantes efectos prácticos.

En efecto, el art. 49.4 de la LPR, incorporando el principio de proporcionalidad o de debida adecuación entre las clases de las infracciones y de sanciones, gradúa las multas, en que consisten las sanciones, como sigue:

a) Infracciones leves: grado mínimo: hasta 50.000 pts.; grado medio: de 50.001 a 100.000 pts.; grado máximo: de 100.001 a 250.000 pts.

b) Infracciones graves: grado mínimo: de 250.001 a 1.000.000 pts.; grado medio: de 1.000.001 a 2.500.000 pts.; grado máximo: de 2.500.001 a 5.000.000 pts.

b) Infracciones muy graves: grado mínimo: de 5.000.001 a 20.000.000 pts.; grado medio: de

⁶² Así también, NIETO, .op. cit., págs. 310 y ss.

⁶³ Que deroga por sustitución: arts. 94, 95 y 96 y disp. derogatoria única d).

⁶⁴ Dicho procedimiento administrativo para la imposición de sanciones por infracciones de orden social -y para la extensión de actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social- se regula por el ya citado Reglamento aprobado por RD 396/1996, de 1 de marzo.

20.000.001 a 50.000.000 pts.; grado máximo: de 50.000.001 a 100.000.000 pts.

Si se tiene en cuenta que, conforme a la ordenación común de las sanciones del art. 37 de la LIS, las multas correspondientes a las faltas leves, graves y muy graves alcanzan, en su grado máximo, 50.000, 500.000 Y 15.000.000 pts., frente a 250.000, 5.000.000 Y 100.000.000 pts. según el escalonamiento de las sanciones que para las infracciones de igual calificación y grado efectúa la LPR, la conclusión a establecer, a través de una sencilla operación matemática, es que el valor de esas multas se ha quintuplicado, decuplicado y más que sextuplicado en este último texto legal. Todos los comentaristas del nuevo texto legal, sin excepción, destacan el considerable incremento de la cuantía de las sanciones económicas, exigido por "la importancia de los valores en juego: la vida, salud e integridad de los trabajadores"⁶⁵.

La LPR parece haber seguido la admonición de la Ley 30/1992 -en términos de política de prevención y represión de infracciones-, que advierte de la necesidad de que "el establecimiento de sanciones pecuniarias" por el legislador se haga de modo que "la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas" (art. 131.2). Por lo demás, procura ampliar la eficacia disuasoria de sus sanciones, anunciando que las impuestas por faltas muy graves, "una vez firmes, se harán públicas en la forma que se determine reglamentariamente" (art. 49.5 de la LPR). La intención del precepto legal de reprobar de manera patente y notoria para toda la conducta infractora, en las infracciones más sobresalientes, es inequívoca y no precisa, por ello, de mayores comentarios.

El legislador de la LPR, como el de la LIS, recurre a la técnica deslegalizadora para permitir actualizar periódicamente -habilitando al efecto al Gobierno, a propuesta del hoy Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales⁶⁶- la cuantía de las sanciones, deslegalización que, en lógica correspondencia, alcanza a la determinación de los órganos administrativos sancionadores (disp. final 1ª)⁶⁷.

⁶⁵ GONZÁLEZ ORTEGA y APARICIO TOVAR, op. cit., pág. 302; SALA FRANCO Y ARNAU NAVARRO, op. cit., págs. 207-208; L. FERNÁNDEZ MARCOS, Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Salud laboral), Dykinson, Madrid, 1996, pág. 240.

⁶⁶ Según RD 758/1996, de 5 de mayo, de reestructuración de Departamentos ministeriales.

⁶⁷ Sobre la lógica de esta figura para garantizar la eficacia punitiva de las sanciones y su constitucionalidad "no dudosa", NIETO, op. cit., pág.277.

Las consecuencias del tratamiento legislativo separado del régimen sancionador son las siguientes: las infracciones tipificadas en la LPR y sancionadas conforme a la misma acarrear sanciones más elevadas que las tipificadas en otras leyes sociales y sancionadas según el régimen sancionador común de la LIS. Pero, al mismo tiempo, es obligado señalar que sólo a las infracciones tipificadas en la LPR corresponden las sanciones previstas en la misma. "Las sanciones por las infracciones tipificadas en los artículos anteriores ...", dice, sin dejar lugar a dudas, el art. 49.1 de la LPR.

b) La graduación legal de las sanciones y el principio de proporcionalidad de la actuación administrativa sancionadora

Corresponde a las Administraciones laborales sancionadoras, ejerciendo una imprescindible capacidad de apreciación discrecional no incompatible con el principio constitucional de tipicidad, valorar la comisión de las infracciones y su calificación, determinar la correlación entre aquéllas y las sanciones y, a la vista de las circunstancias de cada caso, atribuir o imponer una concreta de las legalmente previstas. Su imposición en uno de los tres grados -mínimo, medio y máximo- que contempla la LPR ha de hacerse con arreglo a los siguientes criterios legales (art. 49.1)⁶⁸: a) la peligrosidad de las actividades realizadas en la empresa; b) el carácter permanente o transitorio de los riesgos; c) la gravedad de los daños potenciales o causados por la ausencia o deficiencia de medidas preventivas; d) el número de trabajadores afectados; e) las medidas de protección individual o colectiva adoptadas y las instrucciones dadas por el empresario para la prevención de los riesgos; f) el incumplimiento de las advertencias o requerimientos previos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; g) la inobservancia de las propuestas realizadas por los servicios de prevención, los delegados de prevención o el Comité de Seguridad y Salud para la corrección de las deficiencias existentes; y h) la conducta general seguida por el empresario en la "estricta observancia" de las normas de prevención de riesgos laborales.

La Autoridad laboral que atribuye la sanción tiene, pues, facultades para determinar su grado dentro del abanico de criterios legales señalados, cuya función es la de atenuar o agravar los grados de las sanciones. La LPR exige que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el acta que inicia el expediente sancionador, y la Administración sancionadora, en la resolución que lo concluye, expliciten cuál o cuáles de esos criterios han sido tenidos en cuenta para la graduación de la

⁶⁸ Sustituye esta regulación a la derogada que se contenía en el art. 36.2 de la LIS (dips. derogatoria única a) de la LPR).

sanción. Y sujeta su margen de discrecionalidad a dos tipos de límites:

a) por un lado, si la Administración no considera relevante ninguno de los criterios atenuantes o agravantes enumerados, ha de imponer la sanción "en el grado mínimo en su tramo inferior" (art. 49.3), concepto este - el de tramo- que no viene definido en la Ley y que, si se entiende referido "al nivel más bajo del grado mínimo", daría como resultado, en las infracciones leves, que su "cuantía sería de una peseta", lo que -decían bien GONZÁLEZ ORTEGA y APARICIO TOVAR, "no parece muy sensato"⁶⁹. Para resolver este sin sentido, el Reglamento de procedimiento sancionador, aprobado por RD 396/1996, de 1 de marzo, ha procedido a fijar "la cuantía mínima de la sanción correspondiente al grado mínimo de las infracciones leves" de la LPR en 5.000 pts., añadiendo que tal determinación es "de conformidad con lo establecido en el artículo 37.2" de la LIS para las faltas leves⁷⁰ ;

b) y, por otro, esos criterios no podrán ser utilizados para "atenuar o agravar la calificación de la infracción cuando estén contenidos en la descripción de la conducta infractora" (art. 49.2).

Huelga decir, sin embargo, que el cumplimiento de este último mandato legal deviene, en sus términos, rigurosamente imposible, ya que está mal formulado. Los criterios legales de graduación no pueden, como la norma dice, "atenuar o agravar la calificación de la infracción" por la sencilla razón de que no operan en ese terreno: la clasificación de los distintos tipos de infracciones -en las tres clases de leves, graves y muy graves- la hace el legislador, y no la Administración, a la que corresponde sólo subsumir los hechos en alguna de las infracciones tipificadas y clasificadas en la triple categoría señalada. Los elementos modales que ahora consideramos lo son de graduación de las sanciones correspondientes a cada grupo de infracciones -así lo señala, inequívocamente el art. 49.1 de la LPR-, y no de las infracciones mismas -aunque el apdo. 2 de este art. 49 posteriormente lo enrede-. En tal sentido ha de ser entendido y aplicado el mandato legal, aunque, incluso con esta corrección esencial, no deje de generar disfunciones.

La finalidad de este tipo de normas es evitar el efecto duplicador de determinadas circunstancias, que no sólo gradúan la sanción, sino también, previamente, la infracción. Seguramente, el logro de tal finalidad es,

en el Derecho sancionador general, encomiable. No lo es tanto, sin embargo, en un sistema normativo sancionador específicamente dirigido a prevenir los riesgos laborales, en el que la peligrosidad y la gravedad de los mismos, mucho más su actualización en siniestros con producción de daños para los intereses jurídicos protegidos -la seguridad y salud de los trabajadores-, constituye la base de todo el sistema. Los riesgos que se quieren evitar forman parte integrante, como ya se dijo, del deber/derecho transgredido y son el elemento de medición central, que, por lo mismo, debe servir tanto para clasificar la infracción como para graduar la sanción. Y así, aún coincidiendo el criterio de graduación de la sanción con los elementos descriptores del tipo infractor, aquél debería tener virtualidad para escalonar la sanción correspondiente a la infracción tipificada y calificada.

En efecto, el aditamento que supone la peligrosidad de las actividades o la gravedad de los daños potenciales o reales provocados por la falta de las medidas preventivas necesarias (criterios de graduación recogidos en los apdos. a), b) y c) del art. 49.1) no tendría que impedir, necesariamente, la imposición de la sanción correspondiente a la infracción de que se trate en un grado superior, aunque tales circunstancias concurrieren ya en la previa descripción del comportamiento infractor. Por ejemplo, la superación de los límites de exposición a agentes nocivos que origine riesgos de daños graves por falta de las medidas preventivas adecuadas infracción grave, según el núm. 9 del art. 47, a reserva de que proceda su calificación como muy grave por la inminencia de los riesgos- admitiría una modulación de la gravedad de esos daños -de acuerdo con el criterio de graduación de las sanciones del art. 49.1 c)-, que debería tener correspondencia con los tres grados de las sanciones económicas reservadas a las infracciones graves, cuyo valor oscila de 250.001 a 500.000.000 de pesetas. De proceder su calificación como infracción muy grave, el escalado de las sanciones se mueve desde 5.000.001 a nada menos que 100.000.000 de pesetas. Siguiendo con ejemplos menos manifiestos, aunque igualmente significativos, la desobediencia a la orden de paralización de trabajos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social -descrita como infracción muy grave en el art. 48.3- ha podido venir precedida del desconocimiento de otras advertencias y requerimientos de la propia Inspección de Trabajo y Seguridad Social -criterio del art. 49 .1.f)-⁷¹, lo que merecería elevar el grado de la sanción. En tales supuestos, al estar legalmente impedida la Administración para graduar la sanción dentro del escalón atribuido a la infracción (art. 49.2) y de no apreciarse por ésta como relevante ningun-

⁶⁹ Op. cit., pág. 303.

⁷⁰ Sin embargo, no parece que este precepto de la LIS, que se limita a fijar la cuantía de las sanciones que operan dentro de su regulación, tenga que ver con la tipificación y escalado de las sanciones y atribución de su respectiva cuantía, realizada autónomamente por la LPR.

⁷¹ Y juego de los arts. 43 y 44 de la LPR.

na otra de las indicaciones que el legislador le proporciona (art. 49.3, párrf. 2º), la sanción a imponer será la correspondiente al "grado mínimo en su tramo inferior", con independencia de la gravedad de los riesgos o de los daños o de la contumacia en el menosprecio de las advertencias y requerimientos de la Inspección de Trabajo.

Debería haberse dejado, en definitiva, un más amplio margen a la actuación administrativa en la imposición de sanciones, actuación vinculada -como la judicial revisora contencioso-administrativa y más aún que la legislativa- por el principio de proporcionalidad, por exigencia de la Constitución.

La reincidencia, en cambio, no opera como criterio de graduación de las sanciones, condición que, en cambio, ostenta en el art. 131.3 de la Ley 30/1992. En la LPR, como en la LIS, la reincidencia incrementa la cuantía de la sanción, atribuida ya en un grado determinado. Se define como reincidencia la comisión de una infracción del mismo tipo y calificación que otra anterior, sancionada mediante resolución administrativa firme, en el plazo de un año desde la comisión de aquella; fecha de comisión que, claro es, ha de figurar en la propia resolución sancionadora que ha ganado firmeza⁷². Apreciada la reincidencia, la Administración sancionadora podrá incrementar la cuantía de la sanción "hasta el duplo del grado de la oo. correspondiente a la infracción cometida, sin exceder, en ningún caso, del tope máximo previsto para las infracciones muy graves" (art. 50).

6. La predeterminación legal de la habilitación para sancionar

El principio de legalidad implica también el apoderamiento por la ley de facultades sancionadoras a la Administración. La LPR procede a efectuar esa atribución de competencias sancionadoras a la Administración laboral del Estado, sin afectar "al ejercicio de la potestad sancionadora que pueda corresponder a otras Administraciones por razón de las competencias que tengan atribuidas" (art. 52.3). Es ya sabido que en el complejo orden material que estamos analizando se entrecruzan competencias de las Administraciones sanitarias y de industria, que la LPR busca coordinar, a través de la Administración competente en materia laboral, "para una más eficaz protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores" (art. 11).

a) Las competencias sancionadoras de las Administraciones laborales

La distribución de las competencias sancionadoras entre los distintos órganos de la Administración laboral del Estado se efectúa, como en la LIS, en razón únicamente de la cuantía económica de las sanciones. Es "autoridad laboral competente" para sancionar las infracciones a la normativa en materia de prevención de riesgos laborales: la que lo sea "a nivel provincial" -los Directores provinciales- para la imposición de sanciones de hasta 5.000.000 de pts.⁷³; el Director General de Trabajo y Migraciones⁷⁴ respecto de las sanciones cuyo valor pecuniario supere la cantidad anterior y alcance hasta 15.000.000 de pts.; y el Ministro para las sanciones de hasta 50.000.000 de pts. El Consejo de Ministros, a propuesta del de Trabajo y Asuntos Sociales, impone las sanciones de hasta 100.000.000 de pts.

Proyectado este reparto competencial sobre las clasificaciones de los distintos tipos de infracciones y la graduación de las sanciones, tenemos que:

1) Las Autoridades laborales provinciales imponen las sanciones correspondientes a las categorías de infracciones leves y graves, en los tres grados que contempla la graduación de aquéllas. Son, en consecuencia, las Direcciones provinciales las que detentan el grueso de las competencias sancionadoras.

2) Al Director General compete la imposición de parte de las sanciones atribuidas, en su grado mínimo, a las infracciones muy graves, pero no todas esas sanciones. En efecto, en ese grado primero o mínimo de las sanciones por infracciones muy graves se cuentan las que poseen un monto de 5.000.001 a 20.000.000 de pts. Pues bien, el límite cuantitativo de la competencia sancionadora del Director General está situado -sin que se alcance a comprender bien la razón de ello, por cuanto rompe la correlación que, en el resto de los casos se establece, entre órgano sancionador competente/sanción/infracción- en 15.000.000 de pts.

3) La competencia sancionadora del Ministro actúa en el grado medio de las sanciones por infracciones muy graves y en el último tramo (7) del grado mínimo de esa misma clase de sanciones. Así, insisto, el renglón ocupado por el grado mínimo de las sanciones por infracciones muy graves -de 5.000.001 a 20.000.000 de pts- queda compartido por las competencias sancionadoras del Director General -de 5.000.001 a 15.000.000

⁷² En el art. 38 de la LIS, el plazo de un año, para apreciar la circunstancia de reincidencia, corre desde la notificación de la primera sanción, que, igualmente, ha de haber adquirido firmeza.

⁷³ Véase el art. 4.1 del Reglamento de procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social, aprobado por RD 396/1996, de 1 de marzo.

⁷⁴ Por RD 839/1996, de 10 de mayo, se estableció la estructura orgánica básica de distintos Ministerios, entre ellos del de Trabajo y Asuntos Sociales.

de pts.- y del Ministro -de 15.000.001 a 20.000.000 de pts.-

4) La imposición, en su grado máximo, de las sanciones correspondientes a los ilícitos muy graves está reservada al Consejo de Ministros.

En supuestos de pluralidad o acumulación de infracciones en un único expediente sancionador, la competencia para sancionar "por la totalidad de dichas infracciones" se ejerce por el órgano "que lo sea para imponer la de mayor cuantía" (art. 52.2).

El ejercicio de la potestad sancionadora es indelegable, por determinación del art. 127.2 de la Ley 30/1992, de aplicación supletoria (disp. adicional 7ª de la Ley 30/1992).

Las infracciones se sancionan, reitera el art. 52.1., "a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social". En efecto, los arts. 9.1.a) y 45.1, párrf. 2º, de la LPR, reposando sobre el diseño de la LIS -ya contenido en normas anteriores-, recogen la función de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de vigilancia y control del cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales y vinculan el ejercicio de la potestad sancionadora de las Administraciones laborales, en tal ámbito material, a la previa actuación de aquélla: a la Inspección corresponde proponer a la Autoridad laboral competente "la sanción correspondiente, cuando comprobase una infracción a la normativa sobre prevención de riesgos laborales" (art. 9.1.a); las sanciones se atribuyen "tras la instrucción del oportuno expediente sancionador a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de conformidad con el procedimiento administrativo especial establecido" en la LIS (art. 54.1, párrf. 2º)⁷⁵.

b) *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales como "legislación laboral" y las competencias de las Administraciones laborales autonómicas*

La expuesta regulación legal, atributiva de competencias sancionadoras e inspectoras, contempla una serie de excepciones de distinta naturaleza y alcance. Se refiere la primera de ellas a la LPR como "legislación laboral" (disp. adicional 3ª.1 de la LPR) y su finalidad no es otra que la obligada, en términos constitucionales, de asegurar las competencias ejecutivas de esa legislación de las que son titulares las Comunidades Autónomas (art. 149.1.7a CE). La segunda, de mayor alcance, es consecuencia de la condición, que también ostenta la LPR atendiendo a su ámbito de aplicación (art. 3 y disp. adicional 3a.2), de ley "administrativa" o

integrante de las "bases" del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de los funcionarios públicos civiles (y personal equiparado al servicio de las Administraciones públicas), de acuerdo ahora con el art. 149.1.18a CE. La tercera, finalmente, tiene en cuenta el tradicional tratamiento que, en nuestro ordenamiento, confía a otros órganos administrativos y cuerpos funcionariales distintos a los laborales la realización de funciones de prevención, vigilancia y control del cumplimiento de la normativa preventiva y de seguridad e higiene en el trabajo.

Conforme a la primera de ellas, es obvio -y así lo sería, aunque la LPR no lo dijera- que las Comunidades Autónomas con competencias de ejecución de la legislación laboral, por tanto de la LPR, ejercen la potestad sancionadora, comprendida en la esfera de sus atribuciones ejecutivas⁷⁶, "de acuerdo con su regulación propia", y "en los términos y con los límites previstos en sus respectivos Estatutos de Autonomía y disposiciones de desarrollo y aplicación" (art. 52.4). Siendo la materia preventiva de riesgos laborales "legislación laboral" (y no de Seguridad Social, pese a las relaciones de cercanía o vecindad que con ésta mantiene), la generalización de tales competencias ejecutivas a todas las Comunidades Autónomas y el principio de territorialidad en la comisión de las infracciones -principio tradicional del Derecho sancionador general, que desencadena el ejercicio de la potestad sancionadora por las Administraciones territorialmente competentes- permite concluir en el carácter residual o supletorio de la norma atributiva de competencias sancionadoras "en el ámbito ... del Estado", que se contiene en el art. 52.1 de la LPR y se desarrolla en el art. 4.1 del RD 386/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento sancionador en el orden social. Recuérdese, sin embargo, que, según la disp. adicional 3ª de la LIS, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que tiene atribuido el carácter de Cuerpo Nacional⁷⁷, puede desarrollar "la totalidad de ... [sus] cometidos", con independencia de la adscripción orgánica y funcional de sus funcionarios a la Administración del Estado o a las Administraciones autonómicas.

Dicho en otros términos, las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas desplazan -o lo harán en fechas próximas- las sancionadoras de la Administración laboral del Estado, pero no las previas inspectoras y de iniciación del procedimiento sancionador de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social: el

⁷⁶ Por todas, STC 102/1985, de 4 de octubre, y STC 185/1991, de 3 de octubre.

⁷⁷ "... a los efectos previstos en los artículos 28 y 29 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del proceso autonómico": disp. adicional 3ª, párrf. 1º, de la LIS.

⁷⁵ Mandatos legales que se reiteran en los arts. 1.2, 4.1 Y 20, párrf. 10, del Reglamento de procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social.

ejercicio de la potestad sancionadora de las Comunidades Autónomas, dice el art. 4.7 del Reglamento de procedimiento sancionador, "se ejercitará a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo con su regulación propia, en los términos y con los límites previstos en los respectivos estatutos de Autonomía y disposiciones de desarrollo y aplicación, ajustándose, en todo caso, al procedimiento regulado en el presente Reglamento".

c) La Ley de Prevención de Riesgos Laborales como "ley administrativa"; normas básicas y competencias de las Comunidades Autónomas y de las Entidades locales. La autonomía de las diferentes Administraciones territoriales

La excepción "administrativa" o las peculiaridades que al régimen sancionador impone el hecho de la proyección del ámbito de aplicación de la LPR al personal civil, administrativo y estatutario, al servicio de las Administraciones públicas y a éstas como empresarios, y su condición de norma básica de acuerdo con la distribución competencial de la regla 18ª del art. 149.1 C.E., completada con las determinaciones de las reglas la y 2a del art. 148.1 CE, posee efectos más intensos.

Comenzando por los de mayor entidad, que son los que afectan a las responsabilidades administrativas mismas, los mecanismos de garantía frente a los incumplimientos de las obligaciones preventivas de las Administraciones públicas, como empresarios, no consisten en la imposición de sanciones económicas, sino en "la realización de las medidas correctoras de los correspondientes incumplimientos". La razón de esta peculiaridad no es difícil de imaginar: se trata de superar la doble dificultad, técnica y presupuestaria, que envuelve la imposición de sanciones públicas por una Autoridad administrativa a otra, pertenecientes a una misma Administración pública -que, como se sabe, actúa con personalidad jurídica única (art. 3.4 de las Ley 30/1992)- o a diferentes Administraciones, con la dificultad añadida de que tales sanciones consisten en multas. Pues, si bien en el caso de pluralidad de Administraciones, esto es, de que la Administración sancionadora y sancionada fueran diferentes el riesgo -el absurdo técnico- de la autosanción desaparecería, quedaría entonces decisivamente afectada la autonomía de las Administraciones autonómicas y locales, constitucionalmente garantizada (arts. 137, 140, 141 y 143 y ss. CE). Se hacía, por ello, preciso idear un mecanismo que permitiera tratar adecuadamente la autonomía organizativa de las distintas Administraciones públicas y sus potestades anejas, a diferencia de épocas pasadas en que la Administración del Estado se relacionaba con las restantes Administraciones -locales- desde una posición de superioridad jerárquica, concibiendo a las Administraciones territoriales, en esos vínculos relacionales,

como si de particulares se tratase. El eclipse de las facultades administrativas sancionadoras se fundamenta, pues, básicamente en el hecho de que sea una Administración pública quien cometa el ilícito administrativo. O, por decirlo con los términos de NIETO, "el fraccionamiento subjetivo de la potestad sancionadora [aquí, correctora] es una simple -y necesaria- consecuencia de la correlativa pluralidad de las Administraciones"⁷⁸. Es claro, sin embargo, que las responsabilidades civiles operan en estos casos. Las Administraciones públicas no han de pagar las multas, pero sí deben, en su caso, resarcir el daño causado a su personal.

Peculiar es también el procedimiento para la imposición de esas medidas correctoras, cuya regulación, dentro de la básica estatal, corresponde establecer a las Comunidades Autónomas, en ejercicio de sus competencias de ordenación de sus propias Administraciones y de las Administraciones locales de sus territorios y de desarrollo de la básica del Estado, determinando "la autoridad competente" (art. 45.1, párrf. 3º), que, en su propio ámbito y en el de los Entes locales, no tiene que ser la Autoridad laboral (disp. adicional 3a.2.b). Tampoco las funciones inspectoras de los posibles incumplimientos en orden a su corrección han de ejercerse, de nuevo en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades locales, por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, pudiendo atribuirse a otros órganos (disp. adicional 3a.2.b). La legislación autonómica ha de respetar, a su vez, la autonomía constitucionalmente garantizada a las Entidades locales y sus potestades reglamentarias, de organización y sancionadora (arts. 2 y 4.1.a) y f) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local).

El régimen sancionador, laboral/funcionaria!, o, con mayor precisión como podrá comprobarse de inmediato, privado/público, se desdobra o disocia como acaba de verse: la sanción y el procedimiento que desemboca en su atribución se sustituyen por procedimientos de imposición de medidas correctoras, fijados por el Gobierno, para la Administración General del Estado, y por las Comunidades Autónomas para sus propias Administraciones y, dentro de los límites que marca su autonomía, para las Administraciones locales; queda a la libre disponibilidad autonómica y, en su caso, local decidir quiénes son los titulares de dicha potestad de imposición, y de la previa competencia de inspección, que no tienen que ser necesariamente las autoridades laborales, aunque, desde luego, puedan serlo, si tal es la decisión que se adopta. Caben, pues, diferentes combinaciones u opciones organizativas, que arrojen una diversidad orgánica. Todo lo cual se traduce

⁷⁸ Op. cit., pág. 129.

ce en una diferenciación del régimen sancionador querida por la LPR.

Contemplada desde esta perspectiva, la LPR se limita a contener dos únicas normas básicas a lo largo de su Capítulo VII sobre "Responsabilidades y sanciones": la que hace derivar del incumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de prevención de riesgos laborales el nacimiento de responsabilidades administrativas, penales y civiles por daños y perjuicios (art. 42.1), y la que peculiariza el procedimiento habitual u ordinario de exigencia de esas responsabilidades administrativas, prohibiendo el recurso a la técnica sancionadora para castigar los incumplimientos de las Administraciones públicas e imponiendo, en su lugar, la realización de medidas correctoras por las Administraciones incumplidoras a través del oportuno procedimiento administrativo (art. 45.1, párrf. 3º).

Importa precisar, sin embargo, y sin juzgar ahora si el alcance real y la efectividad de las medidas correctoras será en la práctica todo lo deseable que debiera: 1º, que virtualmente toda la regulación de las obligaciones que a los empresarios, y a las Administraciones públicas en la posición de aquellos respecto de su personal funcional y estatutario, imponen los Capítulos IV, V Y VI de la LPR, son normas básicas (así resulta, inequívocamente, de la disp. adicional 3a.2.a), ocupando esa regulación de las obligaciones empresariales, central en la LPR, la mayor parte de sus normas básicas⁷⁹), por lo que, cuando menos, sus incumplimientos constituirán las "infracciones" que "serán objeto de responsabilidades" a través de la imposición de la realización de medidas correctoras (art. 45.1, párrf. 3º); y, 2º, que, a mayor abundamiento, los restantes preceptos, no básicos, entre los que se encuentran los listados o repertorios de las infracciones administrativas, son "de aplicación general en defecto de normativa específica dictada por las Administraciones públicas, a excepción de lo que resulte inaplicable por su propia naturaleza jurídico-laboral" (disp. adicional 3a.2.c). Parece evidente que esa aplicación supletoria del Derecho estatal no puede llegar a imponer a las Administraciones comunitarias y locales medidas organizativas concretas, como las adoptadas en el marco de la regulación de las competencias inspectoras y correctoras que para la Administración General del Estado se contiene en el párrf. 4º del apdo. 1 del art. 45 y que vamos a examinar inmediatamente, so pena de incurrir en extralimitaciones de los títulos competenciales que al Estado proporcionan las "bases" del art. 149.1.18º CE y la cláusula de supletoriedad del art. 149.3 CE.

Como ley básica funcional o "administrativa", la LPR no actúa, en consecuencia, ni como ley tipificante de infracciones y sanciones, ni como ley atributiva de competencias correctoras y ordenadora -por remisión- del correspondiente procedimiento corrector. Y ello, no tanto porque el legislador estatal desee la ruptura de la unidad de la regulación básica o esencial de las conductas ilícitas -a la postre, lo infringido a través del incumplimiento de las obligaciones empresariales son las bases, con lo que las disposiciones que sobre infracciones dicten las Comunidades Autónomas no variarán excesivamente la regulación estatal⁸⁰ -, sino porque, al prescindir del esquema sancionatorio, no necesita de la regulación normativa de la tipificación de las infracciones, claramente subordinada al funcionamiento de aquél.

En el ámbito de la Administración General del Estado, avanza la LPR (art. 45.1, párrf. 4º) la regulación del procedimiento corrector de los incumplimientos administrativos, que corresponde efectuar al Gobierno, ajustándose a los siguientes principios:

- La iniciación del procedimiento se hará "por el órgano competente de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social", por orden superior, a iniciativa propia o a petición de los representantes del personal.

- La terminación de la actuación inspectora se reflejará en un requerimiento de subsanación de los incumplimientos, con determinación de las medidas a adoptar y plazo de ejecución, del que se dará traslado a la unidad inspeccionada para que formule alegaciones.

- La Autoridad laboral -tal ha de ser la competente en el ámbito de la Administración General del Estado- impondrá las medidas correctoras que la unidad administrativa deberá adoptar.

- En caso de discrepancia entre los Ministros competentes, el Consejo de Ministros tomará la decisión final.

En el ámbito de la Administración general del Estado, y si se me permite la expresión, la LPR es una "ley laboralizante", al residenciar en la Administración laboral las competencias de inspección y de imposición de medidas correctoras, opción organizativa, por lo demás, de notable acierto.

Este peculiar régimen de responsabilidades administrativas plantea problemas diferentes en su aplicación a los trabajadores al servicio de las Administraciones

⁷⁹ Nada menos que veintitrés de los treinta y dos artículos y disposiciones de carácter básico (en tomo al 72 por 100 de esa regulación básica).

⁸⁰ Además de los límites que al ejercicio de la competencia sancionadora, normativa y ejecutiva, de las Comunidades Autónomas marcan los arts. 25.1 y la regla del art. 149.1.1º CE, según la interpretación del Tribunal Constitucional: por todas, STC 87/1985, de 16 de julio, y 109/1993, de 25 de marzo.

nes públicas. Baste reparar en que el art. 45.1, párrf. 3º, que es el que separa el régimen de responsabilidades administrativas de las Administraciones públicas del común empresarial, lo hace para "el ámbito de las relaciones del personal civil al servicio de las Administraciones públicas", expresión que comprende no sólo al personal con relación de carácter administrativo o estatutario ("personal civil con relación de carácter administrativo o estatutario" es la expresión que utiliza el art. 3.1 para definir, a sus propios efectos normativos, el concepto de "trabajadores"), sino también al personal con relación de carácter contractual laboral. Pero es que, además, la interpretación contraria impediría el juego de la "peculiaridad" consistente en la evitación de la autosanción y de su contenido económico, peculiaridad más propia del régimen jurídico de las Administraciones públicas (esto es, de la regulación de la organización de las Administraciones públicas) que del regulador de la relación de servicio o régimen estatutario de sus funcionarios y personal equiparado.

Pues bien, respecto de los trabajadores al servicio de las Administraciones públicas, toda la regulación de la LPR es, por lo pronto, "legislación laboral", y no legislación básica de régimen estatutario de los funcionarios públicos y de organización de las Administraciones públicas. Por lo que, aún alcanzados por el tratamiento diverso del régimen sancionador propiamente dicho, la LPR actúa, respecto de los trabajadores, como ley tipificante de las infracciones. Si bien, y como se dijo, con la enorme debilidad -o máxima prescindibilidad- que supone la exclusión de la técnica de imposición de sanciones.

Gobierno de las normas de los capítulos III y V de la LPR "a las exigencias de la defensa nacional, a las peculiaridades orgánicas y al régimen vigente de representación del personal en los establecimientos militares", en este ámbito continúan "vigentes las disposiciones sobre organización y competencia de la autoridad laboral y de la Inspección de Trabajo ... contenidas en el RD 2205/1980, de 13 de junio, dictado en desarrollo de la disposición final séptima del Estatuto de los Trabajadores" de 1980 (disp. adicional 9ª.2 de la LPR).

d) El mantenimiento de las excepciones a las competencias de las Administraciones laborales en ciertos trabajos (el empleo de la técnica minera y la utilización de explosivos y de energía nuclear como cláusulas de excepción)

El art. 7.2, párrf. 1º, de la LPR limita el ámbito material de las funciones de las Administraciones laborales de promoción de la prevención de riesgos laborales, de vigilancia y control de su normativa reguladora y de sanción de su incumplimiento, dejando fuera de su alcance los trabajos en minas, canteras y túneles que

exijan la aplicación de la técnica minera, los que impliquen fabricación, transporte, almacenamiento, manipulación y utilización de explosivos o los que exijan el empleo de energía nuclear. Tales excepciones preservan las competencias de las Administraciones de Industria -y, en su caso de Interior- y las potestades de inspección confiadas al Cuerpo de Ingenieros de Minas "en lo relativo a la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como a la exacta observancia de las normas de seguridad e higiene en el trabajo", con la apoyatura de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, y del RD 2857/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba⁸¹ el Reglamento general para el régimen de la minería, que la disp. derogatoria única, párrf. 3º, de la LPR deja en vigor. Tampoco afecta la LPR a la vigencia de "las disposiciones especiales sobre prevención de riesgos profesionales en las explotaciones mineras" contenidas en el Capítulo IV del RD 3255/1983, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto del Minero, y en sus disposiciones de desarrollo, así como en el RD 863/1985, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera, y en sus disposiciones complementarias. Estas disposiciones especiales son perfectamente compatibles con las generales contenidas en el LPR Y en otras normas reglamentarias que en el futuro se dicten para su aplicación y desarrollo.

Por lo que se refiere a los trabajos con explosivos y energía nuclear, las normas a tener en cuenta son el RD 2114/1978, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Explosivos, y la Ley 25/1964, de 29 de abril, reguladora de la Energía Nuclear.

La solución legal expuesta suscita, entre otros problemas que deja al descubierto (la delimitación de los ámbitos laborales que deja acotados y del consiguiente alcance de las reglas excepcionantes), la duda de si la pervivencia de esta postura, tradicional en nuestro ordenamiento, se encuentra hoy justificada. Sin perjuicio de las competencias establecidas en la legislación específica sobre productos e instalaciones industriales, que la LPR salva (art. 7.2, párrf. 2º), como salva las propias de las Administraciones sanitarias (art. 10) y, en general según ya vimos, "el ejercicio de la potestad sancionadora que pueda corresponder a otras Administraciones por razón de las competencias que tengan atribuidas" (art. 52.3), y que pueden confluir sobre unos mismos o distintos hechos, en todo caso originando infracciones distintas, tipificadas con intención de proteger bienes jurídicos distintos -sin lesionar, por ello, la regla del ne bis in idem-, no tiene sentido que, en relación con la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales, se excepcionen las competencias

⁸¹ Arts. 117 Y 143, respectivamente.

inspectoras de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las sancionadoras de las Administraciones laborales. Esta opción no se compagina bien con la aceptación contundente de las funciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de vigilancia y control de la normativa de prevención de riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores, ejercidas sobre trabajos tan técnicos o más -dado el enorme desarrollo experimentado por la técnica y las tecnologías en cualquier trabajo- que los que exigen el empleo de la técnica minera, la utilización de explosivos o el empleo de la energía nuclear.

La LPR impone un deber de coordinación administrativa que hace recaer sobre la Administración competente en materia laboral, a la que corresponde velar por que la información obtenida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones "sea puesta en conocimiento de la autoridad sanitaria competente .oo, así como de la Administración competente en materia de industria ..." (art. 11, párrf. 2º).

En definitiva, en este punto la LPR ha dejado pasar una excelente ocasión para modificar aquella trasnochada regulación.

MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO: APORTACIÓN PRESENTE Y FUTURA A LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Julio Sánchez Fierro

Presidente de la asociación de mutuas de accidentes de trabajo (AMAT).

I.- LA SINIESTRALIDAD LABORAL: DATOS Y REFLEXIONES

El pasado día 11 de febrero ha entrado en vigor la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Esto constituye un hecho de singular relevancia en el campo de la legislación laboral española, sólo comparable con la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, comúnmente conocida como "Ley Dato" y con la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo en 1971.

El recorrido parlamentario de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales fue más sencillo que la gestación de los numerosos Anteproyectos de dicha Ley, que motivaron no pocos desacuerdos entre los agentes sociales y el Gobierno hasta que en diciembre de 1994, con un nivel de consenso aceptable, el Ejecutivo envió el correspondiente Proyecto al Congreso de los Diputados.

La Ley, que requiere un amplio desarrollo reglamentario, está llamada a ser un instrumento jurídico útil para mejorar la seguridad y salud en el trabajo, pero la reducción de los accidentes laborales y de las enfermedades profesionales no se va a producir automáticamente. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales carece de virtudes taumáticas, de modo que resulta indispensable el desarrollo de políticas prevencionistas que, partiendo de la siniestralidad actual, promuevan los cambios necesarios.

Tales políticas prevencionistas habrán de ser, por tanto, coherentes con datos como los siguientes:

- Durante los últimos cinco años se viene produciendo un promedio superior al millón de accidentes de trabajo al año, de los cuales casi 600.000 generan baja laboral.

- Los accidentes mortales se mantienen en el entorno de mil al año.

- Los gastos directos por siniestralidad laboral (pensiones, indemnizaciones, asistencia sanitaria, rehabilitación física y profesional, etc.) superan los cuatrocientos mil millones de pesetas/año.

- A los costes citados se suman otros derivados de pérdidas de producción, retrasos en el suministro de productos o de servicios, artículos defectuosos, pagos adicionales por sustitución de trabajadores accidentados, disminuciones de rendimiento por deterioro del clima social, etc. Hay quienes opinan que estos costes indirectos en determinados casos pueden suponer hasta seis veces los directos.

Estos datos y cifras invitan a la reflexión... y también a la prevención.

Sin incurrir en demagogias, es evidente la necesidad de profundizar en nuestro país en la aplicación de políticas que contribuyan a disminuir la siniestralidad laboral y a favorecer la calidad de vida en el trabajo.

El análisis de las causas de la siniestralidad es especialmente importante a estos efectos, pues las medidas correctoras habrán de ser coherentes con aquéllas. Entre otras, cabe citar las siguientes:

- Baja formación profesional, que se traduce en deficiente utilización de los instrumentos de trabajo e insuficiente integración en la organización y métodos productivos.

- Escasa preparación de los trabajadores en materia de seguridad en el trabajo, sea por falta de sensibilidad, sea por no participación en cursos o actividades formativas.

- Excesos de confianza que llevan a conductas imprudentes, especialmente entre los trabajadores de edad madura.

- Desconocimiento o falta de cumplimiento de instrucciones de seguridad establecidas por las empresas.

- Bajo nivel de colaboración entre empresarios y trabajadores, debido en ocasiones a un mal diseño en la organización de la prevención de riesgos laborales, incluida la carencia de planes de seguridad.

- Escasa coordinación entre las Administraciones Laborales y Sanitarias del Estado y de las Comunidades Autónomas.

- Ausencia de incentivos eficaces a las empresas para la renovación de equipos y utillajes, principalmente los de carácter fiscal en favor de inversiones de este tipo.

- Mínima sensibilidad por parte de la Administración de la Seguridad Social a la hora de incentivar a las empresas con menores cotizaciones cuando reducen los accidentes como consecuencia de la aplicación de planes y medidas de seguridad.

- Aparición de nuevos factores de siniestralidad laboral cuales son los accidentes de tráfico, en continuo incremento, ya sean al ir o al volver al trabajo, ya se produzcan durante la propia jornada laboral. Problemas derivados de las infraestructuras urbanas (acceso a grandes ciudades) y del estrés están latentes en estos casos.

Así pues, hay un importante trabajo por realizar en el marco de la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que transpone a nuestro país las normas y criterios comunitarios contenidos en la Directiva Marco de 12 de junio de 1989.

El empresario por sí o con la colaboración de trabajadores que designe al efecto o con la cooperación de Servicios externos de prevención de riesgos laborales tiene ante sí un importante reto y una no menos importante responsabilidad..

II.-LAS MUTUAS COMO SERVICIO DE PREVENCIÓN

El artículo 31.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales se refiere a la posibilidad que los empresarios tienen de recurrir a uno o varios Servicios de Prevención, propios o ajenos y el artículo 32 reconoce explícitamente a las Mutuas de Accidentes de Trabajo su condición de Servicios de Prevención respecto de las empresas a ellas asociadas.

De esta forma, una norma de rango legal viene a confirmar el papel protagonista que a las Mutuas corresponde en la lucha contra la siniestralidad laboral, valorándose como corresponde la experiencia que desde hace años vienen acumulando en este terreno.

Las Mutuas ya venían operando en el campo de la prevención de riesgos laborales desde la autorización genérica ofrecida por el Reglamento de Mutuas de 1976.

El nuevo Reglamento por el que se regula el funcionamiento de las Mutuas, aprobado por Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, respalda inequívocamente la actuación de las Mutuas como Servicio de Prevención, si bien se remite a lo que en este ámbito establezcan las "normas específicas", es decir, se produce un reenvío al futuro Reglamento de Servicios de Prevención.

En este punto cabe recordar que los Servicios de Prevención no son otra cosa que una organización destinada a colaborar con el empresario, que es el primer responsable en esta materia.

Naturalmente, la forma de organizarse los Servicios de Prevención varía de país en país dentro de la Unión Europea, pero siempre ha de tener carácter interdisciplinario.

Por lo que se refiere a nuestro país, será preciso esperar al anunciado Reglamento de Servicios de Prevención, de aplicación tanto a las Mutuas como a cualesquiera otras Entidades que vengan a operar en este campo.

Es previsible que el Reglamento de Servicios de Prevención tenga en cuenta las peculiaridades de las Mutuas y contenga algunas prescripciones y requisitos adecuados a su especial naturaleza, definida por su doble condición de asociación de empresarios sin ánimo de lucro y entidad colaboradora del Sistema de Seguridad Social.

Mientras se aprueba el repetido Reglamento los Servicios de Prevención son sólo una previsión legal, ya que las normas reglamentarias han de establecer los requisitos para su homologación o acreditación por parte de las autoridades laborales y su previa autorización por parte de las autoridades sanitarias.

Pese a ello, probablemente para no producir un vacío en la acción prevencionista, la Ley que regula esta materia, en su Disposición Transitoria segunda, concede a las Mutuas directamente la condición de Servicios de Prevención con carácter provisional.

Las Mutuas, para su tradicional actividad prevencionista, se vienen nutriendo de la financiación resultante de las cuotas del Seguro de Accidentes de Trabajo, pero para hacer frente a los nuevos gastos derivados de la aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, necesitan contar con unos medios económicos adicionales. Se trata de cooperar con empresas específicas en el cumplimiento de obligaciones que

cada una de ellas tiene en el campo de la prevención. Esta cooperación habrá de basarse no en la mera condición de asociado a la Mutua, sino en la existencia de un contrato o concierto en el que se determinen los servicios a prestar y la contraprestación oportuna.

Una reciente Resolución, aprobada en este mes de febrero por la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, señala algunas orientaciones que pueden ser esclarecedoras al efecto durante este período provisional.

III.-LA EXPERIENCIA DE LAS MUTUAS EN LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Tal y como se ha dicho anteriormente, las Mutuas cuentan con una experiencia de varias décadas en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo.

Hoy por hoy podríamos resumir sus características generales en los siguientes términos:

- Las Mutuas atienden la siniestralidad laboral desde una concepción integral; esto es, se abonan prestaciones económicas, se da una atención sanitaria a los accidentados, se ofrece medicina preventiva, se brinda rehabilitación física y profesional y se dispensan prestaciones genéricas prevencionistas.

- Las Mutuas nunca han sustituido a las empresas en el cumplimiento de sus obligaciones, pero las han apoyado para hacer efectivo lo previsto legalmente en este ámbito.

- Las Mutuas no tienen carácter inspector. Formulan propuestas y recomendaciones a las empresas para mejorar su gestión en evitación de accidentes.

- Las Mutuas ofrecen sus servicios prevencionistas a la totalidad de las empresas asociadas a cada una de ellas.

- Las actividades prevencionistas de las Mutuas vienen incluyendo la Seguridad Laboral, la Higiene industrial, la Medicina Preventiva, la Seguridad contra incendios, el Socorrismo, la Planificación para Emergencias y, progresivamente, la Ergonomía y la Psicología del Trabajo.

En materia de organización de la prevención, las Mutuas facilitan auditorías de gestión, diseño de servicios internos, apoyo a la constitución y puesta en marcha de Comités de Seguridad e Higiene, etc.

En el capítulo de la información prevencionista, sus actividades abarcan la puesta a disposición de datos evolutivos, normativa y documentación técnica.

En lo que concierne a las actividades formativas de las Mutuas, hay que destacar una amplia y muy

valorada oferta que comprende a trabajadores, técnicos de seguridad, miembros de Comités de Seguridad e Higiene y cuadros directivos, lo que se traduce en cursos, seminarios, producción de folletos y medios audiovisuales.

En el ámbito estricto de la Seguridad son de destacar las actividades de investigación de las causas determinantes de los accidentes de trabajo, la realización de auditorías técnicas respecto de determinados riesgos en función de áreas de trabajo, máquinas o herramientas y otros aspectos relacionados con señalización, planes de emergencia, material de protección personal y un largo etcétera.

La Higiene Industrial como actividad de las Mutuas comprende reconocimientos, evaluaciones y controles relativos a agentes físicos y contaminantes químicos, pero, en especial, hay que destacar el área de Medicina Preventiva Laboral, altamente apreciada por empresas y trabajadores.

También las Mutuas destacan por su contribución al desarrollo de la Ergonomía, en la que son pioneras dentro de nuestro país.

Aunque los datos estadísticos son casi siempre fríos, vale la pena destacar algunos aspectos de interés.

En efecto, son nueve millones de trabajadores los que están cubiertos por la acción prevencionista de las Mutuas, que brindan sus servicios a casi un millón y medio de empresas, dedicando al efecto algo más de ocho mil millones de pesetas.

Con arreglo al último Balance Social y Memoria Económico-Financiera del sector de Mutuas correspondiente a 1994, éstas llevaron a cabo en aquel año las siguientes actividades:

◆ Investigación de accidentes de trabajo:	2 3.011
◆ Estudios de siniestralidad:	85.419
◆ Visitas a centros de trabajo:	165.433
◆ Encuestas:	72.194
◆ Cursos organizados:	13.338
◆ Participantes en actividades formativas:	192.628

Las 33 Mutuas que actualmente funcionan, tras un proceso de fusiones y absorciones que ha reforzado su capacidad operativa, mantienen más de trescientos puntos de servicio en el campo de la prevención, distribuidos por todo el territorio nacional.

Por último, hay que recordar que, conforme a lo previsto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, la actividad de las Mutuas va a estar conectada con las inquietudes de los agentes sociales. En efecto, la participación de los trabajadores, a la que se refiere la Directiva Marco de la Unión Europea, se ha hecho posible en el seno de las Comisiones de Control y Seguimiento

que, a finales de 1995, se constituyeron en todas y cada una de las Mutuas. La capacidad de análisis y de propuestas, así como la valoración de las líneas de actuación en el campo de la seguridad y salud en el trabajo, encontrarán, por tanto, un adecuado acomodo, tanto en lo que se refiere a las organizaciones sindicales más representativas como respecto de los empresarios asociados.

Así pues, en nuestro país Mutuas y Prevención de Riesgos Laborales van íntimamente ligadas. Esperamos que el Reglamento de Servicios de Prevención y otras normas que se dicten en desarrollo de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y del Reglamento de Mutuas (normas sectoriales, nueva tarifa de accidentes de trabajo, etc.) caminen en una buena dirección en beneficio de la disminución de los accidentes y del desarrollo de la calidad de vida en el trabajo.

PRESENTACIÓN

INTERVENCIONES DE LOS HBLES. SR. EDUARD RIUS I PEY Y NÚRIA DE GISPERT I CATALÀ EN LOS ACTOS DE INAUGURACIÓN Y CLAUSURA DE LAS JORNADAS

INTERVENCIÓN DEL HBLE. SR. EDUARD RIUS I PEY EN EL ACTO DE INAUGURACIÓN DE LAS JORNADAS

Ilustrísimo señor alcalde, Excelentísimo presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, señor presidente del Comité Organizador, señor director general de Recursos Sanitarios del Departamento de Sanidad y Seguridad Social, señoras y señores, bienvenidos.

En primer lugar, me gustaría felicitar a la Junta Directiva de la *Asociación Juristas de la Salud* por la iniciativa de organizar estas jornadas de debate entre profesionales y que tienen como objetivo estudiar la incidencia que el nuevo código penal puede tener en el ejercicio de los profesionales y de las administraciones sanitarias.

No hay duda que en los últimos años se ha producido en nuestro entorno, y en la mayoría de sistemas sanitarios de los países desarrollados, una mayor fiscalización, un mayor control de la actividad de los profesionales de la medicina por parte de la sociedad en general. Esta situación no afecta únicamente a la sanidad pública, sino también a la sanidad privada. Ello ha dado lugar a la interposición, en algunos casos, de reclamaciones en la vía judicial, comportando la intervención de los tribunales de los diferentes órdenes jurisdiccionales. Todo ello ha comportado en algunas ocasiones, la tentación de acudir a prácticas de medicina defensiva que entendemos que no benefician ni a los pacientes en concreto, ni al sistema sanitario en general, comportando en muchas ocasiones un sobregasto adicional.

Para solventar esta problemática, en Cataluña siempre hemos propugnado que debe introducirse tranquilidad en el sistema; por lo tanto, hemos acudido a instrumentos como la suscripción de la póliza de seguros que cubre las actuaciones de todos los profesionales del sistema sanitario público. Con esta póliza se garantiza que los usuarios que interpongan una reclamación, y tengan derecho a una indemnización, puedan cobrarla sin demoras. Esta experiencia, que es pionera en el estado español, es valorada muy positivamente por todo el sistema sanitario. En esta misma línea de introducir tranquilidad en el

sistema, creo que debe fomentarse un diálogo entre los profesionales del derecho y los profesionales sanitarios. Con ello, conseguiremos que estos últimos puedan valorar los instrumentos en su justa medida y que, en general, no se caiga en una criminalización del ejercicio médico. En consecuencia, se encontrarán vías de consenso que redundarán, en definitiva, en beneficio de todos y, especialmente, de los usuarios del sistema sanitario.

Yo estoy seguro que jornadas como las que hoy inauguramos pueden ser útiles para todos, profesionales sanitarios, profesionales del derecho, administraciones públicas y pacientes.

Y para terminar, y muy especialmente para las personas que nos visitan desde otros lugares del estado español les deseo que su estancia entre nosotros sea provechosa y espero que tengan la oportunidad de conocer un poco más nuestro país, nuestra cultura y nuestro sistema sanitario. Un sistema sanitario de financiación pública, acceso universal, equitativo y de provisión mixta. Un sistema sanitario que debe adaptarse en estos momentos a un escenario económico especialmente delicado, lo que requerirá un esfuerzo suplementario de todos los agentes implicados: administraciones, instituciones profesionales y ciudadanos.

Debemos priorizar nuestras actuaciones en base a los problemas de salud de la población, mejorar la coordinación entre los distintos niveles y servicios asistenciales, incrementar una utilización más racional y eficiente de los recursos. Un esfuerzo complementario, que tiene un objetivo muy claro, mantener, preservar por encima de todo uno a uno los pilares básicos del estado del bienestar.

Felicitación a todos los ponentes y de nuevo muy especialmente a los organizadores, algunos de los cuales tenemos la suerte que estén trabajando en nuestro Departamento de Sanidad y Seguridad Social.

Quedan inauguradas estas jornadas.

Eduard Rius i Pey
Conseller de Sanitat i Seguretat Social
Generalitat de Catalunya

INTERVENCIÓN DE LA HBLE. SRA. NÚRIA DE GISPERT I CATALÀ EN EL ACTO DE CLAUSURA DE LAS JORNADAS

Dignísimas Autoridades, Señoras, Señores, Compañeros, permítanme en primer lugar, y no son sólo palabras protocolarias, felicitar a la Asociación "Juristas de la Salud" por la organización de estas jornadas sobre la incidencia del nuevo Código Penal en el ámbito sanitario en este marco incomparable de la ciudad de Sitges.

Este Código penal ha traído, sin lugar a dudas, muchas novedades, pero sobre todo, supone una adecuación a las estructuras sociales de nuestro tiempo. Un código penal refleja mejor que ninguna otra norma los valores de una sociedad. Por esto mi postura es globalmente positiva, más allá de algunas discrepancias.

Son muchas las innovaciones que destacan, entre ellas, la creación de nuevos delitos del ámbito socio-económico, el ecológico o familiar, entre otros, y supone sin duda alguna también una profunda renovación en los aspectos sanitarios.

Celebrar hoy aquí en Sitges unas jornadas sobre estos temas, supone una señal de madurez y preocupación por parte de la Asociación "Juristas de la Salud" sobre un tema que no ha hecho más que empezar.

No tengo duda alguna que la litigiosidad en temas médicos, puede experimentar un relativo e importante incremento. Muchas son las cuestiones que como consellera de Justicia me preocupan del nuevo Código Penal, pero me gustaría destacar que bajo la convicción de que estábamos ante un derecho penal mínimo, el nuevo código penal ha tipificado un sinnúmero de conductas que antes no eran tales.

A sensu contrario, cabe valorar muy positivamente el nuevo sistema de penas y medidas de seguridad, permitiendo otras que la clásica privación de libertad, pero que nadie piense que estamos ante un código penal más blando. El nuevo código penal implanta un sistema más racional suprimiendo la redención de penas por el trabajo y la irracionalidad de que en la práctica diez años de prisión se convirtieran automáticamente en menos de cinco.

Sé que Vds. han discutido profundamente durante estos días los aspectos de la responsabilidad penal de los profesionales de la salud, así como nuevos delitos, tales como la manipulación genética, las lesiones al feto y otros que, al menos por mi parte, desconozco el alcance que en verdad tendrán.

Pero déjenme que les manifieste mi preocupación por la aparición de nuevas responsabilidades algo difusas como sería por ejemplo el nuevo artículo 196 referido a la denegación de asis-

tencia sanitaria o al abandono de los servicios por parte de los profesionales, así como la dureza que supone a veces en algunos delitos cometidos por profesionales la pena de inhabilitación.

Es cierto que seguramente este país necesitaba una profunda revisión y adecuación pero mientras que en las penas privativas de libertad y otras la nueva regulación supone un gran avance, en las inhabilitaciones el código ha mostrado una gran dureza. Si era necesario o no, sólo el tiempo nos lo dirá, pero nosotros no debemos olvidar que la intervención penal es siempre la *ultima ratio* y la responsabilidad de los médicos no puede ser nunca analizada prioritariamente desde un prisma penal.

Derecho y sanidad deben ser abordados en primer lugar como una cuestión de garantía de los intereses de los perjudicados como exigencia de las responsabilidades médicas profesionales y sólo en último lugar contemplar la posibilidad de actuaciones negligentes y entonces naturalmente con todas sus consecuencias.

Nada importa más a la persona que su propia salud y en este sentido, la protección de la salud de todos los ciudadanos independientemente de sus condiciones es una de las grandes conquistas del estado del bienestar que arranca ya de la 2ª Guerra Mundial. Una medicina más eficaz supone también una medicina más humana pero médicos y pacientes deben partir de la confianza y responsabilidad mutuas. Tipificar la negligencia médica es importante y necesario, garantizar los derechos de los ciudadanos frente a posibles arbitrariedades de la administración es indispensable, respetar el secreto profesional y garantizar la intimidad del paciente son aspectos incuestionables, pero no caigamos en el error de invertir los términos y que los médicos acaben más preocupados por protegerse de hipotéticas responsabilidades que de su principal función que es la de curar.

No propiciemos pues un derecho que invada negativamente aquello que en principio debería proteger.

Permítanme, de todos modos, acabar con unas palabras de esperanza: el nuevo código penal es un reto para todos y en especial para aquellos que tenemos responsabilidades directas en su aplicación. Su éxito o su fracaso dependerá en gran medida de la voluntad política y técnica, pero también de una actitud responsable por parte de todos los ciudadanos.

Nada más, felicitarles nuevamente a todos los organizadores y pedir a la Asociación "Juristas de la Salud" que me hagan llegar sus conclusiones, que sin duda, serán de gran utilidad para el Departamento de Justicia. Muchas Gracias.

Núria de Gispert i Català

Consellera de Justícia
Generalitat de Catalunya

HOMENAJE DE LA “ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD” AL PROFESOR DR. FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE

Joaquín Ruiz-Giménez y Cortés
Presidente de la Comisión científica.

Me planteo de entrada por qué, qué motivo hay para que yo esté en este instante abriendo el homenaje a la persona de Francisco Tomás y Valiente. Hay una desproporción inmensa -y lo digo con toda sencillez- entre lo que él fue, lo que él representó en su vida, y el sentido de su muerte y lo que yo pueda decir sobre él.

Por otra parte, ha habido ya varias oportunidades, especialmente por iniciativa del Consejo General de la Abogacía, del presidente Eugeni Gay, y de todos sus colaboradores, de reunirse en distintas provincias de España para hablar de lo que ese hombre excepcional, Tomás y Valiente, ha representado.

No me queda más que acogerme a un pensamiento hermoso del padre Henri Lacordaire, aquel ilustre dominico francés de mediados del siglo pasado, que exclamó una vez: “El amor no tiene más que una palabra y diciéndola siempre no la repite jamás.” Amor, amistad civil y amistad personal muy honda nos liga a muchos de los que, desde los años cincuenta y sesenta, especialmente, hemos luchado por el advenimiento y la instauración en España de un sistema de convivencia democrática por encima de todos los enfrentamientos, por encima de todas las desigualdades. Entre esas personas, entonces él mucho más joven que yo, estuvo Francisco Tomás y Valiente.

Si he accedido al amable requerimiento de Josep Lluís Lafarga y de cuantos componen esta, para mí, muy entrañable asociación de derecho y salud, es por tres razones: en primer término, porque se trata de una asociación que conjuga y que armoniza el funcionamiento y la cooperación entre dos profesiones extraordinariamente humanas: la de los médicos y la de los abogados. Posiblemente, podríamos añadir otra, especialmente para los creyentes: la de los sacerdotes. Si hay profesiones que suponen un contacto y una penetración en la intimidad de las personas y un respeto a esa intimidad, son precisamente los juristas -los abogados más en concreto- y los médicos. Como nieto que soy de un médico, hijo de un abogado, padre de un médico y abuelo de una futura médica, me siento inserto en esa doble dimensión y no podía negarme a estar aquí. Pero hay otra razón más importante: la razón más

importante es que, efectivamente, conocí, traté, estimé al máximo, y me emocionó inmensamente su muerte -yo diría que heroica-, porque él la afrontó plenamente consciente en sus últimos escritos: hay como un presagio de lo que pudiera ocurrir y cómo lo asumió.

No puedo olvidar que sí, efectivamente, el 14 de febrero fue sacrificado, fue inmolado por el odio, la violencia terrorista, sólo dos días antes había publicado en *El País* -y siento tener que hacer esta referencia a algo que me atañe muy directamente- un artículo con este título: *Don Joaquín*. La palabra don -no sé como decir- a mí me encoge siempre porque me parece que la amistad debe abatir todos los tratamientos. Sin embargo él, para lo que le importaba en aquel artículo, para requerirme como hizo a que todos contribuyéramos a recordar lo que fue el difícil período de la transición democrática y a pedir que también yo escribiera algo sobre ella, puesto que sobre ella he dicho muchas cosas pero no he escrito. Me impresionó muchísimo aquel artículo. Le llamé por teléfono, logré localizarle en el Consejo de Estado, le expresé mi agradecimiento muy profundo y me comprometí de alguna manera a atender a su requerimiento. Pocas horas después, estando yo, precisamente, en el Comité Español de la UNICEF, las radios dieron la noticia de su tremendo final. Y allá corrí a la Ciudad Universitaria, al Campus de la Universidad Autónoma, donde estaba su cadáver.

Posiblemente no he vivido un momento de mayor dolor, en lo que se refiere a la muerte de un amigo -luego he tenido otra ocasión pero eso ya es otro problema por un ser muy querido que también se nos fue-, pero no he tenido ningún dolor más fuerte que el dolor que tuve aquella mañana por la muerte de Francisco Tomás y Valiente.

Lo que me incumbe ahora es decir algo sobre lo que recuerdo de su persona, un poquito porque son escasos los minutos que tenemos, un minuto sobre sus ideas fundamentales, sobre su enseñanza, su magisterio de su vida y de sus escritos, y, finalmente, lo que puede ser como requerimiento, su vida y su muerte hacia el futuro de esta España nuestra.

En primer lugar, a Francisco Tomás y Valiente, posiblemente, le cuadra a él más que a nadie aquel hermoso pensamiento de don Miguel de Unamuno: "Nada menos que todo un hombre". Fue un hombre cabal en todos los aspectos: en su vida personal, en su vida familiar, en su vida de profesor, de maestro, en su vida de jurista, en su vida de magistrado, de presidente del Tribunal Constitucional, fue un hombre fiel a su conciencia con un gran coraje, con una gran valentía. Estoy seguro que él se sabía amenazado. Dicen que tuvo alguna protección durante algún tiempo a raíz de dejar de ser presidente del Tribunal Constitucional, pero que él mismo pidió que esa protección se dedicara a otras personas.

Y él iba cada mañana o las mañanas que iba, según le correspondía, a dar su lección -que nunca quiso llamarla magistral- a dialogar con sus alumnos, y de ahí el impacto tremendo que para los alumnos de la Facultad de Derecho fue su final. Él iba a dar su lección de Historia del Derecho. Pero él vivía el derecho como una dimensión fundamental de la vida. Yo recuerdo que D'Annunzio escribió una vez: "El derecho es un ritmo de la vida." Eso nos liga también a los médicos, porque la profesión de los médicos contribuye al ritmo de la vida. Él creyó en el derecho y siguió la evolución del derecho desde sus remotos antecedentes en sus clases en las distintas universidades -las últimas la Universidad de Salamanca, la Universidad Autónoma de Madrid-, compartiendo con sus alumnos los valores fundamentales del derecho.

Pero él fue consciente que tenía que oponerse a varias cosas importantes. Y esto me lleva -enseguida me llevará- a los aspectos básicos de su pensamiento. Pero dejadme que diga algo más sobre su persona: él tuvo una extraordinaria elegancia espiritual, una enorme elegancia espiritual. Él era elegante personalmente, físicamente, pero además lo era por su alma. Por un alma, absolutamente llena de valores esenciales. Y puedo dar testimonio de algo que no he divulgado especialmente pero que sí que me importa decirlo en este instante de homenaje a su memoria.

Él era presidente del Tribunal Constitucional cuando yo era defensor del pueblo. Y el defensor del pueblo estimó que algunas de las leyes emanadas del mismo Parlamento que había elegido al defensor del pueblo, rozaban la Constitución, no eran plenamente armonizables con la Constitución y el equipo del defensor del pueblo -no personalmente el capitán que llevaba la nave sino todo aquel equipo integrado por juristas, como Álvaro Gil Robles, Margarita Retuerto, etc.- estimó, por unanimidad, que había algunas leyes que era preciso recurrir por inconstitucionalidad de las mismas. Y así lo hicimos con siete leyes. De esas siete leyes, varias, especialmente la ley de extranjería -mal llamada de derechos y libertades de los extranjeros en España, cuando realmente era una ley de policía sobre inmigración- violaba por lo menos en cuatro artículos la Constitución. Y recurrimos al Tribunal Constitucional y el Tribunal Constitucional apreció el recurso en tres de esas motivaciones y la cuarta dijo que no era constitucional si se interpretaba de tal forma como nosotros lo habíamos indicado. Pero hubo una ley que nos pareció todavía más inoportuna, una ley que nos produjo desde el pri-

mer momento un rechazo, que fue la ley reguladora de la objeción de conciencia, alternativa del servicio militar. Estimamos que no era la ley que correspondía al tratamiento, a la forma de prestar, de realizar la prestación social sustitutoria, no era la forma, el espíritu del legislador... El espíritu de la Constitución, de los padres de la Constitución, a los que teníamos que ser fieles, al espíritu de los constituyentes, frente al espíritu de los legisladores aunque fuera de una ley orgánica, y la recurrimos. Recurrimos aquella ley porque estimamos que no iba a resolver el problema de la objeción de conciencia, luego los acontecimientos nos han dado, tristemente en ese aspecto, la razón, porque ha surgido la forma de las insumisiones, pero aquello en aquel instante no lo teníamos nosotros delante, sino que se regulara la prestación social como un servicio social pero que no tuviera ninguna semejanza ni en disciplina ni en otros aspectos con el servicio militar. Lo recurrimos. El Tribunal Constitucional en ese instante no nos dio la razón. A pesar de que había declarado en sentencias anteriores que el derecho a la objeción de conciencia es un derecho fundamental de los ciudadanos, en el artículo 30 de nuestra Constitución -ya había habido varias sentencias en ese sentido- y a pesar de que los dos ponentes que intervinieron en el Tribunal Constitucional, don Ángel Latorre y Carlos de la Vega, que intervinieron porque fueron dos recursos de inconstitucionalidad acumulados, una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia de Madrid y un recurso de inconstitucionalidad planteado por el defensor del pueblo, a pesar de que los dos tuvieron que formular un voto particular, que ya está bien que los dos ponentes formularon un voto particular disintiendo del fallo mayoritario... Lo cierto es que se desestimó el recurso.

No contaría esto si no fuera para subrayar -él era presidente del Tribunal Constitucional: era presidente y era un hombre que procedía con arreglo a su conciencia- que estoy seguro que estuvo por encima de cualquier tipo de presión o de cualquier tipo de influencia. Él pensó que no era un derecho fundamental, asimilable a otros derechos fundamentales, y aquella sentencia se dictó. Pocos días después, pocas semanas después, el Centro de Estudios Constitucionales organizó un coloquio sobre esto y en la mesa presidencial estuvimos Francisco Tomás y Valiente, el director del Centro de Estudios Constitucionales y yo mismo. Me tocó hablar a mí y no tuve la delicadeza de callarme, sino que critiqué la sentencia del Tribunal Constitucional. Con una extraordinaria elegancia espiritual, Francisco Tomás y Valiente dijo que respetaba el parecer del defensor del pueblo pero otra había sido la idea, el convencimiento del Tribunal Constitucional.

Jamás él hizo referencia a aquella fricción con el defensor del pueblo. Y nuestra amistad se mantuvo intacta y su artículo del día 12 de febrero -si no recuerdo mal-, de dos fechas anteriores a su muerte, fue al contrario una invitación para que su antiguo amigo, Joaquín Ruiz-Giménez, contara lo que había sido la transición democrática. Ése fue Francisco Tomás y Valiente. Así, leal a su conciencia, independiente, bravo, valiente... que no eludió ninguno de los temas difíciles del momento histórico que él estuvo viviendo. Y entro en tres puntos simplemente de su pensamiento, que están reco-

gidos en dos de sus libros. En el libro *Tortura en España*, que está publicado -no lo olviden ustedes en 1973, en pleno régimen anterior-, y en el libro *A orillas del Estado*, su libro póstumo. Ahí está lo esencial de su pensamiento más vivo. Él defendió la vida. Hay páginas muy hermosas sobre la defensa de la vida y la lucha contra quienes con violencia atentan contra la vida. Su pensamiento por la superación de la mera tolerancia. A él no le gustó la palabra tolerancia y publicó un artículo muy importante -el primero de ellos en *El País*- explicando por qué no aceptaba sin más -era el Año Internacional de la Tolerancia- la idea de la tolerancia; y un segundo artículo -que no llegó a publicarse en *El País* porque era muy extenso- pero que sí que aparece en su libro *A orillas del Estado*, decía cuáles eran las razones de que a él no le pareciera oportuno seguir hablando de la tolerancia, porque la tolerancia fue un preámbulo para el reconocimiento de un derecho fundamental, un derecho a la libertad de conciencia, a la libertad religiosa. Él recuerda cómo en el siglo XVI y XVII va surgiendo la idea de la tolerancia, en relación con el tema de la fe religiosa o de la práctica de la religión. Él consideraba que la tolerancia fue simplemente una aproximación -citaba a John Locke, Montesquieu, etc.- a lo que luego tendría que llegar: al pleno reconocimiento de la libertad de conciencia. Y reconocía que esa evolución se había producido también en el seno de la iglesia porque, evidentemente, desde la actitud de tolerancia simplemente de alguno de los pontífices del siglo XIX se había llegado ya con el Concilio y con Juan XXIII al reconocimiento de la libertad de conciencia. Pero él prefería que se hablara menos de tolerancia y mucho más de la defensa de los derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la libertad de conciencia.

A eso fue absolutamente fiel y lo reflejó también en muchas de las sentencias del Tribunal Constitucional cuando se plantea el problema del conflicto entre la intimidad personal y el derecho de la información y del magisterio. El Tribunal Constitucional -como ustedes recordarán- subrayó que el derecho a la libertad de información, de expresión, de prensa, de cátedra, etc. es algo más, es un derecho fundamental de la persona, pero además es uno de los pilares de un sistema democrático. Insistió en ese punto: reconocimiento de los derechos fundamentales. Pero en el segundo de los artículos admite que se pueda hablar de tolerancia en la aplicación, por ejemplo, del derecho penal. Dice en una de sus páginas: "En la benignidad, en el trato con las personas", pero puede haber y hay un límite para la tolerancia, es que no podemos ser tolerantes, tenemos que no ser crueles, tenemos que ser serenos, pero no podemos ser tolerantes con quienes ejercitan la violencia, intimidan y atacan valores fundamentales de otras personas; debemos ser tolerantes para nosotros mismos, para

las ofensas que nos afecten, pero debemos de ser duros, severos, en busca de la justicia cuando la intolerancia afecta a los derechos de otras personas.

Un segundo punto difícil: la unidad y diversidad de España. Él defendió firmemente -y en las páginas de *A orillas del Estado* está claro- la armonización, la coexistencia de una España plural, plurinacional, con la idea de la nación española. Él defendió los derechos de las autonomías, lo defiende en sus páginas y lo defendió también dentro del Tribunal Constitucional.

En tercer término, y me parece que éste es un punto muy definitivo de él, la idea de que el poder es el servicio, de que el poder tiene sus límites, de que el poder tiene que legitimarse en el ejercicio. Defendió el Estado y incluso llega un momento que dice: "Cuando tanto se habla de la libertad de mercado y de la disminución del Estado, pero no puede haber mercado si no hay un Estado que determine también los límites." Él quiso armonizar ambas cosas pero sobre todo la legitimidad en el ejercicio del poder. Y en un artículo del libro del año 1973, *Tortura en España*, lo hizo con carácter histórico. En aquel momento dice: "No se tortura pero puede torturarse."

Aceptó lo que pudiera venir de la violencia terrorista sobre su propia persona. Pero él dejó bien claro que nunca puede defenderse un Estado por medios de violencia ilegítima. Me parece que ahí están esas páginas que nos quedan a todos como una enorme enseñanza.

¿Qué más habría que decir? ¡Tantas cosas más habría que decir de él! Simplemente ahora decir que el mejor homenaje que podemos tributar a la memoria de Francisco Tomás y Valiente es tratar de seguir sus propias huellas, es tratar de ir interpretando cada problema de los que vayan surgiendo en España con la misma lucidez -¡aunque es posible que no podamos tener la misma lucidez mental que él tuvo!-, pero por lo menos el mismo ímpetu espiritual, la misma voluntad política de ser fiel a la legitimidad del poder, al ejercicio del poder en servicio del pueblo, a la armonización de las diversidades en la España nuestra, a la tolerancia cuando se trata de algo que pueda ser tolerado pero tratando que se reconozca lo que detrás de la tolerancia pueda haber de derecho fundamental de la persona y ser severo contra los intolerantes. La paz, en definitiva, fue su voluntad; la paz fue su gran sueño y ya la tiene, la paz. Ya tiene la paz. Nosotros tenemos que seguir siendo fieles a su enorme testamento espiritual que es luchar por la libertad, por la justicia y por la paz en España.

CONFIGURACIÓN DE LA IMPRUDENCIA EN EL ÁMBITO SANITARIO EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL

Joan Córdoba Roda

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

No es una frase común sino la expresión sincera de lo que pienso el agradecer la invitación de intervenir en estas prestigiosas jornadas sobre temas penales en relación con temas médicos y celebrar el poder compartir esta mesa con el amigo Juan Antonio Segarra, con el que tengo relación desde hace muchos años.

Se me ha pedido que yo hable de la regulación de la imprudencia en relación al tema sanitario a la vista del nuevo Código Penal. Por lo tanto, el tema lo voy a centrar -a examinar- en el tratamiento de conductas calificables como imprudencia que originen un resultado delictivo en cualquiera de las formas contempladas por el nuevo Código Penal.

Hay que ser consciente que, aunque hable de imprudencia, y por lo tanto siempre se habla de imprudencia versus dolo, con frecuencia la línea de separación entre lo que es imprudencia y lo que es dolo, particularmente en su frontera inferior del dolo eventual, no siempre está clara. Ni a nivel teórico ni a nivel práctico.

A nivel teórico, podríamos recordar las notas de *Derecho Español*, de José Arturo Rodríguez Muñoz, en donde planteaba la posibilidad de que la fórmula de la imprudencia temeraria albergara el dolo eventual. A nivel práctico, sucede en ocasiones que determinados hechos, que en principio parece que son constitutivos todo lo más de un delito de imprudencia, antes se decía temeraria ahora se dirá grave, en ocasiones motivan una calificación siquiera sea inicial, en el inicio del procedimiento, como posible dolo eventual. Yo recuerdo aquel célebre caso, no de profesional de la medicina pero sí de imprudencia, en el que se utilizó una bengala en un campo de fútbol y que originó, por el uso de esa bengala, un desafortunado resultado mortal. Inicialmente los hechos fueron calificados como constitutivos de dolo eventual.

Y claro está, esa frontera, que es casi un papel de fumar, entre el dolo eventual y la imprudencia puede motivar consecuencias desde el punto de vista de los efectos penales absolutamente trascendentales. O bien la estimación de un delito

de homicidio doloso, con las gravísimas consecuencias que ello comporta, o ir a una modalidad de imprudencia de trato penal sin duda menos severo. Por tanto, hay que ser consciente de que aunque hablamos aquí un tanto asépticamente del tema de la imprudencia, no cabe desconocer la proximidad de esta categoría inmediata, en el campo tradicional de la culpabilidad, del dolo eventual.

Situados en el campo de la imprudencia -y bajo el prisma del nuevo Código Penal, del balbuciente Código Penal, acaba de entrar en vigor el 25 de mayo, por lo tanto lleva tan sólo unos días de corta vida- el nuevo Código Penal comporta una transformación extraordinaria, de ciento ochenta grados, en lo que se refiere a la regulación de la imprudencia.

El Código Penal anterior, que arrastraba una inercia histórica desde los códigos penales del siglo XIX, y que por lo tanto se podría realmente retrotraer a 1848, preveía un sistema de regulación de la imprudencia absolutamente único en el campo del derecho comparado propio del Derecho Penal español, lo que conducía a afirmar que se trataba de un tratamiento un tanto castizo de la imprudencia en el marco penal. En efecto, el antiguo Código Penal -hoy ya sin vigor- establecía una fórmula general a través de la conocida expresión del artículo 565: "Al que por imprudencia -antes temeraria, ahora se dirá grave- temeraria ejecutare un hecho en el que sin mediar -antes se decía malicia, luego se decía dolo- dolo constituyere delito será castigado con la pena de prisión menor".

Este artículo, abierto a cualquiera de los delitos contemplados en la parte especial, había dado lugar a una rica elaboración dogmática y a ricas sugerencias y críticas en el campo también de la doctrina. Un esfuerzo importante de la dogmática -recuérdese, por ejemplo, la contribución de Ángel Torío- iba dedicada a detectar en qué casos cabía la comisión por imprudencia. No era cuestión fácil el decidir qué delitos admitían o no la comisión por imprudencia. Respecto a determinados delitos estaba claro que sí que cabía la comisión por imprudencia -homicidio, lesiones-, en otros delitos estaba claro que no cabía la comisión por imprudencia -hurto o

estafa-, y en un sector de infracciones la cosa no estaba ni mucho menos clara. Por ejemplo, se debatía si el delito de infidelidad en el injusto de documentos o el delito o los delitos de falsedades documentales admitían la comisión por imprudencia. O se decía si realmente un delito de corrupción de menores, en los que la víctima tiene 18 años, un error sobre la edad de la víctima -error que consistía en creer el sujeto activo que la víctima había cumplido los 18 años cuando no los había cumplido- debía dar lugar a una inculpa por imprudencia y a una posible responsabilidad por imprudencia. Se decía, por la dogmática penal, que únicamente admitían la comisión por imprudencia los tipos portadores de elementos subjetivos del injusto. Y en ocasiones se añadían otros criterios restrictivos a la hora de circunscribir el ámbito de delitos que admitían tal responsabilidad.

Recientemente se habían formulado críticas importantes, y yo había formulado críticas importantes a esta regulación del artículo 565. Yo diría bajo dos puntos de vista que conducen ya directamente a la regulación del Código Penal hoy vigente.

Primer aspecto: cabía pensar en que la vieja regulación del artículo 565 era una regulación que vulneraba el principio de legalidad. Si el artículo 565 dice que el que por imprudencia ejecutare un hecho que sin mediare malicia constituye delito, y no delimita los delitos a través por lo tanto del cauce del código del artículo -en este caso, 565- de los delitos en los que cabe tal inculpa por imprudencia, parece claro que el ceder, no a la ley sino a la jurisprudencia, la doctrina, función tan importante, cometido tan sustancial, como establecer el catálogo de delitos en los que cabe la comisión por imprudencia, equivalía a una renuncia al principio de legalidad.

En segundo lugar, una observación que yo en ocasiones he hecho y que se corresponde a algo en lo que yo creo firmemente. Es decir, la regulación tradicional de la imprudencia conducía a exagerar la obligación de conciencia hasta extremos que rayan con el paroxismo y que en algunos casos da lugar a que uno se plantee incluso el que el ciudadano español vive acogojado y después de visitar al abogado deberá visitar al psiquiatra.

En efecto, es decir, si a uno se le obliga a estar realmente pendiente de todo lo que a su alrededor ocurre, y desde el momento en que está despierto a extremar su conciencia por si algo puede ocurrir, se le impone una tensión mental realmente insoportable. Es decir, yo entiendo que si una persona, cualquiera de nosotros, inicia una conducta creadora de riesgo debe extremar su conciencia: el médico, el conductor de un vehículo de motor, el industrial de un establecimiento que origina vertidos de carácter peligroso deben extremar su conciencia, naturalmente y lógicamente, para evitar que este riesgo vaya a más y que se produzcan lesiones.

Ahora bien, entiendo que es una auténtica perversión el imponer una obligación, con posible consecuencia de sanción penal, de extremar esta obligación de conciencia, en último término de abrir los ojos, cuando lo que se lleva a cabo es

una conducta no creadora de riesgo. Y, evidentemente, no es, por ejemplo, creador de riesgo el comportamiento de quien tiene un documento. No es lo mismo tener un documento que conducir un vehículo de motor, o aplicar el bisturí en una actividad quirúrgica. No es una conducta peligrosa un comportamiento íntimo de carácter sexual. Por lo tanto, no tiene sentido, desde el punto de vista del derecho penal, imponer una obligación de extremar la conciencia para estar alertado sobre lo que puede ocurrir con la consecuencia que si así no se hace se incurre nada menos que en responsabilidad criminal.

Estas dos ideas -en primer lugar, principio de legalidad; en segundo lugar, mantener el deber de conciencia en límites -yo diría- soportables en 1995- han conducido a sustituir el sistema de inculpa generalizada del Código Penal anterior por el régimen de inculpa singularizada del artículo 12 del Código Penal vigente, que establece que las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley. Y hoy desaparecen del ámbito del Código Penal como posibles fuentes de responsabilidad criminal las formas de imprudencia en gran parte -no en todas, pero en gran parte- de las falsedades documentales, en la antes mencionada infidelidad en la injusta de documentos o en la malversación de caudales públicos, para poner tan sólo algunos ejemplos.

Y la regulación de la imprudencia, expresada en este principio de la llamada inculpa singularizada versus inculpa generalizada, es decir, inculpa vulneradora del principio de legalidad, tiene su desarrollo congruente en la parte especial del Código Penal y, en lo que aquí importa, en la regulación del homicidio, la regulación del aborto, la regulación de las lesiones y la regulación de las lesiones al feto. Y así los artículos 142, 146, 152 y 158 contemplan la producción por imprudencia grave de un resultado de homicidio, la producción por imprudencia grave de un resultado de aborto, así como la producción por imprudencia grave de un resultado de lesiones o de lesiones al feto, preceptos éstos del Libro Segundo que tienen su correspondiente desarrollo lógico en el Libro de las Faltas, en donde se contempla la producción por imprudencia leve de un resultado de homicidio y de un resultado de lesiones.

A esta regulación, de parte general y de parte especial, se suma la contemplación de la forma nueva de imprudencia profesional, que entiendo va a ser uno de los grandes temas de la aplicación del nuevo Código Penal. A ello se une la desaparición de la voz *reglamentos*, que aún aparecía en el Libro Tercero del Código Penal en materia de faltas, la previsión de la comisión por omisión del artículo 11 del Código Penal, y la figura próxima a la imprudencia correspondiente a la omisión del deber de socorro por parte del profesional, que va a motivar además la aplicación del Código Penal por la vía -dato importante- del jurado.

Seguidamente, voy a tratar de examinar, aspectos de este cuadro general que acabo de diseñar, en el bien entendido, naturalmente, de que algunas de las cosas que diré son cosas

que responden a la propia aplicación de la estructura dogmática de la imprudencia y que, por lo tanto, no son nuevas como consecuencia de la entrada en vigor del Código Penal pero que entiendo importa muy mucho recordar. Y algunas otras de las cosas que examinaré y que van a motivar algunas reflexiones se corresponden a estos aspectos nuevos del Código Penal vigente desde el 25 de mayo de 1996.

Naturalmente, la sustancia de la regulación de la imprudencia punible tiene como eje central la noción de imprudencia: "El que por imprudencia ejecutare un hecho." Observen que el deseo inicial de doctrina y de la política criminal antes de 1995 de sustituir el régimen de incriminación generalizada por el régimen de incriminación singularizada respondía a las ideas antes expresadas muy próximas al propósito de lograr seguridad jurídica. Se trata de intentar en lo posible reducir al máximo las insoportables cotas de inseguridad que todos sufrimos. Observen que esta seguridad puede lograrse tanto a través de la incriminación singularizada -aspecto al que he hecho ya mención y que volveré a examinar- como a través de intentar, en lo posible, una cuanto más clara, delimitada y firme determinación del concepto de imprudencia. Por eso entiendo que en esta línea de legalidad, de seguridad jurídica, es cuestión prioritaria la de postular una aplicación rigurosa de las nociones elaboradas, por lo que podríamos llamar cultura jurídico-penal, civilización jurídico-penal, en relación a la propia noción de imprudencia. Pues existe el riesgo de que en ocasiones los elementos esenciales de la imprudencia se volatilicen en la práctica. Y que muchas veces en los procesos las cuestiones se planteen sólo como cuestiones de responsabilidad civil, que realmente el proceso se convierta sólo en averiguar si el sujeto pudo prever un determinado resultado, con olvido, imperdonable, de la sustancia misma de la noción de imprudencia, que es la infracción de una norma de cuidado. Imprudencia es infracción de una norma de cuidado. Norma de cuidado que no responde, naturalmente, a una elaboración legal ni a una elaboración reglamentaria sino que responde a la idea dogmática conforme a la cual es norma de cuidado aquella norma de cautela generada por la necesidad de protección de bienes jurídicos precisados de tutela. Normas de cuidado que se encuentran en cualquier sector de vida de relación social: en el uso de armas de fuego, en la actividad de carácter quirúrgico, en la actividad de carácter industrial. Fuentes de estas normas de cuidado lo son, pues, sobre todo en el campo sanitario, lo que podrían ser el conjunto de conocimientos de la comunidad científica, con la consecuencia inmediata de que, claro, el conjunto de conocimientos de la comunidad científica no tiene un cuerpo de doctrina estable, un cuerpo de doctrina clara, se corresponde algo, a veces -no siempre, a veces-, difícil de determinar y, sobre todo, si además se tiene en cuenta que esta noción se proyecta a un determinado momento histórico y por tanto adquiere un contenido, como es natural, variante.

Se habla, en el campo penal, de que el deber de cuidado tiene dos aspectos: hay un deber de cuidado interno y un deber de cuidado externo. Interno, es decir, hay naturalmente que esforzar la consciencia sí en este conjunto de actividades de ca-

rácter médico para estar atento a lo que se produce en el campo exterior y estar atento a las consecuencias que se pueden desprender de los propios actos o de las propias omisiones. Deber de cuidado externo es, una vez conocida esa situación exterior, el deber de aplicar los medios adecuados conforme a los conocimientos de carácter médico.

Hay que postular con toda claridad que la infracción del deber de cuidado es el núcleo mismo de la imprudencia. Y hay que evitar el riesgo que en ocasiones se lee a través del comentario de las sentencias de que la imprudencia se corresponde simplemente a haber producido un resultado que se había previsto o que, sin haber sido previsto, se podía prever. No, es decir, la previsión y la previsibilidad corresponde a una consciencia o a una posibilidad de consciencia que no debe solapar y, por lo tanto, no debe volatilizar lo que es el nervio esencial de la imprudencia que se corresponde con la infracción de la norma de cuidado. Y las dificultades, no siempre, pero que a veces se producen, en la determinación de esta norma de cuidado no deben constituir una pendiente fácil y una tentación fácil para, realmente, diluir el concepto de imprudencia pura y simplemente en la previsión y en la previsibilidad.

Todo esto, proyectado sobre la actividad médica, origina, como es sabido, la necesidad de que el deber de cuidado interno y externo se proyecten a las distintas etapas en las que se produce la actividad médica y en particular la actividad quirúrgica. Debe ser deber de cuidado proyectarse sobre las distintas etapas de esa actividad médica: en primer lugar, en la determinación de qué patología se puede producir en el diagnóstico; debe proyectarse, a continuación, en el pronóstico y en la aplicación de un tratamiento. Y cuál sea el contenido de ese deber de cuidado debe resolverse en el sentido de que el deber de cuidado es el deber de cuidado propio del médico que debe aplicar los conocimientos propios de la comunidad científica en una determinada situación real. Ahí se plantea la cuestión de si el deber de cuidado se compone sólo de lo que son normas exigibles a cualquiera, a cualquier médico en esta situación real, de si también son deber de cuidado aquellas normas asequibles sólo a aquellos médicos dotados de especiales condiciones por sus conocimientos, por su actitud, cuestión que yo creo que hay que resolver en el sentido de que realmente también es exigible, como contenido propio del deber de cuidado, aquello que se puede corresponder a lo que puede ser aplicado sólo por determinadas personas médicas en función de los conocimientos y de las aptitudes que tiene en relación a la posibilidad de diagnóstico y a la aplicación de pronóstico y de aplicación de una terapéutica.

Naturalmente, para probar que se ha infringido el deber de cuidado, en el procedimiento judicial que se desarrolla en la realidad existe un camino que se corresponde a la pericia: el informe pericial. El informe pericial es el medio de licencia de prueba idóneo para, realmente, averiguar si hay o no infracción del deber de cuidado. El juez o el tribunal van a resolver el problema de si hay o no hay imprudencia, pero realmente es casi impensable que el tribunal o el juez puedan realmente resolver una cuestión científica como ésta sin la

ayuda de la pericia. De ahí en la práctica se plantea una cuestión que todos hemos vivido y sufrido, de que la pericia o las pericias no son frecuentemente concordantes, de que los peritos expresan cosas muchas veces antitéticas, de que la preparación de los peritos es absolutamente diversa, de que los jueces y tribunales tienen una confianza en los médicos forenses y no realmente en otro tipo de profesionales, de que la preparación de los médicos forenses puede ser muy variada y, por lo tanto, puede realmente ahí plantearse una riqueza de problemas y dificultades importantes que se centran sobre todo en la disparidad de las pericias, desde el punto de vista de lo que dicen y en la diversidad de la preparación y formación de los peritos que deponen ante un juez o tribunal, amén de la dificultad del propio profesional de, a través de sus preguntas, lograr esclarecer de forma adecuada, ante el juez o tribunal, lo que es la cuestión debatida.

Hasta aquí lo que es un comentario corto de la sustancia misma de la imprudencia que se corresponde algo, anterior y posterior, a 25 de mayo de 1996.

Relacionadas con la noción de imprudencia, hay otros dos aspectos que sí que han recibido una modificación como consecuencia de la entrada en vigor del nuevo Código Penal. Me refiero, por un lado, a los reglamentos y, por otro, a la comisión por omisión.

El nuevo Código Penal no habla de reglamentos. El viejo Código Penal aún mantenía la voz reglamentos en el Libro de las Faltas. Yo diría que los reglamentos han tenido en el campo del derecho penal, en la historia reciente del derecho penal, una vida decreciente y han ido desapareciendo del código penal. Inicialmente estaban en el Libro de los Delitos, en el campo de la imprudencia como delitos, luego realmente fueron relegados al campo de las faltas y ahora han desaparecido del campo del Código Penal. Ciertamente, la palabra reglamento es una palabra antipática desde el punto de vista del Código Penal. El penalista contempla con cierto rechazo lo que suena a derecho administrativo. Es decir, el penalista realmente interpreta lo que es un conjunto de preceptos, a veces componentes de una retahíla larga de expresiones, como algo un poco ajeno a lo que es el Código Penal. Y se resiste a admitir que la infracción de reglamentos producto de una función de la Administración permita configurar un hecho como constitutivo de delito. Es decir, la palabra reglamento es una palabra un tanto desagradable desde el punto de vista del penalista. Por lo tanto, hay que celebrar esa desaparición de los reglamentos del Código Penal también en la regulación de la imprudencia. Curiosamente, también en materia de medio ambiente existe una tendencia a eliminar la palabra reglamentos.

Quisiera sin embargo aquí hacer lo contrario, es decir, ir un poco contracorriente, hablar en favor del reglamento. Es decir, está claro que la imprudencia es la infracción del deber de cuidado. Está claro que la fuente del deber de cuidado no es el reglamento. La fuente del deber de cuidado es lo que he recordado hace cosa de un momento y que todos ustedes saben tan bien como yo. Por lo tanto, el reglamento no puede

ser fuente del deber de cuidado. En consecuencia, habrá imprudencia se produzca o no se produzca una infracción reglamentaria. Por contra, y ahora empiezo contracorriente, la cuestión que se plantea es la siguiente: cada vez más, la administración desarrolla una actividad más intensa, cada vez más las distintas esferas de actividad social reciben una regulación en forma de reglamento, cada vez más el médico es un funcionario. Pues bien, puede perfectamente ocurrir que el médico, el que es en gran parte un funcionario, atempere su comportamiento a lo que dice el reglamento. Y puede perfectamente ocurrir que lo que resulta del reglamento no es lo mismo de lo que resulta de la norma de cuidado. Yo he puesto en alguna ocasión este ejemplo que voy a poner de nuevo. Es decir, el ejemplo resulta al hilo de la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1991. Y se corresponde al tema de la transmisión de anticuerpos por donación de sangre sin aplicación de previa prueba serológica. Es sabido, recordemos los datos del problema, que hasta 10 de octubre de 1986 no se impone la necesidad de unas pruebas serológicas para la detección de anticuerpos a nivel de Cataluña y a nivel del Estado español hasta una fecha posterior (18 de febrero de 1987). Con anterioridad regía una orden de diciembre del 85 que decía que, en el caso de donaciones de sangre, debían aplicarse unos procedimientos que no eran las pruebas serológicas.

Cabe perfectamente admitir -vamos a hablar un poco casi en el campo de la ciencia jurídica ficción, pero creo que nos entenderemos perfectamente- lo siguiente: hay una comunidad científica internacional, un tanto fantasmagórica, porque no se corresponde tampoco a un código que se pueda tocar y que se pueda leer con la seguridad de unos determinados artículos, pero hay algo real, aunque un tanto evanescente, que es la comunidad científica internacional que progresa en el tiempo, que evoluciona minuto a minuto y que llega en un determinado momento a la conclusión de que en las donaciones de sangre deben aplicarse pruebas de carácter serológico, que no son suficientes los interrogatorios dirigidos al donante de sangre para evitar el riesgo consiguiente a la transmisión de anticuerpos. Cabe, por lo tanto, perfectamente admitir que la comunidad científica, en un determinado instante, llega a esta conclusión.

Segunda cosa. Yo creo que ustedes estarán de acuerdo conmigo en que, posiblemente, tal hecho científico se produce antes del hecho del reglamento, del hecho de la orden. Posiblemente, la comunidad científica internacional se adelanta a la Administración y llega a esa conclusión antes de que la Administración plasme en un determinado reglamento una determinada orden el imperativo: "Señor médico, si usted realmente efectúa unas donaciones de sangre, aplique usted pruebas serológicas." Por lo tanto, cabe realmente admitir que, en el terreno casi de la ciencia jurídica ficción, habrá un tiempo, yo diría casi imposible de detectar, pero real. Real pero imposible de detectar -es lo sugestivo del ejemplo- en el que era norma de cuidado la aplicación de pruebas serológicas y en las que, reglamentariamente, sólo era exigible algo distinto a las pruebas serológicas de intensidad, por lo tanto, para entendernos, menor. Bastaba con un determinado interrogatorio.

Si ésta es la situación, y cabe perfectamente imaginar, yo les pregunto a ustedes, o yo me pregunto a mi mismo, hasta qué punto cabe realmente condenar al médico que infringe una norma de cuidado sin duda existente, correspondiente a esa infracción de lo que la comunidad científica internacional impone. No obstante, atemperar su comportamiento a lo que dice el reglamento. Estimo que no cabe realmente condenar al médico en este caso y entiendo que no cabe condenarle pura y simplemente por aplicación de la vieja idea, y rica idea, de la no exigibilidad. Es decir, entiendo que, realmente, en este caso el médico actúa de una forma adecuada y, por lo tanto, no se le puede condenar.

El segundo dato al que quería hacer referencia a continuación es un dato en el que ya hay también una novedad del nuevo Código Penal. Es el tema de la comisión por omisión. La imprudencia -ya la hemos definido- es una valoración de una conducta. Situados en el terreno de la dogmática, diríamos que la imprudencia pertenece al campo de lo injusto. Lo injusto presupone la existencia de un hecho o de una conducta que, a su vez, puede tener una expresión por acción o por omisión. La imprudencia, por lo tanto, presupone, en el campo de la dogmática de la teoría general del delito, una conducta anterior, lo que por lo regular se llama acción. Esa acción, a su vez, puede ser de carácter positivo o puede ser de carácter negativo. Una reflexión o una lectura de la mayoría de casos en los que se aplica la figura de la imprudencia en la práctica judicial conduce a poner de relieve que es tan frecuente el que se califique como imprudente una conducta positiva como una conducta negativa. Yo diría que es tan frecuente una cosa como la otra. Puede haber imprudencia porque el médico ha ordenado una terapéutica inadecuada, en cuyo caso lo imprudente se atribuye a una conducta de corte positivo de una acción. Puede ocurrir que la imprudencia se produzca porque el médico ha llevado a cabo una determinada omisión.

Otro ejemplo, otro supuesto. El médico que ha visionado un electrocardiograma que expresa una situación de infarto no comunica, no informa, al paciente de esta situación y, al cabo de un tiempo, ese paciente es atendido en un servicio de urgencia y, al no contar con esta información, se produce un resultado mortal. En tal hipótesis, se da una omisión capaz de ser calificada como imprudente. Puede incluso ocurrir, en el ejemplo anterior, que el médico ni siquiera visiona, no obstante mirar, la situación de posible infarto expresada en el correspondiente electrocardiograma. Es decir, las posibilidades de comportamiento negativo de omisión son realmente infinitas y ilimitadas en la actividad de carácter sanitario.

Lo que aquí importa destacar es que, con gran frecuencia, las conductas de imprudencia tienen una expresión de carácter negativo. Pues bien, en el caso de que esto ocurra, habrá que exigir, yo diría con mayor claridad si cabe que en el régimen penal anterior, lo que resulta de la regulación de la comisión por omisión. Regulación de la comisión por omisión que se desprende del artículo 11 del Código Penal. Hay que recordar que, desde el punto de vista del derecho penal, no es lo mismo no hacer que hacer. Y, por lo tanto, en el caso de que

tenga lugar un resultado positivo -por ejemplo, una muerte, un resultado de lesiones-, y se cuestione si ese resultado encuentra su origen en una determinada omisión -y prescindo en este momento del tema de la imputación objetiva y me siento solamente en el tema de la correspondiente omisión- habrá que tener en cuenta que no es lo mismo, en el campo del derecho, el hacer que el no hacer. El no hacer siempre es menos, desde el punto de vista jurídico-penal. Por consiguiente, para realmente poder condenar a un médico por imprudencia, en un caso en el que la conducta no se corresponda a un hacer sino a un no hacer, resulta obligado comprobar que realmente se ha cumplido lo que el artículo 11 dice. Por lo tanto, no bastará con hacer referencia al tema de la imprudencia. Yo creo que se impone la necesidad de averiguar si se han cumplido los requisitos del artículo 11, reguladores de la comisión por omisión en orden a los casos en los que el Código Penal equipara la no evitación del resultado con la producción del resultado. Y, por lo tanto, ver si el médico ha creado una situación de riesgo como consecuencia de su omisión, de si el médico tiene una obligación jurídica de actuar, en el caso concreto, y sólo en caso afirmativo cabrá realmente decir ese no hacer, desde el punto de vista del artículo 11 del Código Penal, se equipara al hacer y, por lo tanto, es posible exigir de ese no hacer una consecuencia penal. Y, por lo tanto, no deberá prescindirse de este importante expediente desde el punto de vista de la determinación del delito y de la exigencia de responsabilidad penal desprendida del artículo 11 del Código Penal.

La imprudencia, según la regulación del nuevo Código Penal, adopta, como hemos recordado al principio, de entrada, dos formas distintas: la imprudencia debe ser o grave o leve para que origine una responsabilidad a título de delito o a título de falta. Observemos que el nuevo Código Penal no habla de imprudencia temeraria/imprudencia simple: habla de imprudencia grave contra imprudencia leve. Entiendo realmente que imprudencia grave es la imprudencia temeraria, imprudencia leve es la imprudencia simple, y no hay mayores dificultades en orden a equiparar lo que es gravedad de la imprudencia con la que se llamaba temeraria y la levedad con lo que supone el carácter simple de la correspondiente imprudencia. Por lo tanto, todo lo conocido en punto a la delimitación del concepto de lo temerario respecto a la imprudencia es aplicable para interpretar la gravedad contra la levedad de la imprudencia como motivadora del delito frente a la falta.

Lo que sí que es nuevo, en la regulación del Código Penal nuevo -no sólo en el sentido de las palabras, y las palabras tienen su importancia, por eso merecían la exégesis o comentario que acabo de hacer- es la inclusión de la imprudencia profesional. El nuevo Código Penal, al tratar del homicidio, al tratar de las lesiones, al tratar del aborto, habla de la imprudencia profesional. Y así, por ejemplo, el artículo 142, al tratar de la imprudencia, en sus dos primeros números, añade un tercer apartado que contempla "el que el homicidio fuere cometido por imprudencia profesional", en cuyo caso prescribe el Código Penal la aplicación de una pena privativa de derechos correspondiente a la pena de inhabilitación espe-

cial. Posiblemente ahí se centre uno de los grandes temas de la aplicación del nuevo Código Penal. Observen que el Código Penal nuevo habla de imprudencia profesional, no de impericia o negligencia profesional como el Código Penal anterior. Recordemos también que la expresión impericia o negligencia profesional del Código Penal anterior había motivado doctrina y jurisprudencia y que había tratado con una dificultad prácticamente equiparable o equiparada a la aporía. Yo creo que era prácticamente imposible interpretar lo que se entendía por impericia o negligencia profesional. Digo que yo creo que es imposible saber lo que es impericia o negligencia profesional, y pretender dar un cierto sentido lógico a lo que es la impericia o negligencia profesional en contraste a lo que podría ser la imprudencia temeraria, por lo siguiente. Impericia o negligencia profesional es una doble expresión, una pareja de conceptos. La impericia sí que tiene un contenido fácil de delimitar: es imperito el que no tiene conocimientos. La impericia es la ausencia de conocimientos exigibles al médico, en el caso de que se trate de tal profesional. Parece ciertamente que el médico imperito es un peligro social. Parece realmente que se corresponde a una situación personal que, en el caso de que conduzca a la práctica de actos quirúrgicos, crea un riesgo importante que justifica una agravación de la responsabilidad.

Pero la cosa es distinta respecto a la negligencia profesional. Es decir, el segundo concepto de la pareja. ¿Por qué? Pues porque negligencia, literalmente, es dejar de hacer. Se negligea cuando se deja de hacer. La negligencia parece, literalmente, que está contemplando o está referida al comportamiento imprudente de signo negativo al que antes hacía referencia: el contenido omisivo o no hacer. Y realmente no tienen ningún sentido el que la negligencia merezca un plus de responsabilidad penal respecto a lo que es la forma básica de imprudencia.

Junto a este primer dato, de lo ilógico de dar una interpretación con un cierto sentido a la expresión impericia o negligencia profesional, se añadía otra cosa dentro del marco del Código Penal anterior. A saber: el que el párrafo del Código Penal anterior anudaba una responsabilidad correspondiente de la imposición de la pena en su grado superior a los casos de impericia o negligencia profesional con resultado de muerte o lesiones graves. Es decir, observen ustedes que cuando se debía aplicar este precepto en la realidad práctica uno se encontraba con que unos elementos normativos -impericia o negligencia profesional- inasequibles a una interpretación lógica iban a provocar consecuencia tan importante como la imposición de la pena en su grado máximo que bloqueaba la posibilidad de la condena condicional. Es decir, se producía la consecuencia -permítanme ustedes- perversa de que una norma de interpretación imposible, caso de ser aplicada, conducía a la necesidad de que al médico se le impusiera una pena de cárcel sin posibilidad de ser sustituida a través de la condena condicional. El carácter absurdo e ilógico, y por lo tanto insoportable de esta situación, había conducido a que la jurisprudencia, que se encontraba abocada además, en el caso concreto, con la necesidad de respuesta a esta situación, dijera impericia o negligencia profesional es no sé

exactamente qué, pero en todo caso es una imprudencia de grado superior, de suerte que la imprudencia, en el campo del profesional, incluido el médico, admitía la siguiente graduación (de abajo a arriba): la simple, la temeraria y la supertemeraria. Es decir, que se correspondía realmente a la profesional. Sin que nadie estuviera en situación de delimitar este carácter temerario frente a lo supertemerario correspondiente a lo profesional. Y además con la situación de verdadera angustia profesional que te produce, o que te producía, el que uno no supiera si a un médico se le podía imponer, en caso de resultado de muerte, la fórmula de la impericia o negligencia profesional máxima, dada la amplitud de la expresión negligencia, o, por el contrario, la cuestión se reducía a la aplicación simplemente de la imprudencia temeraria. El nuevo Código Penal elimina la expresión impericia o negligencia profesional e introduce la expresión imprudencia profesional. ¿Qué es entonces imprudencia profesional? Parece que la expresión ha de ser interpretada sistemáticamente. Sistemáticamente, como ustedes saben perfectamente, quiere decir ser entendida o leída dentro del conjunto y en un contexto que es el Código Penal, contexto que se corresponde a los dos apartados anteriores, en los que el Código Penal está contemplando la comisión por imprudencia por distintos medios: vehículo de motor, arma de fuego, actividad profesional. A través, por lo tanto, de un vehículo de motor, a través de una arma de fuego, a través de un vehículo de carácter profesional.

Si ello es así, y parece que es así, entonces la consecuencia sería que la imprudencia profesional se acerca extraordinariamente a la imprudencia del profesional. Es decir, parece que todo profesional -y digo parece porque naturalmente planteo la cuestión en forma de interrogante- que lleve a cabo una conducta imprudente va a incurrir en imprudencia profesional. Y, por lo tanto, ya no va a valer esta idea anterior, explicable por lo inadmisibles de la fórmula impericia o negligencia profesional, que reducía extraordinariamente el ámbito de la impericia o negligencia profesional y va por lo tanto a conducir a un ensanchamiento extraordinario de la expresión imprudencia profesional.

Por otro lado, el dato de que la estimación de la imprudencia profesional no va a comportar necesariamente la ejecución de una pena privativa de libertad puede, realmente, digamos tranquilizar las conciencias judiciales a la hora de no rechazar la aplicación del número 3 del artículo 142, frente a lo que ocurría en el marco del Código Penal anterior. Ahora bien, desde el punto de vista del profesional de la medicina, va a tener que saber que si realmente la imprudencia profesional se acerca al profesional tanto que toda imprudencia del profesional va a convertirse en imprudencia profesional, va a comportar el que, aunque la pena privativa de libertad que le pueda alcanzar va a merecer una remisión condicional, no va a poder ser comprendida -en la remisión condicional- la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años previsto en el artículo 142 del Código Penal. Con lo que, posiblemente, la preocupación básica, desde el punto de vista del asesoramiento del médico, va a ser la de que, en el caso

de que se estime la existencia de imprudencia respecto a los resultados antes indicados -homicidio, lesiones, aborto, lesiones al feto-, puede realmente alcanzarle la fórmula de la imprudencia profesional y, realmente, la consecuencia de la pena privativa de derechos de la inhabilitación especial a la que hacía mención.

La imprudencia, que además ha de tener el carácter de grave, de leve o de profesional, según lo comentado, debe conducir a un resultado de muerte, de lesiones o de aborto. Voy a prescindir aquí, por completo, de lo referente a lesiones al feto, porque va a ser objeto de la ponencia del profesor Romeo Casabona. Y, por lo tanto, dos palabras respecto al delito de lesiones o de aborto.

Observen que es nueva la fórmula correspondiente al aborto. En el caso del aborto -artículo 146 del Código Penal vigente-, la producción por imprudencia del resultado de aborto va a constituir delito y va a originar una responsabilidad penal. Con lo que se produce un cambio importante respecto a la regulación anterior, en la que existe una figura del aborto ocasionado violentamente a sabiendas del estado de embarazo de la mujer, pero que no permitía realmente reconducir a este tipo de casos de, por imprudencia, producir un resultado de aborto.

Y así, en un caso que yo recuerdo, y que ha merecido un comentario en la *Revista Jurídica de Cataluña*, de la prescripción por un facultativo médico de una sustancia capaz de originar un resultado de aborto a una mujer embarazada, sin indicarle el riesgo que esto suponía y con un resultado de interrupción del embarazo no deseado por parte de la mujer, en este caso concreto fallaba la posibilidad de una condena por imprudencia en el caso del Código Penal anterior. La cosa, en cambio, es distinta en el nuevo Código Penal.

Y, por último, es importante, yo creo, llamar la atención sobre que, en el campo de la imprudencia en general y en el campo de la imprudencia sanitaria en particular, cada vez más se va a producir el fenómeno jurídico de que el contemplar la posible responsabilidad de un profesional no sólo debe tomar en cuenta el tipo de imprudencia o los tipos de imprudencia a los que he hecho referencia sino otros tipos muy afines y muy próximos al tipo de imprudencia.

Vamos a un campo de influencia no médico. Es decir, con gran frecuencia, en los procesos judiciales en los que se plantea un problema de imprudencia profesional del ingeniero, o del arquitecto, o del industrial, la acusación formula un escrito de conclusiones en el que estima concurre un delito

de homicidio por imprudencia y, además, un delito de peligro. Es decir, suma los dos delitos. Y entiende realmente que hay, de entrada, sin perjuicio de resolver las cuestiones como procedan por aplicación de las reglas del concurso, dos delitos. Digo esto porque el nuevo Código Penal prevé una figura interesante, como figura próxima a los temas que estamos examinando, que es la figura de la omisión del deber de socorro del artículo 196. El artículo 196 contempla la hipótesis del profesional que, estando obligado a ello, "denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas".

Éste es un delito que está incardinado en el título de la omisión del deber de socorro, que se corresponde con una omisión propia o pura, que no requiere la producción de resultado. Por lo tanto, podemos decir que en el campo de la lógica jurídico-penal es anterior al delito de imprudencia que exige la producción de un resultado y que se consume, por lo tanto, a través del comportamiento, que se puede expresar por vía positiva o negativa, de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. Y que, en el caso de que ello comporte, según la letra del artículo 196 del Código Penal, riesgo grave para la salud de las personas, se impondrá la pena aquí prevista.

Observen que este artículo 196 es omisión del deber de socorro, que se corresponde a una conducta próxima a algunas de las hipótesis posibles de imprudencia. Y observen que este delito es atribuido al procedimiento del Tribunal del Jurado. Eso quiere decir que, de producirse una acusación por este hecho, quien va a conocer es el jurado. Y observen ustedes que el jurado va a tener realmente que resolver cuestiones de lo que dogmáticamente se llama elementos normativos del tipo. Es decir, resolver cuestiones de delitos que inicialmente se entiende -yo no comparto esta idea, pero vamos, esto nos llevaría a discutir mucho- que no deben ser objeto del tribunal del jurado. Por la razón, claro, que aquí se emplea el término "estando obligado a ello", lo que sin duda es un elemento de carácter normativo. No obstante, por lo tanto, la previsión en el artículo 196 de elemento normativo -"el profesional que estando obligado a ello"-, la carga de dificultad que supone para un Tribunal del Jurado, en un veredicto, determinar el hecho de si el profesional estaba o no obligado a prestar la asistencia o a prestar los servicios. Sin duda, el artículo 196, de ser realmente aplicado, deberá ser conocido a través del procedimiento al que acabo de hacer referencia con todas las dificultades y todos los problemas que aquí podríamos plantear y a los que aquí simplemente me remito.

FALSEDAD DOCUMENTAL Y SECRETO PROFESIONAL EN EL ÁMBITO SANITARIO(*)

Francisco Muñoz Conde

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Sevilla

En este evento a mí me ha correspondido hablar de un tema sin duda interesante y, sobre todo, un tema que, con el nuevo Código Penal, puede tener perspectivas distintas a las que ha tenido o ha venido teniendo tradicionalmente. Invirtiendo un poco el orden, y creo que además así conforme al programa, voy a hablar en primer lugar justamente de lo que creo que es más novedoso: en relación con el tratamiento que da al descubrimiento y revelación de secretos el Código Penal -el nuevo, el de 1995-; y después, y en la medida que así viene en el título, no porque tenga mucha relación con este tema, trataré al final de las falsedades documentales en el ámbito de la profesión sanitaria.

Evidentemente, quizás lo que pueda ser ahora más novedoso, como digo, es el tratamiento y revelación de secretos y, en definitiva, la revelación del secreto profesional en el ámbito de la medicina, en el ámbito de la práctica de la profesión médica. Y es que aquí, hasta este momento, ha habido una lamentable laguna de punibilidad, siempre denunciada por la doctrina, siempre intentada reparar por la vía del proyecto de turno -desde 1980 hasta el último se sucedieron 4-, pero, hasta justamente el último proyecto, que ya se ha convertido definitivamente en el nuevo Código Penal, no se había abordado una tipificación expresa de esta revelación del secreto profesional, salvo en lo que afectaba en algunos casos de revelación de secreto por parte de funcionario público y en la medida en que el profesional pudiera también ser funcionario.

Pues bien, ahora, el nuevo Código Penal, regula estos delitos en el Capítulo I del Título X cuya rúbrica los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, no dice que lo que se trata es de proteger un bien jurídico, un derecho fundamental que también es de muy reciente reconocimiento a nivel constitucional. Porque, efectivamente, todo lo que se trata en este Título 10 -el derecho a la intimidad, a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio- es algo que tiene reconocimiento constitucio-

nal a partir de la Constitución de 1978, cuyo artículo 18 reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar, junto con el derecho al honor, bien jurídico que no coincide exactamente con éste de la intimidad. Y también se habla del derecho a la inviolabilidad del domicilio, lo que da lugar que en el Capítulo II de este Título X se tipifique el allanamiento de morada, que en definitiva no es más que una lesión de esa parte de la intimidad específica que es la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la intimidad de la morada.

Igual sucede con los delitos relativos al secreto de comunicaciones, que evidentemente también puede entenderse como una manifestación del derecho a la intimidad. La protección penal que ahora se brinda en el nuevo Código a todos estos derechos, más o menos reconducibles al concepto genérico de intimidad, no sólo se contienen en este Título X sino también tiene, en la medida que afecte a otros intereses, un tratamiento en materia de revelación del secreto procesal, por parte de abogados y procuradores, como delitos contra la Administración de justicia, como delitos de deslealtad profesional. También en relación con los delitos contra la Administración pública, la infidelidad en la custodia de documentos o la violación de secretos cometida por autoridades y funcionarios y, por supuesto, aunque ya en una dimensión mucho más amplia y distinta incluso que la propia intimidad, todo lo relacionado con la revelación de secretos que afecten a la defensa nacional. Pero, obviamente, nosotros nos vamos a ocupar aquí, fundamentalmente, de la intimidad en el sentido más personal del término, sin perjuicio de que haya que referirse a otras implicaciones con otros bienes jurídicos, y, fundamentalmente, a esa parte de la intimidad que se protege, como digo en el Capítulo I de este Título X, bajo la rúbrica genérica del descubrimiento y revelación de secretos.

En principio, cuando se habla de secretos, se está obviamente diciéndonos que se trata de un aspecto de la intimidad que tiene que ver con la voluntad de una persona a que determinados hechos que inciden en su vida privada no sean conocidos más allá de un círculo muy reducido de personas a las que el titular de ese secreto concede, podríamos decir, ese privilegio del conocimiento de los mismos. Pero esto sólo sería un aspecto de la intimidad, y es el aspecto tradicional que siempre ha tenido más o menos protección en el Código

(*) Texto transcrito de la conferencia pronunciada, autorizado por el autor. Para más detalles, sobre bibliografía, véase MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, Parte Especial. 11ª edición, Valencia 1996.

Penal de una forma si se quiere imperfecta, pero es el aspecto negativo de la misma: es el derecho a excluir a determinadas personas del conocimiento de datos que yo y unas pocas personas más pueden conocer, de acuerdo con mi propia voluntad. Pero el derecho a la intimidad también tiene, hoy en día, un aspecto positivo. No se trata sólo ya de proteger lo que se pueda entender como secreto, sino de proteger mi derecho al control de aquellos datos que, afectando a mi privacidad, pueden o no ser conocidos por otras personas, pero yo tengo que decidir la forma en que esos datos pueden llegar a ser conocidos y hasta que punto pueden ser más conocidos -más o menos ampliamente- tengan o no tengan el carácter de secreto.

Yo creo que eso es importante, como vamos a ver... con un ejemplo de la jurisprudencia tradicional. Cuando se decía si la lectura de una carta era un descubrimiento de secreto, alguien decía: habrá que ver lo que se dice en la carta. Si lo que se dice en la carta es que en Sevilla llovía ayer, realmente el hecho del descubrimiento de ese dato, en principio, no es un delito de descubrimiento de secreto porque el hecho, en sí mismo, no es secreto. Sin embargo, se podría entender que cualquiera que sea el dato que se diga en la carta, el hecho mismo de ir cerrada y de tal forma decir que lo que allí se dice sólo puede ser conocido por la persona que yo quiera, y por lo tanto controlar el conocimiento de ese dato en relación con la persona que pueda recibirlo, es algo que ya no tiene nada que ver con el secreto sino con ese aspecto positivo de la intimidad, que es el derecho al control del conocimiento de determinados datos relativos a las comunicaciones o relaciones que yo pueda tener con otras personas. Y, efectivamente, aunque en el capítulo o en la rúbrica del Capítulo I se habla del descubrimiento y revelación de secretos, después vamos a ver que inmediatamente, ya en el art. 197, núm. 1, se dice que el que para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro sin su consentimiento, etc. se apodere de carta... De forma que hoy sí podemos decir que, realmente, el concepto genérico al que se puede reconducir la protección del derecho penal ya no es exactamente el concepto de secreto, sino un concepto más amplio como es el de intimidad, que tiene este aspecto positivo al que acabo de aludir.

Naturalmente, este bien jurídico, de muy difícil delimitación -estamos ante bienes jurídicos de carácter eminentemente espiritual-, igual que el honor, prácticamente es un bien jurídico que depende mucho de la sensibilidad, del contexto social en el que se viva, de la cultura, de los distintos roles y situaciones en los que las personas vivan, pero no cabe duda que es un derecho cada día más importante. De forma que, realmente, en los últimos años se ha potenciado a partir, sobre todo en nuestro ordenamiento jurídico, del reconocimiento constitucional de estos derechos, una protección amplísima, no sólo desde el punto de vista del Derecho penal, sino también desde el punto de vista del Derecho civil y de otras ramas del Derecho. Concretamente, en el Derecho civil contamos con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que además, ahora, puede ser una vía que se utilice indepen-

dientemente de que el hecho constituya o no delito, algo que había sido muy discutido hasta hace poco tiempo, pero que en el nuevo Código Penal, en una de las disposiciones finales, se dice que puede ejercitarse la protección de estos derechos por esta vía independientemente de que se ejercite después o no la penal, caso de que el hecho pudiera ser constitutivo de delito. La verdad es que ésta es una vía muy importante para, de algún modo, conseguir una satisfacción de estos derechos, cuando hayan sido conculcados de alguna manera, sin tener que recurrir siempre a un procedimiento un tanto radical como es el que supone la intervención del Derecho penal. Pero, obviamente, sin perjuicio de que si ustedes quieren después me refiera también a esta ley civil, yo voy a hablar aquí desde el punto de vista de la protección que se brinda a este derecho en el nuevo Código Penal. Y la verdad es que si antes había un defecto de protección en esta materia, hoy yo creo que hay, y esto es una característica del nuevo Código Penal, un exceso de protección o, por lo menos, un excesivo casuismo en la protección que se brinda a este derecho, sobre todo en este Capítulo I.

Veán simplemente -o lean, si tienen tiempo para ello, leerlo nos llevaría casi toda la conferencia- el artículo 197 en sus distintas modalidades y apartados, y verán como ahí se ofrece una protección penal muy compleja, muy casuística, a las distintas manifestaciones de este derecho genérico a la intimidad. Yo voy a referirme fundamentalmente, como es lógico, a la revelación del secreto profesional. Pero no está de más que por lo menos les diga, siquiera de forma telegráfica, los distintos tipos delictivos, porque además pueden ser, incluso en caso de secreto profesional, también aplicables, que se contienen en este artículo 197. Por ejemplo, en el apartado 1º tienen ustedes el descubrimiento y revelación de secretos o de hechos que puedan afectar a la intimidad de otro, que se recojan documentalmente. Efectivamente, el que para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, en el fondo lo que nos viene a tipificar en primer lugar es una especie de hurto documental. Lo que importa no es tanto el que se llegue al descubrimiento: sería un hecho que para la consumación sería irrelevante, puesto que aquí lo importante es que se actúe para descubrir los secretos o los hechos que afecten a la intimidad de otro que estén recogidos en ese soporte documental. Como les dije, este delito, que es prácticamente el único que había antes en esta materia, se interpreta ya ahora, con la cláusula de vulnerar la intimidad de otro, no sólo en relación con el concepto de secreto sino en relación con cualquier hecho que esté recogido documentalmente y que pueda afectar a la intimidad de otra persona. Éste sería prácticamente el único tipo delictivo que se mantiene en una redacción similar a la que tenía en el Código Penal anterior.

Todavía, en este apartado 1º, nos encontramos con un tipo delictivo de casi reciente creación pero, en todo caso, anterior al Código Penal nuevo, que se introdujo en la reforma de 1984, que es el inciso 2º de interceptar sus telecomunicaciones o utilizar artificios técnicos de escucha, transmisión, gra-

bación o reproducción del sonido o de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación. Ambos delitos son equiparados en el tratamiento penal y castigados con la pena de prisión de 1 a 4 años y multa de 12 a 24 meses. Bien, estamos aquí ante las escuchas telefónicas ilegales, ahora ampliadas a cualquier otro medio de comunicación, cuando se capte, interceptando con medios técnicos, por ejemplo, la conversación entre varias personas o, por ejemplo, incluso la imagen de una determinada persona. La verdad es que aquí no se trata de tipificar el escuchar detrás de la puerta sino la utilización de medios técnicos. Ya nos vamos acercando a los avances técnicos que pueden afectar a la intimidad y que ahora se han potenciado mucho más en el nuevo Código Penal, y que realmente es lo que hace que el legislador ya intervenga por la vía del Derecho penal. No ante el simple descubrimiento de algo que afecte a la intimidad sino, en este caso, el descubrimiento de algo que afecta a la intimidad de una persona pero utilizando un sistema técnico que, de algún modo, puede dejar aún más indefenso ese derecho a la intimidad.

Pues bien, todo este delito, que tanto juego ha dado y no en materia de secreto profesional, o por lo menos no médico, en los últimos años, ya fue introducido el año 84 y ahora se mantiene en el nuevo Código Penal en este apartado del artículo 197. Sólo recordarles que este problema es fundamental a la hora de saber cómo se puede -o si se puede- utilizar como prueba los datos obtenidos a través de una interceptación de esta manera cuando no ha sido autorizada judicialmente. La sentencia del Tribunal Supremo, obra del gran jurista -que intervendrá también aquí- D. Enrique Ruiz Vadillo, puesto que fue su ponente, sobre el caso Naseiro, fue precisamente en relación a si se podía o no utilizar como prueba una conversación telefónica que había sido autorizada judicialmente -su grabación- pero no de la forma en que el Tribunal Supremo entendió que debería de haberse autorizado expresamente para el delito de que se tratara y no para ser utilizada para otro delito de mucha menor gravedad.

Naturalmente, como vemos, aquí el derecho va adaptándose a una forma distinta de intervención o de agresión a la intimidad que no es la clásica del apoderamiento del documento, de la carta, del papel escrito, que es lo que antes se protegía como máximo. Y todavía tenemos un avance tecnológico que puede afectar aún más a la intimidad y que, por lo tanto, es tenido en cuenta también en el nuevo Código Penal -en el apartado 2 del artículo 197- que es el descubrimiento del secreto informático.

Las mismas penas del apartado anterior son aplicables a conductas como las que se describen en este apartado 2: "Al que sin estar autorizado se apodere, utilice o modifique en perjuicio de tercero datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado." Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda, por cualquier medio, a los mismos, y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

Aquí, evidentemente, nos aproximamos ya a algo que puede tener que ver con el descubrimiento del secreto profesional en el ámbito médico, porque una gran parte de los datos que se obtienen en el ejercicio de la práctica médica relativos a la salud o a determinados aspectos de la intimidad del paciente se registran, sobre todo, en la actividad médico-hospitalaria, en soportes informáticos. Ya hay una ley especial que regula el tema de la utilización de los datos o el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, y un real decreto que desarrolla la ley del 92. Después ya me voy a referir al problema de la relación con la revelación del secreto médico-profesional, pero no cabe duda, y es importante tenerlo en cuenta, que cuando se revele un secreto médico que esté registrado informáticamente y se den determinadas calificaciones -agravaciones de la pena que se contienen después en los párrafos siguientes del artículo 197- las penas pueden ser superiores a las que procedería aplicando directamente el descubrimiento del secreto profesional, con lo cual, muchas veces, ni quisiera será directamente aplicable el delito de revelación del secreto profesional sino éstos que tienen un tratamiento más severo en la medida en que afecten a datos recogidos informáticamente y, sobre todo, que hayan sido divulgados, que además hayan sido realizados por un sujeto activo encargado del control de esos datos o haya sido hecho con un fin lucrativo o afecte, lo cual es indudable en el ámbito de los derechos de los pacientes, a los llamados datos sensibles, es decir, a los que se describe para agravar la pena de estos delitos en el apartado 5 del artículo 197.

Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrá las penas previstas -las de los delitos que estoy mencionando, como digo muy telegráficamente- en su mitad superior.

Esto como introducción general -ya les dije que el artículo 197 en sí mismo daba para una conferencia y para muchos más- a la técnica de tipificación de las conductas delictivas de descubrimiento y revelación de secretos que se contienen en el Código Penal en este artículo 197. Pero hay, y de eso vengo a hablar aquí, o por lo menos una parte de mi intervención tengo que dedicarla necesariamente a ello, una tipificación expresa de la revelación del secreto profesional. Y, naturalmente, ahí es donde hay que ubicar, en la medida en que haya que hacerlo, claro está, el descubrimiento, la revelación del secreto médico-profesional. Y este precepto específico del nuevo Código Penal es el artículo 199.

El artículo 199 tiene dos apartados muy parecidos pero con algunas diferencias, que voy a analizar ahora brevemente. Por un lado, en el apartado 1º se dice: "El que revelare secretos ajenos de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales será castigado con la pena de prisión de 1 a 3 años y multa de 6 a 12 meses." Ya ahí podría incluirse alguna vez el secreto profesional, o la revelación del secreto profesional, en la medida en que pueda derivarse de un oficio o de una relación laboral. Pero, evidentemente,

plantearía muchos problemas interpretativos el que se incluyera aquí la revelación del secreto profesional con una cláusula que no siempre sería aplicable a este tipo de revelaciones. Y, por eso, en el apartado 2º se dice, ahí sí ya específicamente, y además castigándolo con una pena más grave: "El profesional que con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva divulga los secretos de otra persona será castigado con la pena de prisión de 1 a 4 años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de 2 a 6 años." Estamos viendo un tratamiento severo -yo diría incluso muy severo- porque no sólo se refiere a la pena de prisión sino a una pena tan importante para el profesional como es la pena de inhabilitación por tiempo de 2 a 6 años, que obviamente demuestra la preocupación del nuevo Código Penal por el tratamiento, eficaz y con contundencia, de este tipo de conductas que ahora vamos a ver en que consisten. De todas formas, los tipos delictivos en sí no se diferencian mucho. En ambos apartados se trata de lo que los penalistas cultivadores de la dogmática jurídica llamamos delitos especiales, es decir, sólo pueden ser sujetos activos los que tengan las cualidades exigidas en los respectivos apartados del artículo 199: tener un oficio, recibir la información a través de una relación laboral o, fundamentalmente, tratarse de un profesional.

La verdad es que la distinción no siempre es fácil, y me lleva justamente a recordar la intervención de mi querido amigo y compañero Agustín Jorge Barreiro, porque indirectamente aquí tendríamos que aplicar lo que se pueda entender por profesional en relación con el delito de intrusismo. La limpiadora del hospital que revela un secreto que ha obtenido en relación con su trabajo, puesto que ha podido conseguir una historia clínica: ¿cometería el delito del apartado 2 o el delito del apartado 1? En principio, parece que no hay duda de decir que se trataría del apartado 1, que es una relación puramente laboral. ¿Y la enfermera? ¿Y la auxiliar? ¿Y la laborantina que trabaja en el laboratorio donde se detecta, por ejemplo, la infección por virus de SIDA? ¿Cuál de los dos tipos es aplicable, teniendo en cuenta que aquí se trata nada más y nada menos, aparte de un aumento en la pena de prisión, también de la inhabilitación para el ejercicio de la profesión?

Yo creo -es una interpretación que hago, ya veremos lo que dice la doctrina y, en su caso, evidentemente, sobre todo la jurisprudencia en el día de mañana- que el concepto de profesional de algún modo tiene que ser coincidente con el que se derive del artículo 403, con el que se maneja para el delito de intrusismo. Si una persona puede cometer intrusismo cuando dice que es profesional y no lo es, pues ahí tiene un privilegio. Si resulta que no es profesional a efectos del delito y puede cometer un delito de intrusismo, está claro que entonces no puede cometer el delito del profesional. Luego, si comete una revelación de secreto profesional, será castigado en su caso por el apartado 1º en la medida en que, justamente, sería incluso castigable su conducta por la vía del intrusismo, lo cual demuestra que no era profesional. Y entendería entonces por profesional el que se derive de lo que exige el artículo 403 para poder cometer un delito de intru-

sismo: un título académico o un título oficial. Porque también ahí se habla de que la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial. De todas formas, son cuestiones que en algún caso puntual pueden plantear alguna problemática interpretativa, pero que en general podríamos decir, y esto sería lo importante, que, cuando el Código Penal se refiere a profesional, se está refiriendo a una profesión que exige un título académico u oficial, que exige normalmente una colegiación para su ejercicio y que además tiene, justamente porque hay una colegiación, unas normas deontológicas reglamentadas por el colegio e incluso de carácter profesional disciplinario.

Hay, sin embargo, un hecho que no se dice expresamente, pero que obviamente hay que recalcar, como ya ha hecho la mejor doctrina -y aquí tenemos algún representante de ella- en relación con el requisito que debe de tener el secreto profesional para entenderse como tal secreto profesional. Y es que uno puede conocer, de un determinado hecho, siendo abogado, pero no en relación con el cliente que se tiene como tal abogado. Por otro tipo de relación incluso amistosa. En ese caso puede darse otro delito de descubrimiento y revelación de secreto, pero no el descubrimiento y revelación de secreto profesional porque falta aquí la cualidad de lo que la doctrina llama el confidente necesario. Debe de darse una determinada relación entre el profesional y el cliente, paciente en el caso del médico, de forma que si el médico profesional ha obtenido datos de la intimidad del paciente fuera del ejercicio de la profesión pueda haber otro tipo de delito, pero no éste específico, puesto que en este caso no habría esa relación de confianza necesaria que se exige doctrinalmente.

Hay otro problema, y éste sí que ya nos lleva directamente a entrar en lo que debería haber hecho desde el primer momento, pero yo creo que esta introducción genérica era buena para entender cuestiones más específicas de la revelación del secreto médico-profesional. Y es que justamente el problema de saber cuándo existe esta relación de confianza necesaria, cuándo estamos hablando de un determinado profesional con determinadas obligaciones -o deberes, como dice el apartado 2º: "... obligación de sigilo o reserva". No lo podemos resolver al margen de la profesión concreta de la que se trate. No es lo mismo el deber de obligación, la obligación de sigilo o reserva de un médico -dependerá también de la especialidad médica de que se trate-, de un abogado, de un periodista, del director de un banco o del que trabaja en una determinada empresa y revela secretos de carácter industrial. Por lo tanto, aquí tenemos que entrar necesariamente en el casuismo, para ir delimitando caso por caso cuáles son las obligaciones específicas de cada profesión y, aún dentro de cada profesión, de las distintas especialidades en las que se divide la práctica de esa profesión.

Naturalmente que uno de los aspectos más interesantes del descubrimiento y revelación del secreto profesional lo ofrece el descubrimiento del secreto profesional de abogados y procuradores. Es tal que incluso en la ley de Enjuiciamiento Criminal tiene un tratamiento especial. Justamente al abogado se le exime de la obligación de testificar de cualquier hecho, por

delictivo que sea, que conozca en el ejercicio de su profesión. Y parece que esto es obvio, desde el momento en que hay un derecho constitucional a la defensa. Si alguien recurre a un abogado, le cuenta que ha cometido un delito y después el abogado, en calidad de tal, se lo dice a la policía o denuncia al cliente, se ha roto no ya sólo la relación de confianza profesional con el cliente, sino la base de ese derecho básico y fundamental que es el derecho a la defensa, que es un derecho substancial, fundamental, reconocido a cualquier persona. Hasta tal punto que es uno de los casos que siempre se discute, y que apasiona incluso a los estudiantes: si yo como abogado sé que mi cliente ha sido el verdadero asesino, ¿cómo puedo no sólo ya no contarle a la policía, a la autoridad judicial, sino incluso ver cómo se condena a un inocente? En el mundo de la democracia y del respecto a los derechos fundamentales, a veces hay que asumir que hay personas que pueden tener que tragarse una píldora muy amarga en aras de la defensa de un derecho que nadie puede cuestionar como es el derecho a la defensa reconocido en la Constitución Española como en tantas otras declaraciones de ese carácter universal.

Pero pongo este ejemplo porque justamente es el que no es trasladable y tiene un tratamiento completamente diferente cuando se trate de revelación de secreto médico. Ciertamente, en el secreto médico, y en él entro ya directamente, y hay una reglamentación deontológica, profesional, disciplinaria e incluso en determinados aspectos de la práctica médica -casos de las técnicas de reproducción asistida, leyes generales de sanidad, prácticas de abortos legales, etc.- hay una reglamentación de lo que en principio es una de las cualidades fundamentales de la práctica de la profesión médica: el derecho a no revelar nada que afecte a la intimidad de un paciente que ha comunicado datos de su intimidad al médico, precisamente de acuerdo con la confianza que surge de esa relación inherente a la propia práctica de la profesión médica. Por lo tanto, cualquier revelación de un secreto que afecte a la intimidad -el secreto en particular- de un paciente hace que el médico pueda cometer el delito previsto en el artículo 199, apartado 2. Pero, naturalmente, en Derecho penal una cosa es la tipicidad de un hecho -A mata a B-, pero después tenemos que comprobar si, a pesar de todo, el hecho es anti-jurídico, porque A puede haber matado a B en legítima defensa. El médico A ha revelado secretos del paciente B, pero resulta que, en algunos casos, y ahora vamos a ver que son muchos, el médico A puede revelar, e incluso tiene obligación legal bajo sanción penal, secretos relativos a la intimidad del paciente. Y aquí sí que hay una auténtica excepción a ese principio general que, sin embargo, vemos con toda claridad, y nadie discute, en relación con la praxis del abogado o procurador.

¿Por qué el médico puede estar incluso obligado a revelar datos afectantes a la intimidad del paciente? En primer lugar, por razones de interés general. Es, y así lo dicen las propias leyes que regulan esta materia, el caso de la declaración de enfermedades de carácter infecto-contagiosas. Es más, hay una obligación de comunicar inmediatamente determinadas enfermedades. Hay un catálogo de enfermedades en las que se tiene obligación -el médico tiene obligación- de comuni-

carlas a las autoridades sanitarias. Claro, hay quien dice: "Realmente, no es un descubrimiento del secreto." Es simplemente darle una tramitación, a los efectos oportunos, sin que esto tenga por qué trascender a otros medios fuera del propio cauce reglamentario marcado por la legislación que haya al respecto. La verdad es que es así, pero no cabe duda que el momento en que se comunica a otro órgano, a otra persona, el dato que se ha obtenido en base a la práctica médica, aquí, aunque hubiera una revelación del secreto profesional, como digo, el hecho en sí carecería de trascendencia penal porque hay una obligación, en ese caso, de comunicar ese dato.

Lo mismo ocurre en relación en el conocimiento de un hecho delictivo. En principio, en la ley de Enjuiciamiento Criminal nunca se previó ninguna posibilidad de eximir al médico, de denunciar un hecho delictivo que ha conocido a través de la revelación de un paciente y que, por lo tanto, afecta a su intimidad, y si no lo hiciera incurrirá -así lo dice la ley de Enjuiciamiento Criminal- en una pena de multa, sanción de carácter más bien administrativo pero que, de algún modo, demuestra que el médico no está exento de este deber de declaración de hechos que pueden ser constitutivos de delito por más que lo haya conocido a través del ejercicio de la praxis médica. Tenemos una obligación de denuncia, pero no hay obligación de testificar. ¿Tiene obligación de testificar también el médico respecto a esos hechos? Porque puede haberlos conocido incluso al margen ya de que los hechos estén siendo investigados porque alguna otra tercera persona los haya denunciado. Y el médico podría ir, ya como testigo -ser llamado como testigo- o como perito a hablar de esos hechos que afectan a la intimidad de su paciente. La verdad es que podríamos tener una postura absolutamente legalista, con unas insuficiencias que pueda haber de una legislación obsoleta en la materia, y decir: "Lo sentimos mucho pero hoy por hoy parece ser que no hay ninguna posibilidad de eximir al médico de testificar sobre hechos que afecten a la intimidad de un paciente, puesto que ya la propia ley de Enjuiciamiento Criminal dice que tiene que denunciarlos y porque no hay ningún sitio donde se diga que no tiene obligación de hacerlo."

Esto sería una afirmación general muy discutible que yo no comparto ni creo que comparta la mayoría de la doctrina. Porque la verdad es que, aunque no lo diga expresamente ninguna ley, el artículo 24.2 de la Constitución habla de los casos en que una ley general, que no existe, debe regular los casos en que, por razones de parentesco o secreto profesional en general, no se está obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. Esto lo dice la Constitución (artículo 24.2), pero la ley general no existe. Entonces tenemos que recurrir a los principios generales -que informan en esta materia como en tantas otras de conflictos entre distintos bienes jurídicos igualmente importantes y dignos de protección- para buscar la solución a ese conflicto. Aquí tenemos derecho a la intimidad *versus* otros derechos, igualmente importantes: el derecho al descubrimiento, a la verdad y a la Administración de Justicia de forma correcta, el derecho a proteger otros derechos fundamentales que pueden verse involucrados en un

proceso... Y realmente, por lo tanto, ya que no hay una regulación específica del tema, habrá que recurrir a la idea general que informe, por ejemplo, el estado de necesidad, en caso de conflicto entre bienes de igual o de desigual valor.

La verdad es que a mí me parece que el punto de partida debe de ser el derecho del médico a no tener obligación de testificar, ni por supuesto a hacer informe pericial, revelando datos que conoce de la intimidad de un paciente en base a su ejercicio profesional. Éste debe ser un principio que, de algún modo, o haga justicia al principio recogido en el artículo 24.2 de la Constitución, que demuestra claramente que, en principio, incluso sobre hechos presuntamente delictivos, por razones de parentesco o por razones de secreto profesional, pueda que no haya obligación de declarar. Yo creo que esta idea puede ser aplicable perfectamente, sin mucha discusión, a aquellos casos en los que el médico conoce hechos delictivos que ha realizado el paciente referidos al pasado.

El sujeto, en una sesión de psicoterapia o tratamiento psiquiátrico le dice al médico que alguna vez, una vez, hace un año, hace seis meses o hace veinte años, violó a una mujer, o a un niño, o mató a alguien. En principio, ahí lo único que tendría el médico como derecho o, mejor dicho, como perspectiva que le obligaría a denunciar el hecho conocido sería, pues, facilitar la tarea de la investigación de ese hecho delictivo, pero nada más. En principio, por lo tanto, su obligación fundamental es callarse.

No creo que esto sea igualmente aplicable cuando se trate de hechos futuros. El paciente dice al médico que va a matar a una persona, y lo va a llevar a cabo, y efectivamente lo lleva a cabo. ¿Hasta qué punto el comportamiento futuro de un paciente y el que haya comunicado al médico, aunque sea en la actividad profesional del mismo, que va a realizar algo en el futuro, puede ser también una parte del secreto profesional y en ningún caso puede ser revelado? Y esto, que parece muy teórico, y que indudablemente lo es, es sin embargo fundamental para resolver el problema de los seroportadores. El problema del tratamiento del secreto profesional referido a los pacientes aquejados de SIDA. Un tema que ha sido tratado especialmente, y en relación con la regulación anterior, por el profesor Romeo Casabona, que vendrá también a estas jornadas, y por la profesora María Castellanos, que está aquí entre nosotros. La verdad es que yo, leyendo este trabajo, he querido hacer una construcción en la que, en principio, me parece que todo lo que se refiere al pasado de ese paciente no debe ser revelado, pero me imagino que -ahora explicaré por qué llego a esta conclusión- todo lo que se refiera a la futura conducta de ese paciente sí puede obligar al médico a tener que decir algo respecto a esa enfermedad sin duda afectante a la intimidad. De eso no cabe duda. También hablaremos de las clases de enfermedades, pero en el caso del SIDA parece que su carácter estigmatizador y marginalizante social no es discutible en estos momentos y que, por lo tanto, en principio sería un secreto que el médico tendría que guardar salvo que se refiera a una conducta futura del paciente que pueda - y eso creo que es importante en este caso decirlo- afectar al derecho a la salud y a la vida de otras personas.

Yo creo, por ejemplo, que si un médico sabe que su paciente es un paciente aquejado de SIDA y tiene en su equipo médico a otras personas que tienen que tener contacto con ese paciente (extraerle sangre, tener algún tipo de actividad médica), lo menos que puede hacer es avisarles de que ese enfermo que están tratando todos los que pertenecen a ese equipo, es un seroportador o es una persona aquejada de SIDA. Se trata ya no tanto de proteger la intimidad como de proteger el derecho a la salud y a la vida de otras personas que tienen que tratar al enfermo pero que tienen que saber qué riesgos asumen cuando tratan a una persona de esta naturaleza. Igual podría tratarse el caso de que esa persona, aquejada de SIDA, pues el médico tenga conocimiento de que tenga relaciones sexuales de posible contagio con un tercero al que hay que avisar de que el otro, voluntariamente, está poniéndola en el riesgo de contagiarla.

Este segundo caso, a su vez, podría tener otra fundamentación, ésta ya mucho más positivista. Y es que en ese caso el enfermo aquejado de SIDA estaría cometiendo un delito -un delito de lesiones, por lo menos- y en este caso el médico denunciaría un delito, cosa que como vemos tiene obligación conforme al artículo 262, núm. 1º, de la ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por lo tanto, y resumiendo este interesante problema, cuando se trate de hechos que ya no puede evitar el médico, ahí es prioritario el derecho a la intimidad. Cuando se trate, sin embargo, de hechos que pueden ser evitables y que además pueden conculcar derechos fundamentales de otras terceras personas, yo creo que ahí es prioritario el que el médico revele este dato (por ejemplo, que el paciente esté aquejado de SIDA). Naturalmente que puede y debe hacerlo siempre con el deber de sigilo y reserva que permita, a pesar de todo, seguir manteniendo, para un amplio espectro de las personas, de otros seres no interesados en el tema, la intimidad del paciente. Pero con respecto a los directamente relacionados con ese paciente y posibles contagiados por el mismo, me parece que hay que tener en cuenta ese otro derecho que creo prioritario. Y simplemente aplicaría el estado de necesidad, que es causa de justificación clarísima, cuando se trata de salvar un bien de mayor valor que el que se lesiona con la actividad, en ese caso, de revelación del secreto médico.

Y como decía antes, y esto ya no tiene nada que ver con el secreto profesional, por lo menos en el tratamiento penal que le da el nuevo Código Penal, también hoy en día, y dado que la mayoría de los datos médicos se obtienen a través de la informática, se plantea el problema del descubrimiento y revelación del secreto, tenido por el médico, a través de la informatización. La medicina hospitalaria, y la medicina en general, sobre todo ya en la redacción de las historias clínicas conectadas con bases de datos, etc., tienden a ser una medicina informatizada.

Bien, aquí se plantean algunos temas interesantes referentes a, por ejemplo, la historia clínica, tema también estudiado por el profesor Romeo y la profesora Castellanos. Y yo creo que aquí al médico le interesa muy mucho decidir hasta qué

punto la historia clínica es de su propiedad, es su obra intelectual, y puede disponer de ella a su voluntad, o tiene que contar o no con la voluntad del paciente. Ciertamente, una historia clínica en la que hay no sólo datos de la *anamnesis* del paciente sino diagnóstico, tratamiento, la propia percepción de los síntomas a través de la correspondiente exploración, los análisis, las radiografías, todo eso exige una actividad intelectual que, como tal, podría ser propiedad intelectual y digna de protección en cuanto derecho del médico. Pero claro, todo esto va referido a la intimidad del paciente, y me parece que, por mucho que se le pueda atribuir al médico el derecho a su propiedad intelectual, lo que no puede es utilizarla en contra o lesionando el derecho a la intimidad del paciente.

Es el tema que también se plantea igualmente en el caso de publicación en revistas científicas de fotografías o de datos referentes a la intimidad de un paciente, identificándolo de forma que pueda afectar a su intimidad. Yo creo que, evidentemente, en todos estos casos es prioritario el derecho a la intimidad y que, incluso, en la parte de que sea de un trabajo científico, incluso más allá de la historia clínica, una propiedad intelectual del médico, la verdad es que, en la medida en que con eso pueda afectar a la intimidad, podría correr el riesgo de cometer un delito de descubrimiento de revelación del secreto profesional.

Y ahora voy a referirme a un problema que me parece que, de algún modo, está en la base de todas las discusiones que se puedan hacer sobre la revelación del secreto profesional como delito o como hecho tipificado en el Código Penal en algún caso -muchos como vemos- justificado. Y es que yo creo que cuando se habla del secreto profesional médico se habla de una medicina antigua, de una medicina no especializada, de una medicina de médico de cabecera, que era el que reunía todo el saber sobre la intimidad de un paciente. Y de una medicina fundamentalmente privada. Ahora hay también medicina pública, ahora hay también medicina de empresa y, naturalmente, existe el médico funcionario público, como pueda ser el médico del registro civil o el médico forense. Pero es que además hay especialidades muy concretas, especialidades que tienen que ver directamente con la intimidad más íntima -perdóneme la expresión y la redundancia- del paciente, y especialidades que tienen muy poco que ver con la intimidad del paciente.

Hablar del secreto profesional médico sin distinguir entre una enfermedad venérea, una enfermedad mental y la reducción de una fractura del dedo índice de la mano derecha es, de algún modo, no darse cuenta de una cantidad de matices que nos obliga a, por ejemplo, pedir un tratamiento especial para el descubrimiento del secreto del paciente aquejado del SIDA y, sin embargo, a nadie se le ocurre decir lo mismo respecto al descubrimiento de la implantación de una muela o de una prótesis dental.

Naturalmente que todo puede tener que ver con la intimidad, pero unas veces más que otras. Y yo creo que esto es lo que sucede, por ejemplo, también en relación con la medicina de

empresa. Se puede revelar cualquier enfermedad a otra persona, a un organismo privado, a una empresa, pues en la medida en que el sujeto va a hacer un seguro de vida y entre los requisitos está el no padecer una determinada enfermedad, en la medida en que esto esté reglamentado y figure en las bases del contrato. El contrato podrá ser o no ser discutible: el tema de la cláusula de que si el sujeto es o no seropositivo, o persona aquejada de SIDA, es un tema discutible. Hasta qué punto -creo que ya se han pronunciado los tribunales de lo civil en esta materia- es o no obligatorio decir que esa enfermedad exista. Pero el médico que trabaja para la empresa, si detecta esa enfermedad, difícilmente, porque tiene un deber también de fidelidad con la empresa en la que trabaja, puede negar este dato a la empresa. Y ahí tenemos una especialidad que a lo mejor permite decir lo que en otras especialidades, o en otro tipo de praxis médica, no se puede decir. Y no digamos ya del médico forense. No ejerzo la carrera, pero sí he tenido muchas relaciones con profesionales y con temas penales, sobre todo con aquello que nos caracteriza más a los penalistas, que son los delitos contra la vida. No he visto una agresión más fuerte a una intimidad que una autopsia. Cuando una persona muere, y muere de manera violenta, automáticamente es descuartizada. Y no sólo en el sentido anatómico de la palabra sino en el sentido de su intimidad. Inmediatamente hay que saber dónde estuvo el día antes, con quién estuvo, con quién habló, en qué casa estaba, quién era esa persona con la que estaba a tal hora en tal sitio, cosa que no sabía su mujer, o no sabían sus familiares. Tantas otras cosas que convierten al sujeto, en su intimidad, en un objeto que sale, ya no sólo a los medios procesales estrictos de un sumario, sino a los medios de comunicación. Realmente, hoy en día -no voy a entrar en ese tema, que ya sería más del tema del descubrimiento y revelación de secretos como por parte de los funcionarios- el que el secreto sumarial sea un secreto a voces programado y casi televisado por los medios de comunicación televisivos, etc., es algo que todos conocemos y que, desde luego, deja muy mal parado el tema del derecho a la intimidad. Pues bien, un médico forense, que sólo va a dar datos al sumario, en principio tiene, como es lógico, que entrar en la intimidad más peculiar del enfermo o del muerto, del cadáver, respecto incluso a saber lo que había comido el día antes, qué datos anatómicos presentaba, etc. Cuando una persona es llamada a una rueda de reconocimiento acusada de un delito de corrupción de menores, y su imagen ha salido en todos los medios de comunicación, y ese día es convocado porque es feria de Sevilla y hay 50 periodistas que están pendientes de ese hecho, lo menos que puede hacer es negarse a asistir, a pesar de que se le comine con cárcel. Yo creo que realmente estos son problemas de muy difícil solución *a priori*. Sería ideal que hubiera una ley que regulara las posibilidades que tiene el médico de revelar lícitamente el secreto que ha obtenido, o los datos de la intimidad que obtiene en base al ejercicio profesional, pero desde luego son muchas y muy diversas las situaciones y, quitando los casos más conflictivos, o de máxima transcendencia en estos momentos, me parece que no vamos a salir nunca de los principios generales y de las elucubraciones teóricas que después serán o no utilizadas según su grado de racionalidad y de convicción por los tribunales a la hora de

formar una decisión y, por lo tanto, una sentencia absolutoria o condenatoria por lo que haya hecho el médico en cuestión.

Naturalmente que el tema lo voy a dejar aquí porque tengo que hablar todavía de la falsedad documental. Si quieren ustedes, por vía de *tercium comparationis*, ya que he hablado de los abogados y de los médicos, decirles que, sin embargo, el legislador constitucional fue muy sensible respecto a los derechos que tienen los periodistas para no revelar fuentes de información. El artículo 20.1.d de la Constitución consagra el secreto profesional de los periodistas en el ejercicio de la libertad de información. Bueno, la libertad de información es muy importante para una democracia pero parece que aquí los periodistas han conseguido más que ningún otro gremio profesional. Quizás aquí de lo que se trate no es tanto de hechos que afecten a la intimidad como de salvaguardar el indudable e importante -indudablemente importante- derecho a la libertad de información. Aun así, y dicho también de paso, falta la ley general que regule el secreto profesional de los periodistas, a pesar de que a él -o a esa ley alude- ese artículo 20.1.d de la Constitución que, igual que otros, sigue sin estar desarrollado a nivel legislativo ordinario. Por supuesto decirles que estos delitos sólo son perseguibles a instancia de la persona agraviada, salvo que se trate de menores o personas incapaces o desvalidas, en cuyo caso podría denunciar el ministerio fiscal.

También hay ahí una cláusula que no acabo de entender muy bien, que se da en los delitos económicos de que pueda intervenir el ministerio fiscal cuando se trate de delitos de esta naturaleza que afecten a los intereses generales o a una pluralidad de personas. Y es porque se ha incluido también, entre los sujetos pasivos de estos delitos -posibles sujetos pasivos- a las personas jurídicas (artículo 200 en relación al artículo 201). De todas formas, el carácter privado de estos delitos se ve en que si además hay perdón de la parte agraviada -perdón que se obtiene muchas veces pagando una indemnización, o yendo la cuestión por la vía civil- el hecho deja de ser castigado en cualquier momento procesal en que se encuentre.

Y paso muy brevemente a exponer el tema de la falsedad documental. No son ya novedades, porque en esta materia no hay grandes diferencias en el tratamiento o las hay pero en otra dimensión distinta al tema médico en relación con las falsedades documentales, que tienen relación con el tema del que me acabo de ocupar en la medida en que viene así impuesto en el título de la conferencia. Realmente, igualmente podría haber tratado de cualquier otro tema, puesto que no está muy relacionado con el que acabo de tratar.

Pues sí, aquí en el Título XVIII nos encontramos con una regulación de las llamadas falsedades y, sobre todo en el Capítulo II de ese Título XVIII, con las falsedades llamadas documentales. En sus distintas vertientes de falsificación de documentos públicos, oficiales y mercantiles, y de los despachos transmitidos por el servicio de telecomunicación de la falsificación de documentos privados y de la falsificación de certificados.

Puntualmente, dos o tres cuestiones que me parecen interesantes en relación con el ejercicio de la práctica médica. Puede ser que el médico actúe como funcionario público. Es lo que sucede con el caso del médico que da un certificado de defunción, porque es médico del registro civil o es médico forense. Hay una particularidad interesante que antes podía ser discutible y ya el nuevo Código ha resuelto -creo que correctamente- que es: ¿hasta qué punto es punible la imprudencia? Puesto que en las falsedades de esta naturaleza, muchas veces, lo que se daba era una conducta imprudente. El médico no se levantaba para ir a ver el cadáver, simplemente por las razones que fueran, y daba el certificado sin siquiera conocer de qué podía haber muerto ni siquiera conocer al muerto. Este hecho, que podía darse con cierta frecuencia y tener un tratamiento puramente disciplinario, se planteaba en términos penales en base a si en la falsedad de ese tipo de documentos -certificados de defunción- cabía la punibilidad de la conducta meramente imprudente.

Yo no creo que fuera meramente imprudente. A veces los jueces decían que era imprudente lo que era evidentemente doloso. Decían que era imprudente para evitar un castigo muy duro, como es el que se prevé -y se preveía- para las falsificaciones cometidas por funcionarios públicos sobre documentos oficiales o públicos. Por ejemplo, un notario que dice que conoce a la persona que ha comparecido para hacer un determinado contrato en su notaría. Y no sólo no la conoce sino que además no ha comparecido. Pero ese notario sabe muy bien que esa persona, en ese momento, está incapacitada, y de lo que se trata es de que los hijos cobren o reciban una herencia de la que a lo mejor el notario se iba a llevar una parte sustanciosa. Yo creo que esos hechos no son de falsedad por imprudencia sino que son dolosos, y que sólo la generosidad de los tribunales -algunas veces muy generosos con ese tipo de acusados- llevaba a la condena por falsedad por imprudencia.

Lo mismo una condena en un asunto muy interesante al final del franquismo (el caso del aceite de La Redondela), en la que se condenó por falsedad por imprudencia al inspector de la CAD que estampó en el acta unos datos suministrados por la empresa concesionaria. Decía que había aceite en los depósitos y lo que había era agua, pero nunca subió a comprobarlos, como era su deber. Naturalmente se supone, aunque no se pudo demostrar, que previamente había recibido algún sobre.

Y está finalmente, y ya eso sí se refiere al médico del registro civil, que certifica como natural una muerte que evidentemente se había producido violentamente (STS de 13 de diciembre de 1985). Se trataba de un caso en una barriada de Sevilla -Torreblanca- en que una familia de gitanos habían matado a un pariente por razones familiares. Le habían golpeado brutalmente hasta producirle la muerte. Entonces, cuando tuvieron que pedir el certificado, el médico del registro civil llegó y vio un ambiente un tanto enrarecido, no se atrevió a entrar -parece que tampoco le dejaron-, pero él, para evitarse problemas, simplemente firmó en la puerta sin que llegar a ver el cadáver que después, por denuncia, se tu-

vo que exhumar y se comprobó que efectivamente había muerto de manera violenta.

Hay también una condena de un médico suplente que no había hecho una autopsia ni había visto quizás un muerto, y sin embargo certificó que lo había hecho. En estos casos, que yo creo que son de falsedades evidentemente dolosas, sin embargo se utilizaba la vía de escape de la imprudencia para no imponer sanciones que realmente iban de 6 años de cárcel para arriba -de 6 a 12 años- y que, además, suponían inhabilitación por ese tiempo.

Bien, el problema se ha resuelto. Y, en todo caso, aunque parezca contradictorio -y de algún modo lo es- con el propio concepto de falsedad -que se pueda cometer una falsedad por imprudencia- el artículo 391 del nuevo Código Penal dice que "la autoridad o funcionario público que, por imprudencia grave, incurriere en alguna de las falsedades previstas en el artículo anterior, o diere lugar a que otro las cometa -esa es una cosa un tanto discutible- será castigado con la pena de multa de 6 a 12 meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de 6 meses a 1 año", lo cual es un tratamiento bastante generoso -no muy duro- con los funcionarios, médicos por ejemplo, que puedan tener que ver con la confección de un documento público u oficial.

Y ahí sí que entra un segundo problema: ¿qué es documento oficial a los efectos de aplicación de este delito de falsedades? Por supuesto lo son las recetas de la Seguridad Social, por supuesto lo son las recetas de la beneficencia. ¿Lo es también la receta privada? El problema es interesante porque, a diferencia de lo que sucede con los documentos privados, que es lo que en principio sería la receta en un acto de medicina privada, la falsificación de documento público u oficial es mucho más severa, y cabe además que se castigue como falsificación el simple faltar a la verdad en la narración de los hechos. Lo que se llama una falsedad ideológica, que no es punible cuando se trata de documento privado.

Bien, yo creo que, en principio, la receta, en un acto de medicina privada -la receta que no es receta de estupefacientes ni es la receta de la Seguridad Social-, debería tener tratamiento de documento privado, y que su falsedad tendría que tener el régimen de la falsedad en documento privado. Es decir, sólo punible cuando se emplee como forma de perjudicar a un tercero, como medio para cometer una estafa.

Pero, bueno, esta opinión podría defenderla si no fuera porque este problema lo ha resuelto la jurisprudencia desde hace tiempo, apoyándose en una reglamentación que existe sobre la forma de realización de las recetas (una orden ministerial del año 77).

Existe una sentencia de 11 de junio de 1982 que dice que al amparo de esa orden del 77, que incluye un anexo en el que

prácticamente todos los productos médicos exigen receta, y dice cómo hay que recetar, y da el formulario para la receta -que después se pueden hacer por la vía de una imprenta privada-, desde ese momento el documento tiene el carácter de oficial. Y, por lo tanto, la persona que lo falsifica realiza una falsedad en documento oficial. Es discutible, o no lo sería, si no fuera porque esta sentencia de 11 de junio del 82 creó jurisprudencia y desde entonces se viene entendiendo que también las recetas de los productos farmacéuticos mencionados en el anexo a la orden de 1977 -la fecha exacta no la tengo aquí- es documento oficial. Eso dice el legislador. Amén. No se puede decir otra cosa ni yo tengo datos para discutirlo.

En todo caso, y sí ya para terminar definitivamente, una muy breve referencia a la falsificación de un documento que sí tiene una importancia grande en el ámbito de la práctica médica que es la falsificación del certificado (artículo 397), que tipifica o castiga con la pena de multa de 3 a 12 meses al facultativo que librare certificado falso. Qué duda cabe que el certificado es importante, pues para eximir a alguien de un servicio público o para constatar de algún hecho que es necesario para la práctica de la conducción de un vehículo de motor, para obtener la licencia de armas, etc.

Aquí, sin embargo, se ha producido una ampliación enorme respecto al Código Penal anterior. Es verdad que el delito no es muy grave. El certificado tiene un tratamiento específico -certificado siempre que no sea de documento público, certificado emitido privadamente-, pero antes, en este delito, había una cláusula que se ha eliminado en la nueva redacción: antes se exigía que este libramiento de certificado falso fuera con ánimo de eximir a una persona del cumplimiento de un servicio público. De hacer la mili, por ejemplo. Pero ahora ese requisito se ha eliminado, con lo cual, lo que yo decía antes, y conmigo -y yo con ella- toda la doctrina de que cuando hubiera otra finalidad a la hora de hacer un certificado, como por ejemplo fuera un certificado para participar en una oposición, sacar el carnet de conducir o obtener una licencia de armas, no entraba dentro del tipo delictivo que exigía esa finalidad de eximir a alguien de un servicio público, ahora evidentemente sí entra, con lo cual se ha ampliado enormemente la posibilidad de exigir responsabilidad penal en base a ese tipo delictivo al facultativo que, además, sea dicho de paso, cuando fuera autoridad o funcionario público al mismo tiempo, sería punible conforme a lo que dispone el artículo 398 en una pena de suspensión en lugar de la pena del artículo 397.

Y hasta aquí -con una hora, que es lo que se me había pedido que hablara, pero que yo creo que ya es demasiado- los problemas más importantes que se me ha ocurrido tratar en relación con los dos temas que me han caído, como los toros, en suerte. Espero que ustedes hayan podido llegar al final sanos y salvos, y aquí quedo a su disposición para que podamos dialogar, si les parece, sobre lo que aquí hemos tratado. Nada más y muchas gracias.

GENÉTICA Y DERECHO PENAL: LOS DELITOS DE LESIONES AL FETO Y RELATIVOS A LAS MANIPULACIONES GENÉTICAS

Dr. iur., Dr. med. Carlos María Romeo-Casabona

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de La Laguna (Tenerife)

Director de la Cátedra de Derecho y Genoma Humano,

Fundación BBV - Diputación Foral de Bizkaia

Universidad de Deusto (Bilbao)

Los avances en el conocimiento del genoma humano y las posibilidades de intervención sobre él por medio de la ingeniería genética, del ADN recombinante, han planteado nuevas necesidades de protección jurídica de los bienes jurídicos implicados o de reforzar la misma, en el caso de contarse ya con tal protección. En este sentido, son imaginables en el ámbito de la genética diversos caminos de regulación escalonada intensiva y extensiva completamente diferentes pero probablemente complementarios (1): empezando por el auto control individual o deontológico de la comunidad investigadora, pasando por garantías administrativas de carácter procedimental, hasta llegar a la introducción de tipos civiles de protección -o al fortalecimiento de tales instrumentos- o, incluso, en caso necesario, de prohibiciones penales. En efecto, pensamos que si bien es cierto que en otros ámbitos de la actividad humana también está abierta esta forma de regulación plural y escalonada con diferentes niveles de intensidad, no lo es menos que tal procedimiento está especialmente indicado en relación con la Biotecnología y las Ciencias Biomédicas en general, de modo que se flexibilice adecuadamente su acción en aras a la mayor libertad posible en la investigación y que se prevengan al mismo tiempo también eficazmente las derivaciones de ella no deseables socialmente.

1) Según proponen Jean L. BAUDOUIN, *Límites penales de la experimentación en genética*, en Fundación BBV (ed.), "El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano", III, Bilbao, 1995, pp. 163 y ss.; Albin ESER, *Genética humana desde la perspectiva del Derecho alemán* (trad. C. M. Romeo Casabona) en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 1985, pp. 363 y s.; Alberto SILVA FRANCO, *Genética Humana e Direito*, en "Bioética", vol. 4, nº 1, 1996, p. 23; Emilssen GONZÁLEZ DE CANCINO, *Los retos jurídicos de la genética*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 89, para quien en Colombia no existe un espacio libre de derecho (p. 90), Ferrando MANTOVANI, *Manipolazioni genetiche*, en "Digesto", vol. VII, Penale, 4ª ed., UTET, Torino, 1993, pp. 21 y ss.; Carlos María ROMEO CASABONA, *Límites penales de la manipulación genética*, en Fundación BBV (ed.), "El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano", III, Bilbao, 1994, p. 177.

1. CRITERIOS POLÍTICO-CRIMINALES GENERALES

1.1. La necesidad de la vinculación a los principios de intervención del Derecho Penal contemporáneo

En una materia tan nueva como la que nos ocupa la intervención del Derecho Penal debe regirse de acuerdo con sus principios rectores tradicionales, pero tal y como son concebidos en la actualidad(2), esto es, atender a la función del Derecho Penal y a los principios de intervención mínima y *ultima ratio*(3). Sin embargo, en la todavía escasa actividad legislativa comparada abundan ejemplos de la tendencia contraria (4). Por el contrario, en esta materia es de suma importancia mantenerse fiel a los principios de que al Derecho Penal le sigue correspondiendo la exclusiva tarea de protección de bienes jurídicos, es decir, de los bienes, valores e intereses fundamentales pertenecientes al individuo y a la comunidad, frente a las conductas que los lesionen o pongan en peligro, siempre que impliquen al mismo tiempo una infracción grave de las

2) Sobre lo que sigue, v. más ampliamente José CERESO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. I Parte General*, 4ª ed., Ed. Tecnos, Madrid 1994, pp. 11 y ss.

3) En este sentido, GONZÁLEZ DE CANCINO, *Los retos jurídicos de la genética*, cit., p. 221; Raimo LAHTI, *Criminal Law and Modern Bio-Medical Techniques. General Report*, en "Revue Internationale de Droit Pénal", v. 59, 1988, p. 611; Jaime M. PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 71 y ss.

4) En efecto, tanto la Ley alemana sobre Protección de Embriones (*Gesetz zum Schutz von Embryonen -Embryonenschutzgesetz*), de 13 de diciembre de 1990, como la francesa relativa a la Procreación Médicamente Asistida y el Diagnóstico Prenatal, de 1994 (nº 654), contienen numerosos delitos, y la última de ellas conductas que deberían haberse mantenido dentro de lo ilícito administrativo, en particular las infracciones de naturaleza procedimental.

normas ético-sociales vigentes en la sociedad en un momento determinado, pero que el recurso al Derecho Penal debe reservarse frente a los ataques más intolerables a los bienes jurídicos de especial importancia y únicamente cuando sea estrictamente necesario por ser insuficientes otros instrumentos jurídicos no penales (Derecho Administrativo, Civil, etc.).

Por consiguiente, también en relación con las actuaciones en el genoma humano deben mantenerse estos criterios, de modo que en numerosas ocasiones la intervención del Derecho Penal será accesoria o inexistente, por no detectarse motivos suficientes para ello, en especial si otros sectores del ordenamiento jurídico pueden satisfacer plenamente las necesidades de protección de bienes o intereses o de limitación de las actividades no deseables; por el contrario, la llamada al Derecho Penal será inevitable -pero siempre excepcional- cuando se trate de conductas particularmente graves frente a bienes o valores dignos de una protección reforzada. Por consiguiente, y como señalaba más arriba, el primer filtro limitador y sancionador debe obtenerse de las leyes que regulan, limitan y sancionan los procedimientos vinculados con la reproducción asistida (no ésta en sí misma), la ingeniería genética y la utilización de gametos y embriones humanos con fines de investigación, así como de microorganismos modificados genéticamente; en el caso español por las Leyes sobre Técnicas de Reproducción Asistida(5) y de Donación, Utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos(6) y Utilización confinada, Liberación voluntaria y Comercialización de organismos modificados genéticamente(7). La misma función filtradora corresponde a la reparación civil del daño producido(8).

De todos modos, a pesar de que son conceptualmente claros estos criterios en la práctica resultan difíciles de concretar, en cuanto que deben reflejar las concepciones ético-sociales vigentes en la comunidad en relación con las diversas derivaciones y consecuencias de los descubrimientos y actuaciones en genoma humano, y por el momento no es todavía fácil encontrar puntos de acuerdo más o menos generalizado. Por otro lado, perspectivas diversas sobre la concepción del Derecho Penal -aun partiendo por lo general del núcleo común acabado de exponer-, pueden provocar que su intervención se adelante o se retrase. Así, si se acentúa su función preventiva, atendiendo a la racionalidad del fin (concepción utilitaria), puede dar lugar a la criminalización de conductas que constituyen un peligro para los bienes jurídicos que se pretenden proteger, incluso, cuando tal peligro es meramente potencial, sin necesidad de que se haya producido en el caso concreto (delitos de peligro abstracto); mientras que la orientación a la racionalidad de los valores, pondrá el énfasis en los derechos

y bienes del individuo y en los ideales de humanidad y justicia(9), lo que facilitará una contención de la criminalización. Otros sectores apelan a la función simbólica del Derecho Penal, en estos supuestos como refuerzo moral frente a conductas desviadas, o a la función de demostración del error moral de la conducta y de enfatización de su función declaratoria, afirmando los límites de tolerancia de la sociedad(10). Por fin, y también en relación con las Ciencias Biomédicas, se ha querido destacar la función reguladora del Derecho Penal, anteponiéndola a la sancionadora (ésta misma cumpliría aquella función reguladora), de modo que determinadas conductas no estarían criminalizadas directamente, sino que estarían autorizadas bajo el cumplimiento de ciertas condiciones y procedimientos, cuya infracción podría dar lugar a la criminalización, de modo semejante a como sucede en cierta medida con el Derecho Penal económico(11).

Los anteriores puntos de vista confirman la complejidad y dificultad para encontrar criterios político-criminales adecuados, pero al mismo tiempo ponen de manifiesto el riesgo de expansión del Derecho Penal y de desviación de su función esencial y de los principios de intervención. Sin embargo, no debería apartarse de ellos, como tampoco de la aspiración hacia los ideales mencionados de justicia y humanidad. Por consiguiente, una vez establecido este marco, para poder seguir avanzando decíamos que es preciso detectar y delimitar los bienes jurídicos o valores o intereses que pueden verse afectados por las actuaciones en el genoma humano; únicamente después de haber logrado esta identificación es posible analizar las conductas que puedan atentar contra aquéllos, medir su gravedad y adoptar a continuación la decisión político-criminal oportuna. En cualquier caso, no puede aspirarse a soluciones definitivas, primero porque todavía no se conocen de modo suficiente los resultados a que pueden dar lugar las aplicaciones -algunas todavía no practicables- derivadas de los conocimientos sobre el genoma humano; en segundo lugar, porque lo que en la actualidad puede mostrarse indeseable y desviado puede no ser percibido así en el futuro, en particular si son evitables los efectos no deseables. Por otro lado, debe tenerse presente que numerosas manipulaciones genéticas que describe la literatura científica se admiten como posibles desde una perspectiva teórica o hipotética, pero todavía no son técnicamente realizables, lo que suscita la cuestión de si la función preventiva del Derecho Penal (merecimiento y necesidad de pena) debe adelantarse incluso a la manifestación misma de tales hechos.

1.2. Los bienes jurídicos implicados

Como venimos proponiendo, la tarea consistiría ahora en detectar cuáles son los bienes jurídicos implicados por las intervenciones en el genoma humano, qué clase de protección

5) Ley 35/1998, de 22 de noviembre.

6) Ley 42/1988, de 28 de diciembre.

7) Ley 15/1994, de 3 de junio.

8) V. ROMEO CASABONA, *Límites penales de la manipulación genética*, cit., pp. 183 y s.

9) V. sobre estos planteamientos, LAHTI, *Criminal Law and Modern Bio-Medical Techniques. General Report*, cit., p. 611.

10) V. LAHTI, lug. cit., p. 612.

11) V. LAHTI, lug. cit.

gozan en el ordenamiento jurídico, con el fin de poder señalar más adelante cuáles son las carencias, así como decidir a qué instrumentos jurídicos hay que acudir para garantizar su adecuada protección, según su importancia y las formas de agresión que pueden experimentar, sin que, como apuntábamos más arriba, el recurso al Derecho Penal sea siempre necesario. Pueden verse afectados bienes jurídicos, intereses o valores individuales o colectivos. Por consiguiente procede ahora mencionar brevemente cuáles son(12).

Las corrientes humanistas y neopersonalistas de las últimas décadas han puesto el acento en el reconocimiento de dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad como valores individuales del ser humano de primera magnitud(13), valores que frecuentemente aparecen como trasfondo en numerosos aspectos concernientes a la genética humana. La Constitución española de 1978 los ha incorporado de forma expresa en el art. 10.1: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social". El recurso frecuente, indiscriminado y tal vez abusivo a estos valores, sumado al descuido por lo general del estudio de su acotación y función precisa en el conjunto del texto constitucional, no debe hacernos perder la perspectiva de su importancia intrínseca. Baste resaltar aquí su función de proyección sobre los demás derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución española recoge (como de modo semejante puede operarse en otras Constituciones de estructura similar), de modo que aquéllos permiten dar a éstos un mejor sentido interpretativo y cohesión, más que concebirllos (la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad) como derechos fundamentales autónomos(14). Por otro lado, el principio de igualdad ante la ley, pero sobre todo, su derivación de no discriminación (por razón de nacimiento, raza,

sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, según el art. 14 de la Constitución española) se elevan también a un primer plano por la potencialidad discriminatoria que pueden propiciar algunas aplicaciones derivadas del conocimiento del genoma humano.

La mayor parte de los bienes jurídicos de titularidad individual que pueden verse implicados por las actuaciones en el genoma humano han encontrado un reconocimiento expreso por parte de las constituciones modernas y de las declaraciones y convenios internacionales relativos a los derechos humanos; el mismo Derecho Penal les ha conferido tradicionalmente una especial protección. Así sucede con la vida humana, con la integridad personal (física y mental), con la libertad de decisión o autodeterminación y con la intimidad, bienes jurídicos que gozan todos ellos de protección penal directa frente a casi todas o las más importantes formas de agresión a los mismos. Sin embargo, como trataremos de demostrar más abajo, no siempre sucede así. Otros bienes jurídicos han experimentado una fluctuación en cuanto a su protección, pero se va poniendo el énfasis en los últimos años en la necesidad de intensificar aquélla, a la vista de nuevas formas de agresión que eran impensables con anterioridad o parecían de escaso relieve, como sucede con la vida y la integridad corporal y psíquica (futura) del concebido.

Junto a los anteriores bienes jurídicos individuales se van perfilando otros de carácter colectivo, o que al menos presentan esta proyección supraindividual autónoma que afecta a diversos aspectos de la especie humana, y por tal razón diferente de los concretos intereses individuales comprometidos. En efecto, las acciones que pueden realizarse en el genoma humano a partir de su conocimiento, es decir, las manipulaciones genéticas y la ingeniería genética del ADN recombinante, ponen de relieve que dichas conductas, aunque puedan recaer sobre individuos concretos, afectándoles incluso de forma directa, les trascienden al poder afectar también a la propia especie humana, a su integridad, identidad, inalterabilidad y diversidad. Por ello despiertan recelos y se rechazan la eugenesia positiva perfecta o de mejora de ciertos rasgos genéticos y no meramente terapéutica, las manipulaciones genéticas con propósitos raciales o racistas y las que degradan de algún modo la especie humana, por ejemplo, al mezclarla genéticamente con animales; se pretende evitar el resurgimiento modernizado -tanto en sus posibilidades técnicas como en su ideología- de las corrientes eugenésicas del primer tercio de este siglo. Incluso las intervenciones en los genes humanos con fines terapéuticos, aunque se tiende a aceptar su licitud, tampoco dejan de despertar recelos y plantear dudas en la medida que presenten esa potencialidad de incidir sobre la especie humana alterando su genoma fuera de ciertas circunstancias; posibilidad ésta abierta en relación con la terapia o cualquier otra intervención genética en la línea germinal, que a su vez vuelve a plantear la discusión de su utilización como medio preventivo de fortalecimiento de la raza humana frente a determinadas enfermedades con el fin de hacerla más resistente a ellas (p., ej., el cáncer u otras producidas por virus); o en su vertiente de eugenesia negativa de eliminación del material genético pa-

12) V. sobre el particular, más ampliamente, ROMEO CASABONA, *Límites penales de la manipulación genética*, cit., pp. 187 y ss.

13) V. Carlos María ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Ed. CERA, Madrid, 1994, pp. 44 y ss. y 67 y ss.

14) V. en este sentido, José M. VALLE MUÑIZ / Marisé GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal*, en "Poder Judicial", nº 26, 1992, pp. 126 y s. V. sobre la cuestión, Regino MATEO PARDO, *La "dignidad de la persona humana" y su significación en la Constitución española de 1978 a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en "Escritos Jurídicos en Memoria de Luis Mateo Rodríguez", Universidad de Cantabria, 1992, pp. 341 y ss. (pp. 348 y ss.). V., no obstante, Ferrando MANTOVANI, *Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados sistemas de control y técnicas de tutela*, en "Rev Der Gen H", nº1, 1994, pp. 93 y ss., y el "Schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale", de 1992, en Italia, que prevé un título (el IV) que acoge la dignidad del ser humano como bien jurídico autónomamente protegido, entre los que se encuentra un capítulo dedicado a los delitos "contra la identidad genética" (art. 65). V. el texto completo de este Schema en "L'Indice Penale", nº_3, 1992, pp. 579 y ss. (642 y s.), y comentarios en PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit., 210 y ss.

tológico(15). Dentro del espíritu de moratoria que parece aconsejable en estos momentos, hasta conocer mejor las consecuencias o efectos que pueden derivarse de las intervenciones en la línea germinal, tampoco es oportuno pronunciarse de forma definitiva sobre esta propuesta eugenésica, mientras no estemos en condiciones de conocer mejor sus posibilidades y efectos y en su caso controlar los no deseables, pues se trata de una posibilidad que en el plano puramente especulativo debe valorarse en principio favorablemente.

Pero la pregunta que sigue en pie es si realmente hay bienes colectivos nuevos además de los individuales dignos de protección por el Derecho y en su caso merecedoras de pena las conductas que atenten gravemente contra ellos. Podría pensarse, según lo indicado, en determinados bienes que afecten de modo genérico a la humanidad(16), de modo semejante a como se ha entendido tradicionalmente en relación con el derecho de gentes y los delitos de genocidio. Así lo entienden también el Consejo de Europa y la UNESCO, en los respectivos instrumentos internacionales que se están elaborando en su seno, pues aluden explícitamente a la especie humana como posible perjudicada por las intervenciones en el genoma humano(17).

Sobre estos bienes jurídicos me he ocupado en otro lugar(18), con las diversas matizaciones que requieren, por lo que bastará ahora con enumerarlos: 1º la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético no patológico del

ser humano, para garantizar la integridad y diversidad de la especie humana; 2º la identidad e irrepetibilidad característica de todo ser humano, como garantía de la individualidad y la condición de ser uno mismo distinto de los demás; 3º la dotación genética doble, de la línea genética masculina y femenina; 4º la supervivencia misma de la especie humana.

Por consiguiente, en estos bienes genéricos se protegería la inalterabilidad de determinadas características de la especie humana al tiempo que su pluralidad y variedad genética frente a pretensiones eugenésicas o de otro tipo por medio de la Biotecnología o ingeniería genética, incluida la propia supervivencia de la especie humana en los casos más graves. En ocasiones estas decisiones de protección pueden constituir un medio instrumental para proteger al mismo tiempo valores democráticos basados en el pluralismo y en impedir el dominio de unos seres humanos sobre otros; es sabido que la indiferenciación, la homogeneidad y la docilidad de los ciudadanos ha sido siempre la tentación del Estado totalitario.

2. CONDUCTAS DE INTERVENCIÓN EN EL GENOMA HUMANO CON PELIGRO O LESIÓN PARA LOS BIENES JURÍDICOS

Una vez identificados los bienes jurídicos dignos de protección, es preciso comprobar cuáles son las conductas que pueden lesionarlos de forma grave o ponerlos en peligro frente a las cuales sea necesaria la configuración de delitos. Sólo vamos a referirnos aquí a las conductas que suponen una intervención en el genoma humano, incluso, aunque no comporten en sentido estricto una modificación en el mismo (como sucede con los análisis genéticos), pero no de las lesiones a otros bienes jurídicos en relación con el acceso indebido y la utilización no autorizada del conocimiento que aportan algunas pruebas genéticas. Por otro lado, según el criterio que se propone aquí, gran número de las intervenciones en el genoma recaen sobre el embrión preimplantatorio, aunque con ello se afecte a otros bienes jurídicos; no obstante, es preciso efectuar un estudio previo de la respuesta penal a las agresiones de que pueden ser objeto el embrión o el feto, como desarrollo y concreción de los criterios de protección que he formulado en otro trabajo(19).

2.1. Algunos problemas específicos en relación con el embrión y el feto humanos

Las legislaciones actuales muestran por lo general una insuficiencia para proteger al concebido en los diversos estadios de su desarrollo, incluidas las manipulaciones genéticas que recaigan sobre él o sobre los gametos o el cigoto,

15) V. matizaciones en Albin ESER, *La moderna medicina de la reproducción e ingeniería genética. Aspectos legales y sociopolíticos desde el punto de vista alemán*, en "Ingeniería Genética y Reproducción Asistida" (M. Barbero, ed.), Madrid, 1989, p. 294.

16) Noëlle LENOIR, *Aux frontières de la vie: une éthique biomédicale à la française*, T.I. La Documentation Française, Paris, 1991, p. 81, sostiene que "el genero humano es en sí un valor".

17) Así, el Consejo de Europa, en su Proyecto de Convenio sobre la Protección de los derechos humanos y la dignidad de la persona respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina: Convenio de Bioética, proclama: "Convencidos de la necesidad de respetar al ser humano no sólo como individuo sino también en su pertenencia a la especie humana, y reconociendo la importancia de garantizar su dignidad" (Preámbulo). Y la UNESCO, en su Anteproyecto de Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos de la persona humana proclama a su vez que: "El genoma humano es un componente fundamental del patrimonio común de la humanidad" (principio 1º, versión de 21 de febrero de 1996); la versión anterior añadía la siguiente frase, suprimida en esta última: "...y necesita ser protegido para salvaguardar la integridad de la especie humana, como un valor en sí mismo, y la dignidad y derechos de cada uno de sus miembros".

18) V. ROMEO CASABONA, *Límites penales de la manipulación genética*, cit., pp. 203 y ss.; el mismo, ya anteriormente, *La persona entre la Biotecnología, la Bioética y el Derecho*, en "Folia Humanística", nº 276, 1986, p. 6. También a favor de esta configuración y distribución, PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit., p. 108. V., asimismo, y la interesante y fundamentada aportación de VALLLE MUÑIZ / GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal*, cit., pp. 119 y ss. (128).

19) V. ROMEO CASABONA, "El Estatuto del embrión y del feto", *Ética da Vida: Concepções e Debates*, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da vida, Lisboa, 1996, pp.131 y ss.

en particular si van a ser utilizados con fines de reproducción. El delito de aborto no responde satisfactoriamente frente a las nuevas formas de agresión contra el embrión o el feto que en épocas anteriores eran inconcebibles o infrecuentes. Sin embargo, como ya he señalado, no toda agresión ha de ser objeto de respuesta jurídica, ni mucho menos mediante la reacción penal. Por otro lado, parece imprescindible determinar con claridad a partir de qué instante desde el inicio de la gestación debe sustanciarse esa protección, pues hay razones biológicas, a las que se suman otras de componente ético y jurídico, que marcan una diferencia entre el momento de la concepción y fases posteriores, como es, en concreto, la de la culminación de la anidación, esto es, a los catorce días de ocurrir aquélla(20). A ese momento biológico se están vinculando ya algunas limitaciones y prohibiciones. Recordemos que esta orientación de protección está también presente de forma indudable en las leyes españolas sobre Donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos y sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida en relación con el embrión in vitro, aunque de modo parcial y podríamos añadir que insuficiente, al menos en algunos aspectos por ellas abordados.

a) El embrión preimplantatorio: protección del futuro ser y de la especie humana

Del mismo modo se suele urgir sobre la necesidad de otorgar alguna forma de protección jurídica, incluida en casos extremos la penal, al embrión obtenido in vitro todavía no transferido a una mujer e implantado en su endometrio con el fin de prevenir las manipulaciones (o algunas de ellas: las que no estén dirigidas a su propio beneficio -diagnósticas y terapéuticas- con el propósito de su posterior transferencia) de que puede ser objeto, bien es cierto que con argumentación no siempre coincidente, pero con la consecuencia de que el ámbito de lo punible se amplía o reduce, ya sea por entender que aquél merece protección en sí mismo, ya sea por verse afectada la posibilidad del libre desarrollo de la persona futura(21) o intereses que atienden a la propia humanidad como tal. En cualquier caso, las propuestas de protección penal -directa o indirecta- del embrión preimplantatorio no suponen necesariamente una contradicción con los sistemas legales de despenalización del aborto voluntario, sobre todo si se perfila correctamente el bien jurídico que realmente se pretende proteger. No obstante, parece existir acuerdo entre los juristas sobre la prohibición de la obtención de embriones in vitro con fines distintos a los de la procreación, así como la prohibición de transferir a una mujer un embrión preimplantatorio que haya sido sometido previa-

20) V. más extensamente sobre la cuestión ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., pp. 147 y ss.

21) VALLE MUÑIZ / GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal*, cit., pp. 123 y ss. (especialmente, pp. 125 y ss. y 132 y ss.), mantienen una postura restrictiva. Por el contrario, la Ley alemana de Protección de Embriones, se ha decantado por una amplia cobertura penal, hasta cierto punto censurable.

mente a cualquiera de estas manipulaciones (es decir, no dirigidas a su propio interés diagnóstico o curativo)(22) o permitir su desarrollo in vitro o extracorporal más allá de los catorce días (23), aparte de otras ya propuestas más arriba. Insistamos una vez más en que esta triple barrera constituye un auténtico muro de contención frente a un buen número de manipulaciones genéticas no deseables, correspondiendo en concreto a las dos últimas el objetivo prioritario de impedir el nacimiento (en el útero materno o en el laboratorio en todo caso) de un ser humano manipulado. Por tanto, la configuración de nuevos tipos penales ha de responder a este propósito, excluyendo de este ámbito -aunque no del administrativo- cualquier otra forma de protección directa del embrión viable no implantado.

b) Intervenciones fetales y causación de la muerte del feto

Veamos a continuación las intervenciones en el feto que pueden afectar a su integridad corporal o psíquica, lo cual es cada vez más factible. Así, el caso de que se practique un aborto tomando como presupuesto un dictamen erróneo por parte del especialista (falso positivo) al realizar el diagnóstico prenatal. La situación sería la de un comportamiento previo negligente (el del especialista que emite el dictamen) que provoca la realización del aborto doloso por un tercero (el médico o profesional sanitario que lo realiza) que ha observado sus propios deberes de cuidado, al asumir la corrección del dictamen emitido por aquél, salvo que tenga indicios de su defectuosidad (principio de la confianza). A éste le afecta un error de prohibición, es decir, realiza un hecho típico en principio prohibido (el delito de aborto consentido), pero que puede ser lícito si se corresponde con alguno de los supuestos en los que la ley autoriza el aborto, por ejemplo, de acuerdo con un sistema de las indicaciones que acoga el aborto eugenésico o embriopático; pues bien, el dictamen incorrecto induce a creer al médico que el feto presenta deformaciones que le autorizan a practicar el aborto en ese caso. Lógicamente no incurre en responsabilidad: aunque practica el aborto consciente e intencionadamente -pero que en esta hipótesis no estaría permitido por no concurrir la indicación correspondiente-, se encontraría en un error, normalmente

22) V. ESER, *La moderna medicina de la reproducción e ingeniería genética. Aspectos legales y sociopolíticos desde el punto de vista alemán*, cit., p. 288; SILVA FRANCO, *Genética Humana e Direito*, cit., p. 19; Carlos M. ROMEO CASABONA, *La utilización de embriones y fetos humanos con fines de investigación genética u otros fines no terapéuticos*, en "Eguzkilore", Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, nº 5, 1992, pp. 151 y ss.; Hans-Ludwig SCHREIBER, *Der Schutz des Lebens durch das Recht an seinem Beginn und an seinem Ende*, en "Medizinrecht- Psychopathologie- Rechtsmedizin" (eds. H. Schütz, H.J. Kaatsch, H. Thomsen), Springer Verlag, Berlin, 1991, p. 127; VALLE MUÑIZ / GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal*, cit., p. 134, aunque estiman que no está justificada la intervención penal.

23) Limitaciones ya establecidas por la Ley 35/1988 en los arts. 3º, 14.3 (y art. 15 en conjunto) y 15.1.b, respectivamente. Recuérdense las infracciones que establece a este respecto.

invencible o inevitable (art. 14.3 del CP español), sobre la licitud de la conducta realizada .(24)

Para quien hizo el diagnóstico o dictamen defectuoso se trata de la hipótesis de la participación culposa en un hecho típico doloso, cuestión no resuelta pacíficamente por la doctrina, aunque por el momento comparto el criterio mayoritario de que dicha participación no es posible en los delitos culposos en general, tratándose en estos casos más bien de la autoría de un delito culposo. En cuanto a la posibilidad de considerarle autor mediato imprudente, se discute en la doctrina si es o no contraria esta figura a la naturaleza de la autoría mediata(25). En el Derecho español, como es sabido, el aborto culposo era atípico en el CP ya derogado, salvo el supuesto del art. 412 (el ocasionado violentamente, a sabiendas del estado del embarazo de la mujer, cuando no haya habido propósito de causarlo), en el que no podía subsumirse el aquí contemplado, y debíamos concluir en la solución de la impunidad, pues se entendía por la doctrina que la existencia de esa figura especial de aborto culposo implicaba la exclusión de la aplicación de la cláusula general de imprudencia del derogado art. 565 del Código Penal.(26) No obstante, en el CP de 1995 se ha introducido una figura de aborto por imprudencia grave más general(27), que ha de estimarse acertada en sus términos desde el punto de vista político-criminal, conforme a la cual el hecho que estamos estudiando sería típico. Por otro lado, debe recordarse de todas formas que al médico se le reconoce en su actividad diagnóstica un margen de error

24) Art. 14 del nuevo CP. Patricia LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, Bosch-SPICUM, Barcelona, 1990, pp. 329 y s., partiendo de su concepción sobre la naturaleza jurídica de las indicaciones, que entiende como supuestos específicos de exclusión de la responsabilidad por el hecho, considera que se trata de un caso análogo al error de prohibición, al que hay que aplicar las reglas referidas a dicho error.

25) V. una posición reciente a favor de ella, José Ulises HERNANDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en el Derecho Penal español*, Ed. Comares, Granada (en prensa). Téngase en cuenta que el CP de 1995 incluye ya de forma expresa la autoría mediata, con la duda de si su regulación es compatible con la comisión culposa: "Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro *del que se sirven como instrumento*" (art. 28; el subrayado ha sido añadido).

26) Sobre la situación anterior v., por ejemplo, Miguel BAJO FERNANDEZ, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delitos contra las personas*, 2ª ed., CERA, Madrid 1991, p. 171; Elena FARRE TREPAT, *Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente*, "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 1990, p. 350; Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, 1993, p. 96; Carlos M. ROMEO CASABONA, *La reforma penal del aborto: límite mínimo, figuras delictivas y sistema de las indicaciones*, en "Propuestas para la Reforma Penal", Centro de Estudios Criminológicos, La Laguna, 1992, pp. 141 y s.

27) Según el art. 146 del CP: "El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana. Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años. La embarazada no será penada por este precepto".

mayor (y debe admitirse más aún en el diagnóstico prenatal, dadas sus características actuales), y aunque se equivoque no podrá sostenerse en un buen número de casos que ha infringido sus deberes de cuidado, salvo que se deba a una auténtica falta de diligencia o de conocimientos o de cualificación (o de actualización en las técnicas o de aparataje y medios adecuados por parte del analista) para desempeñar esta labor, pero puede ser relevante para determinar una responsabilidad civil. En cualquier caso, del propio art. 417 bis del CP se deduce el reconocimiento, implícito en este caso, de un cierto margen de error mayor y no sólo de incerteza, al decir "que se presume"(28).

En segundo lugar, debemos abordar el tratamiento jurídico-penal que corresponde si se produce la muerte del feto como consecuencia de la toma de muestras o de las pruebas realizadas por el especialista para elaborar el diagnóstico, del tratamiento o de la experimentación fetal -de estar permitida por la ley- o por cualquier otro medio. Los peligros derivados de la propia naturaleza de la intervención (p. ej., la amniocentesis) hay que entenderlos incluidos dentro del riesgo permitido, siempre que se haya procedido a la adecuada ponderación de los riesgos y ventajas que incidan en el caso concreto, y no se habrá producido la inobservancia del deber de cuidado objetivo, elemento que configura el tipo del delito culposo. Si el profesional actuó, por el contrario, infringiendo tal deber de cuidado (por actuación negligente o por falta de preparación suficiente para realizar las pruebas) se plantea una vez más la cuestión de un aborto culposo. Como hemos visto, el anterior CP no preveía la punición del aborto culposo más que en un supuesto excepcional, y por ello la respuesta jurídica era la absolución por atipicidad de la conducta, cuestión que ha quedado plenamente resuelta en el sentido de la tipicidad en el CP de 1995. Si al practicar el aborto se produjera la muerte o lesiones en la madre no habría inconveniente para castigar la conducta por el delito de homicidio o lesiones culposas correspondientes, si concurren los elementos típicos de los mismos (arts. 142 y 152 del nuevo CP, respectivamente).

c) Lesiones fetales y muerte postnatal(29)

Otra hipótesis posible consiste en que el feto no muera como consecuencia de las acciones señaladas, pero que se le causen lesiones, las cuales se manifestarán una vez que haya nacido; incluso es posible que éste muera al poco de nacer. Aquí la cuestión es de nuevo la de la más que dudosa tipicidad de las llamadas lesiones fetales, si el ordenamiento jurídico que resulte aplicable no cuenta con un tipo delictivo es-

28) V. C.M. ROMEO CASABONA, *El diagnóstico antenatal y sus implicaciones jurídico-penales*, "La Ley", 1987, p. 9. El art. 417 bis del CP de 1973 continúa en vigor, v. Disposición derogatoria única, 1, a, del CP de 1995.

29) V. más ampliamente sobre lo que se trata en este epígrafe, Fátima FLORES MENDOZA, *El delito de lesiones al feto en el Código Penal de 1995*, en "Rev Der Gen H", nº 5, 1996 (en prensa).

pecífico, lo que veremos más abajo ha previsto el CP español de 1995. Con anterioridad a estas nuevas previsiones legislativas la doctrina española se había dividido en dos posiciones fundamentales opuestas, que vamos a recordar brevemente con el fin de comprobar la pertinencia de la inclusión del nuevo delito de lesiones fetales(30).

La primera de ellas venía entendiendo que era una conducta impune por atípica -es decir, no prevista como delito en el CP-, pues los delitos de lesiones corporales y de homicidio del CP español -también el CP de 1995-requieren que las respectivas acciones típicas se hayan infligido a una persona, es decir, a un ser humano ya nacido(31-32). Desde el punto de vista del principio de legalidad este criterio es el más adecuado, pues téngase en cuenta que el resultado se manifiesta o se produce después del nacimiento, pero la agresión -la acción- recae en el feto, que es un bien jurídico distinto; la singularidad de que hay una evolución, un tránsito, de un bien jurídico a otro no debe apartarnos la atención de quién es en realidad el que sufre la agresión, pues el momento del nacimiento, en el que se produce el cambio del objeto de la agresión (del feto al individuo), determina un corte en cuanto a la consideración del bien jurídico protegido (vida humana dependiente e independiente, respectivamente).

La segunda posición apuntaba a defender que concurría el tipo del delito de homicidio o de lesiones, según correspondiera, valiéndose de diversos criterios, como los que se suelen utilizar para la determinación del tiempo de la comisión del delito (teoría del resultado o de la ubicuidad)(33).

30) V. sobre los términos de la discusión, Marisé GONZÁLEZ, *Las lesiones fetales*, en "Cuadernos Jurídicos", nº 10, 1993, p. 10.

31) Pues en este sentido se interpretaba la palabra "otro" que utilizaba la Ley, y no sólo en el delito de lesiones corporales (art. 420 del CP de 1973: "El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental..."); en los mismos términos el art. 147 del CP de 1995), sino también en el de homicidio, donde aparece con más claridad todavía.

32) V. Antonio CUERDA RIEZU, *Límites jurídicopenales de las nuevas técnicas genéticas*, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 1988, pp. 420 y s.; FARRE TREPAT, *Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente*, cit., pp. 347 y 350; Pastora GARCÍA ÁLVAREZ, *Lesiones al feto. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1995*, en "Cuadernos Jurídicos", nº 43, 1996, p. 13; GONZÁLEZ, *Las lesiones fetales*, cit., p. 10; José Luís GONZÁLEZ CUSSAC, *Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal española*, "Rev Der Gen H", 3/1995, p. 81 y s.; Juan Felipe HIGUERA GUIMERA, *El Derecho Penal y la Genética*, Trivium, Madrid, 1995, p. 322; ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I*, cit., pp. 267 y ss. También de este criterio para el Derecho alemán, Hans LÜTTGER, *La distinción del embrión y feto frente a la calidad de persona en el proceso "Contergan"*, en "Medicina y Derecho Penal", Madrid, 1984, pp. 76 y s.; I. TEPPERWIEN *Pränatale Einwirkungen als Tötung oder Körperverletzung?*, Tübingen, 1973, pp. 143 y ss.

33) Así, BAJO FERNANDEZ, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delitos contra las personas*, cit., p. 25.

El Tribunal Supremo español se ha pronunciado recientemente sobre este problema en relación con el derogado CP de 1973, habiéndose decantado a favor de la tipicidad de estos supuestos como un delito de lesiones, en el caso, culposas(34). Revocando la sentencia absolutoria de la primera instancia, el TS condenó a una comadrona por haber omitido poner en conocimiento del ginecólogo de guardia la situación de una parturienta con evidentes señales de sufrimiento fetal, que tuvo como resultado una parálisis cerebral del niño nacido, imposibilitado para su propio desenvolvimiento en vida y necesitado de asistencia continuada de otras personas. De los hechos se deduce que hubo una infracción grave del cuidado objetivamente debido por parte de la condenada, el resultado lesivo para el niño y la relación de causalidad, y lo que acentúa su dramatismo es que los hechos ocurrieran durante el curso del parto, esto es, a punto de nacer el niño, tras un embarazo, según parece, normal.

Sin embargo, no pueden compartirse ni el fallo ni la línea argumental de la sentencia, tanto por los razonamientos de *lege lata* acabados de exponer más arriba, contrarios a la condena en estos casos para no vulnerar el principio de legalidad, como por las contradicciones que se aprecian en la misma, cuyos argumentos parecen en algún caso más bien de *lege ferenda*, y que por ello son totalmente asumibles desde esta perspectiva, como veremos más abajo. Dice la sentencia: "Ciertamente que el delito de lesiones... lleva embebida la idea de alteridad... y 'el otro', mientras no alcance la categoría de persona (el caso del feto o embrión humano) es más objeto que sujeto pasivo del delito; pero puede afirmarse que, en estos supuestos de vida dependiente, las lesiones causadas durante el curso de la gestación deben tener relevancia penal porque la acción -en sentido lato- se intenta y realiza sobre una persona, la madre, y el resultado -demostrada la relación causal-trasciende al feto por ser parte integrante de la misma, aunque las taras somáticas o psíquicas no adquieran notoriedad o evidencia hasta después del nacimiento". "Afirmada como realidad penal el delito de lesiones al feto a través de la violencia ejercida sobre la madre embarazada, o, atribuyéndole, con un sentido progresivo que se emancipa de las ficciones civiles, condición humana diferenciada de su progenitora y penalmente protegible, la posibilidad del delito doloso y, consecuentemente, del delito imprudente no es cuestionable en nombre del principio de legalidad" (f.j. 1º).

El que la conducta se realice a través de la madre no resuelve en absoluto la cuestión, pues es evidente que la acción agresora recae directamente sobre el feto, a través de aquélla, dado que si fuera *sobre* ella -una persona, recalca la sentencia- ella misma sería el sujeto pasivo del delito y se tendría que dilucidar la existencia de un delito de lesiones también contra la madre. Si lo que la sentencia quiere destacar es que acción y resultado se

34) STS de 5 de abril de 1995. V. comentario de la misma por José Manuel MARTÍNEZ-PEREDA RODRIGUEZ, *Imprudencia sanitaria con resultado de lesiones irreversibles al feto*, en "Actualidad del Derecho Sanitario", nº 6, 1995, pp. 350 y ss., quien comparte en lo esencial el criterio de la sentencia. Una perspectiva crítica ofrece GARCÍA ÁLVAREZ, *Lesiones al feto. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1995*, cit., pp. 13 y ss.

reparten, respectivamente, entre la madre y el feto, resulta todavía más inadecuado fundamentar en ello la tipicidad, puesto que habría que deducir una tentativa de delito en relación con la madre, y un resultado sin acción (?) respecto al feto. No es esa, pues, la cuestión. El problema radica en si el sujeto pasivo del delito de lesiones lo es o no el feto, lo que niega la propia sentencia. El delito de lesiones corporales del CP español de 1973 (hasta el CP de 1995) no protegía la integridad corporal o psíquica del feto, como tampoco su vida frente a comportamientos imprudentes, salvo el previsto en el art. 412. Y esto es debido a que hasta hace pocas décadas no eran imaginables esta clase de hechos: si se quería atacar dolosamente al feto era para privarle de su vida, para provocar un aborto, no con el propósito de tan sólo lesionarle, no existían procedimientos tan precisos para conseguirlo. Por otro lado, si es válido extender el delito de lesiones corporales al feto, por el mismo razonamiento habría que concluir que también le es aplicable el de homicidio(35), con la particularidad de que habría entonces un concurso de normas con el delito de aborto no consentido, a resolver a favor de éste de acuerdo con el principio de especialidad (o, ¿por qué no?, con el de la alternatividad a favor del de homicidio). Pero continúan los contrasentidos: ¿por qué la ley ha querido castigar con diferente pena la muerte -aborto- de un concebido y la muerte -homicidio- de uno ya nacido y no, en cambio, las lesiones de uno u otro, que serían las mismas de acuerdo con la interpretación jurisprudencial? ¿cuál es el soporte normativo para mantener esas discrepancias valorativas? La respuesta es que este tipo era únicamente aplicable a las lesiones causadas a los nacidos. Se trataba, en suma, de una cuestión de *lege ferenda*, pues cierto que no satisface la solución de impunidad por atipicidad que veníamos proponiendo de *lege lata* en relación con el ya derogado CP de 1973.

Por consiguiente, debemos concluir manifestándonos a favor de la oportunidad de la incriminación como delito las lesiones al concebido, para eliminar así estas lagunas o vacíos legales(36) cuando se ocasionen dolosamente(37) o sean con-

secuencia de una *grave* o burda infracción del deber de cuidado al menos por parte de los profesionales médicos, sanitarios o asimilados (38). Tengamos en cuenta, por un lado, que el concebido es más accesible y, consecuentemente, más vulnerable a diversas agresiones, pues, por ejemplo, el diagnóstico prenatal (y por tanto, las exploraciones y pruebas fetales que implica su obtención) está en vías de convertirse en un recurso generalizado, sobre todo a medida que se vaya abaratando su costo, aumente su fiabilidad y su ámbito de cobertura, y los tratamientos en fase experimental sobre el feto requieren una mayor ponderación de los riesgos y las ventajas que pueden afectarle; y finalmente, por otro lado, despejaría las dudas sobre su tipicidad, en particular sobre las lesiones más frecuentes en la actualidad, que giran en torno a las maniobras obstétricas del parto(39).

El CP de 1995 ha incluido finalmente el delito de lesiones fetales dolosas o por imprudencia grave:

Art. 157: "El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años".

Art. 158: "El que por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana. Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo

35) Así, también, GARCÍA ÁLVAREZ, *Lesiones al feto*, cit., p. 19.

36) Del mismo parecer, Armin KAUFMANN, *Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren*, en "Juristenzeitung", 1971, pp. 571 y s.; LÜTTGER, *La distinción del embrión y feto frente a la calidad de persona en el proceso "Contergan"*, cit., p. 80; ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, cit., pp. 269 y s. y 279 y ss.; TEPPERWIEN *Pränatale Einwirkungen als Tötung oder Körperverletzung?*, cit. pp. 144 y ss. También estiman, recientemente, que las nuevas figuras delictivas de lesiones al feto colman una laguna legal, Juan Carlos CARBONELL MATEU / José Luís GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios al Código Penal*, arts. 157 y 158, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 812; GARCÍA ÁLVAREZ, *Lesiones al feto*, cit., p. 13; HIGUERA GUIMERA, *El Derecho Penal y la Genética*, cit., 323; Diego LÓPEZ GARRIDO / Mercedes GARCÍA ARAN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, p. 97.

37) V. sobre la cuestión, TEPPERWIEN *Pränatale Einwirkungen als Tötung oder Körperverletzung?*, cit., pp. 143 y ss. A favor en nuestro país de la creación de un tipo semejante, CUERDA RIEZU, *Límites jurídicopenales de las nuevas técnicas genéticas*, cit., 422 (al menos en relación con las lesiones dolosas); ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, cit., p. 269; VALLE MUÑIZ / GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal*, cit., p. 144.

38) Restrictivo en cuanto a los sujetos activos del delito, KAPP, *Der Fötus als Patient?*, cit., p. 280. Sin embargo, el CP de 1995 no configura el delito de aborto culposo como delito especial (art. 146, salvo la imprudencia profesional), acotando un determinado círculo de autores, sino como delito común imputable a cualquier autor, salvo a la madre. Es aceptable esta solución, puesto con esta figura se pretende sustituir la anterior del art. 412.

39) En ocasión anterior me he inclinado por esta solución *de lege ferenda*, si bien admitía la posibilidad de la incriminación *de lege lata* de estos comportamientos dolosos como tentativa de aborto, partiendo de la hipótesis de que el dolo de producir esos efectos (esto es, agredir al feto dolosamente con el fin de que al cabo de nacer muera o se le manifesten lesiones corporales) llevará implícitamente consigo el dolo eventual de causar el aborto, pues dada la delicadeza del embarazo, parece aquél un riesgo casi inherente a aquel tipo de agresiones, pero, lógicamente si en un caso que a mi me sigue pareciendo excepcional, no concurrese ese dolo eventual de aborto, no se podría castigar por tentativa, con el resultado de impunidad (frente a quienes me imputaban aquella solución como única, pues precisamente por considerarla insuficiente e insatisfactoria por no abarcar plenamente el desvalor del hecho, proponía ya entonces la inclusión de un nuevo delito, como vuelvo a retomar ahora en el texto). V. sobre ello, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, cit., pp. 279 y s.; en el mismo sentido, GONZÁLEZ, *Las lesiones fetales*, cit., p. 12, n.5.

la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años. La embarazada no será penada a tenor de este precepto” (40).

Si bien es de celebrar la inclusión de esta regulación -que ya propuse por primera vez en 1981-(41) continúa pareciéndome discutible la adecuación de la tipicidad de la muerte ocurrida después del nacimiento causada por agresiones fetales, pues habría que integrarla como tentativa de aborto (si concurre, al menos, dolo eventual) o como lesiones al feto de las que establece el nuevo CP, y probablemente ninguna de ellas abarcaría plenamente el desvalor del hecho(42) Por otro lado, el objeto material de la acción se refiere al feto que se encuentra en el seno materno, lógicamente ya implantado; sobre ello volveremos más abajo. Pero la palabra feto que utiliza aquí el CP es inadecuada, puesto que aunque tradicionalmente en Derecho Penal se ha venido entendiendo como equivalente a nasciturus, es decir, extendido a todo el proceso del embarazo, abarcando así también al embrión(43), parecía más correcta y aconsejable para la seguridad jurídica su sustitución por otro vocablo más amplio y exacto que eliminase cualquier duda sobre la inclusión de aquél(44), que es precisamente más sensible y vulnerable al infligimiento de taras por diversas formas de manipulación,

40) Estos delitos aparecen por primera vez en el Proyecto de CP de 1992 (arts. 165 y 166), que recoge el CP con el mismo texto, salvo la sustitución de la pena de multa por la de arresto de fin de semana y la introducción de la imprudencia profesional en el art. 158.

41) V. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, cit., p. 280.

42) En relación con estas conductas, el Anteproyecto de la Ley de Protección de Embriones, de la República Federal Alemana, preveía un delito que recogía alguna de ellas; sin embargo el texto la Ley de 1990 no lo ha incluido finalmente. El Anteproyecto decía así: “Daños causados en los embriones. 1. Quien cause, mediante la intervención en un embrión o feto, daños en la salud de la persona (que resulte del desarrollo del mismo), será sancionado con privación de libertad hasta tres años o multa. 2. En casos especialmente graves, la sanción será de privación de libertad de seis meses hasta cinco años. Se considera caso especialmente grave si el autor: 1) provoca graves daños a la salud, o 2) mediante su actuación, causa imprudentemente la muerte del sujeto lesionado. 3) Si la actuación del autor fue imprudente en los casos especificados en el apartado 1, se penalizará con privación de libertad de hasta dos años o multa. 4. Los apartados 1, 2, y 3 no se refieren a actos cuya finalidad sea la de provocar un aborto” (art. 1º).

43) Partidario de esta interpretación se ha mostrado Antonio CUERDA RIEZU, *Los delitos relativos a la manipulación genética y a la inseminación artificial no consentida en el Proyecto de Código Penal de 1992*, en Fundación BBV, “El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano”, III, Bilbao, 1994, p. 224, proponiendo el entendimiento de la palabra “feto” en sentido no técnico, es decir, que abarque todos los estadios de la formación de un ser humano en el útero materno.

44) V. a favor de este criterio en relación con el Proyecto CP de 1992, PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit., pp. 164 y ss. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., pp. 403 y s.

como podría ser, por ejemplo, “en un feto o en un embrión implantado en una mujer” (con el término “implantado se pretende excluir del tipo al embrión preimplantatorio). Abunda en favor de esta propuesta (salvo que lo que se pretendiera fuera excluirle de la protección penal) el hecho de que esta doble terminología para indicar dos realidades distintas es conocida por el ordenamiento jurídico español en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida y en la de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos(45). No obstante, de *lege lata* es aceptable reconocer un significado amplio a la palabra feto(46).

Por lo que atañe al tipo culposo, ha de celebrarse igualmente que se le haya dado cabida en el marco que abre el nuevo Código con la introducción -también sumamente acertada- del principio de excepcionalidad de la incriminación de la imprudencia (art. 12), pues serán los supuestos que con considerable mayor frecuencia ocurrirán en la práctica.

El bien jurídico protegido es la integridad y la salud física y psíquica del feto, en el sentido amplio asumido para éste (el embrión desde su implantación y el feto en sentido estricto), de modo paralelo a como sucede con la vida del feto en el delito de aborto. Evidentemente, con esta protección se persigue garantizar en último extremo la integridad del futuro niño, una vez nacido, pero esta perspectiva sólo puede aceptarse de forma mediata, y no como bien jurídico protegido en sentido estricto(47). Aparte de la incongruencia a que daría lugar esta interpretación en relación con el delito de aborto (pues, dentro de las discrepancias existentes sobre el bien jurídico protegido en este delito, no hay posiciones que hayan sostenido que con él se protege la vida de la futura persona), el propio tenor literal del precepto impone la interpretación propuesta: la causación en el feto de una lesión o enfermedad ha de tener, como resultado típico alternativo, perjudicar “gravemente su normal desarrollo”, o provocar “en el mismo una grave tara física o psíquica”. Pues bien, aunque frecuentemente el perjuicio en el normal desarrollo del feto se traducirá en graves taras físicas o psíquicas, que ha de entenderse que por lo general persistirán después del nacimiento, es admisible que el perjuicio en el desarrollo no presente finalmente secuelas (p. ej., por haberse corregido de forma espontánea o mediante una intervención quirúrgica o tratamiento de otro tipo, o simplemente hayan provocado un parto prematuro), de lo contrario este resultado quedaría siempre absorbido por el otro y carecería por ello de autonomía y de

45) Esto era más evidente todavía en el Proyecto de CP de 1992, pues distinguía ambos en la rúbrica que encabezaba el Título que seguía a este delito (“De la manipulación genética, de embriones y fetos humanos y de la inseminación artificial no consentida”), si bien no ha sido mantenida en el CP aprobado.

46) En el sentido del texto, GARCÍA ÁLVAREZ, *Lesiones al feto*, cit., p. 14. Un criterio restrictivo sustenta HIGUERA GUIMERA, *El Derecho Penal y la Genética*, cit., 324.

47) Como sostienen CARBONELL MATEU / GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios al Código Penal*, arts. 157 y 158, cit., p. 813.

sentido. Es, asimismo, rechazable que el feto haya de estar sano(48), puesto que el objeto material de la acción recae en el feto en su estado concreto de salud o incolumidad al tiempo de aquélla, por tanto es indiferente que padezca ya una enfermedad, anomalía o malformación (de lo contrario, no serían punibles, p. ej., las lesiones producidas a un feto con síndrome de down, conciera o no el sujeto activo tal situación). La finalidad de esta posición consiste en excluir de este modo la tipicidad de la transmisión de enfermedades o malformaciones de carácter hereditario por parte de los progenitores (p. ej., si conocen antes de la concepción su condición de portadores de genes deletéreos y a pesar de ello deciden conseguir aquélla); sin embargo es obvia la atipicidad sin tener que recurrir a tan peligrosa restricción, puesto que en el momento de la acción -en este caso procreativa- el objeto material no existe.

En ambos casos -delito doloso y culposo- es válido cualquier medio, activo u omisivo, incluida la transmisión de enfermedades a través de la madre (49), llegue ésta o no a padecerlas también. Requiere también el tipo el resultado de causar "en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica." La expresión "grave" plantea dos problemas; el primero de ellos determinar el alcance de la misma, sobre todo porque no se ha previsto el castigo de las lesiones no graves, de forma que la duda sobre la gravedad del resultado se pudiera resolver en favor del otro tipo que las abarcará; la solución alternativa en caso de duda será entonces la de la impunidad. Aunque es difícil obtener criterios de orientación interpretativa, podría recurrirse a los tipos de resultado de los delitos de lesiones corporales sobre los ya nacidos (arts. 149 y 150), en relación con las taras físicas o psíquicas al feto, pues éstas implican al menos una permanencia, aunque no necesariamente su irreversibilidad. En cuanto al grave perjuicio al normal desarrollo del feto este criterio no resulta aplicable, pero podría utilizarse la referencia -en este caso sólo orientativa- que proporciona el tipo básico del delito de lesiones corporales (art. 147.1), cuando alude a que la "lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico", sea directamente en el feto o a través de la mujer (largo período de reposo); no obstante no debe olvidarse de que en nuestro caso se trata de volver al normal desarrollo del feto, o lo más próximo posible a él, por lo que la intervención podría consistir en adelantar el parto o someterlo a la incubadora una vez producido el nacimiento de forma espontánea o provocada. El segundo problema radica precisamente en haber tipificado tan sólo las lesiones dolosas graves, pues entiendo que en el CP de 1995 resulta inaplicable en relación con el feto la falta de lesiones corporales dolosas del art. 617, interpretación excluida ahora con mayor razón

si cabe que en el CP de 1973, por la misma presencia del delito de lesiones al feto: el "causare a otro una lesión" del art. 617 debe interpretarse como referido a una persona, es decir, ya nacida. No obstante, estoy de acuerdo con la solución del legislador de que no deben castigarse las conductas imprudentes graves con resultados de menor entidad que los que abarca el tipo, o leves de las que se derive cualquier resultado. Finalmente, la causación de una lesión o enfermedad debe concretarse en perjudicar el normal desarrollo del feto o en una tara física o psíquica, en todo caso graves; éstas últimas pueden manifestarse ya durante el embarazo o bien tras el nacimiento, con el problema, en este caso, de que no aparezcan de forma inmediata, pues el niño continúa completando su desarrollo biológico incluso después de ocurrir aquél, por lo que debería aceptarse la tipicidad siempre que la relación de causalidad no ofrezca el menor resquicio de duda.

Sujeto activo puede serlo cualquiera, aunque de hecho normalmente lo serán los profesionales sanitarios o parasanitarios. Sujeto pasivo, el embrión o el feto.

El tipo subjetivo no ofrece especiales particularidades. En el doloso el dolo puede ser tanto directo como eventual, más frecuente éste que aquél. En cuanto a la imprudencia grave y al tipo agravado respecto de éste de imprudencia profesional, han de entenderse equivalentes a los tipos de imprudencia temeraria y profesional del CP derogado, y por ello continúan siendo válidas las construcciones doctrinales y jurisprudenciales formuladas sobre ambas. Acertadamente, la embarazada no es castigada en su modalidad culposa.

De todos modos, no debe desconocerse que junto a estos problemas de tipicidad, que se resuelven legislativamente con los nuevos tipos y conforme a los criterios propuestos, en no pocas ocasiones seguirá en pie la cuestión de establecer la relación de causalidad, en particular cuando se trate de acciones en el concebido cuyos efectos no sean bien conocidos por la ciencia o cuando los efectos típicos no se manifiesten inmediatamente después del nacimiento(50). Un suceso de gran magnitud y trascendencia -el llamado 'caso Contergán'-, tanto para el ámbito del Derecho (pues se pusieron de manifiesto sus insuficiencias, pero gracias a ello se suscitó una viva y fructífera discusión entre los especialistas) como para el de la Biomedicina (se constató una vez más la ambivalencia de sus progresos, en este caso, en el área de la Farmacología), corroboró -por desgracia-en la vida real que no es ocioso tratar estos problemas. Aunque conocido, tiene interés recordarlo en este contexto: en los años sesenta se suministró a numerosas mujeres embarazadas de Europa y Norteamérica un analgésico -talidomida-, supuestamente inocuo para el estado de preñez. Sin embargo, miles de niños nacieron con importantes deformidades, que en muchos casos afectaban a la carencia o atrofia de las extremidades superiores o inferiores. Hubo varios procesos, algunos de ellos dramáticos (como el de Lieja, Bélgica, en el que cuatro miembros de una familia y su médico fueron acusados y ab-

48) Así lo entienden CARBONELL MATEU / GONZÁLEZ CUSSAC, *lug. cit.*

49) En este sentido, CARBONELL MATEU / GONZÁLEZ CUSSAC, *lug. cit.*

50) V. GARCÍA ÁLVAREZ, *Lesiones al feto*, *cit.*, p. 16.

suelos de eutanasia practicada en un recién nacido con anomalías de esta clase). De todas formas, las cuestiones jurídico-penales más importantes cuando se planteó el caso en Alemania fueron establecer la relación de causalidad, o lo que es lo mismo, probar que el referido medicamento fue la causa real de esas taras que presentaron los niños(51), y la tipicidad de esas conductas, esto es, si eran susceptibles de castigo por algunos de los delitos existentes en el Código penal alemán. El Tribunal de Aquisgrán, de la República Federal Alemana, se ocupó de este asunto, y determinó la subsunción en el delito de homicidio culposo (§ 222 del CP alemán) de las acciones prenatales imprudentes con el resultado de muerte postnatal, y en el delito de lesiones corporales culposas (§ 230 del CP) los daños culposos prenatales en el feto con efectos postnatales subsistentes (52). Como fácilmente se deduce de las reflexiones anteriores, este pronunciamiento fue muy criticado por los autores. Sin embargo, en una sentencia muy posterior (22 de abril de 1983) del Tribunal Supremo Federal de ese mismo país, se llega a la conclusión, en un caso semejante, de la impunidad, debido a la existencia de una laguna legal, únicamente subsanable mediante la intervención del legislador (53). Finalmente, el asunto se resolvió extrajudicialmente, concediendo indemnizaciones y pensiones a los afectados.

Por último, debe señalarse que la pena prevista para el delito de lesiones al feto parece más grave que la establecida para el delito de lesiones a un nacido (art. 147, prisión de seis meses a tres años, o arresto de siete a veinticuatro fines de semana o multa de tres a doce meses, según el párrafo que resulte aplicable) y que para el delito de aborto consentido (art. 145, prisión de uno a tres años e inhabilitación especial)(54). Ha de tenerse en cuenta, en el primer caso, que las lesiones al feto tipificadas son únicamente las graves, mientras que el tipo de lesiones al nacido tomado como referencia alude tan sólo a los tipos básico y atenuado, pues otros tipos cualificados de lesiones prevén penas más graves (p. ej., arts. 148 y 149). En cuanto al aborto, el no consentido establece penas mucho más graves (art. 144) que el delito de lesiones al feto, dado que con aquél se ven afectados bienes jurídicos de los que es titular la madre (su libertad personal procreativa), mientras que estructuralmente la figura delictiva del art. 157 acoge tanto las lesiones al feto consentidas (aunque resulte difícilmente imaginable esta hipótesis) como no consentidas por la madre. Menciono estas referencias comparativas sobre las penas porque algún sector de la doctrina ha postulado que

51) Se ha planteado semejante problema en nuestro país en relación con el llamado 'síndrome tóxico', en el proceso contra los implicados en la comercialización para consumo humano del aceite de colza desnaturalizado: STS 23 abril 1992.

52) Según relata LÜTTGER, *Geburtsbeginn und pränatale Einwirkungen mit postnatalen Folgen*, cit., p. 150.

53) V. LÜTTGER, *últ. lug. cit.*, pp. 139 y ss.

54) Así lo entienden LÓPEZ GARRIDO / GARCÍA ARAN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit. p. 98.

es más grave producir lesiones -graves- al feto que el aborto mismo, puesto que aquéllas, una vez nacido, habrá de padecerlas durante toda su vida, y por ello entiende que la pena debería ser relativamente más elevada, criterio que, en sentido estricto, en mi opinión no ha sido secundado, acertadamente, por el legislador.

2.2. Intervenciones genéticas

a) Las técnicas jurídico-penales de intervención desde el punto de vista político-criminal

La plasmación en la ley de los delitos cuya tipificación se estime oportuna políticocriminalmente en relación con las intervenciones en el genoma humano exige resolver una cuestión previa, la de su ubicación. La discusión resurgente de si es más conveniente la inclusión en el CP o en una ley especial de figuras delictivas que se refieren a materias muy específicas y cuyo ámbito de licitud aparece regulado por otras leyes ha vuelto a suscitarse en relación con esta materia. En todo caso es una cuestión de relativo interés en estos momentos, no sólo porque el legislador español ha tomado ya una decisión a este respecto en el CP de 1995 -como veremos más abajo-, sino sobre todo porque la conveniencia de una u otra vía está fundamentalmente condicionada porque se utilice o no la técnica de leyes penales en blanco, y aún en este caso no constituiría un obstáculo insalvable, sobre todo si no se recurre en exceso a tal técnica, que en principio no parece deseable. Frente al por otro lado también deseable ideal de evitar el desperdigamiento de los delitos en una pluralidad de leyes especiales, devolviendo el protagonismo al Código Penal, de permitir con su incorporación al CP una más clara y estricta vinculación con las disposiciones generales o comunes de aquél, la duda que persiste consiste en dilucidar cómo se satisfarían mejor los fines de prevención general, si incluyendo los nuevos delitos en el CP o en una ley penal especial.

Los ejemplos de derecho comparado coinciden en la tipificación penal en las leyes que regulan las técnicas de reproducción asistida, la utilización de embriones y las intervenciones genéticas, esto es, fuera del Código penal. Por lo que se refiere al derecho español con anterioridad he defendido que ese fin hubiera quedado mejor asegurado con la inclusión de los delitos oportunos en las propias leyes de 1988 cuando fueron promulgadas, por su mayor inmediatez tanto temporal como en relación con sus más directos destinatarios; aunque existen sospechas de que en realidad no tuvo entonces la intención de crear ninguna figura delictiva(55). Pero superado tal momento, la oportunidad de configurarlas como leyes penales especiales tal vez es ahora menos consistente(56) y,

55) V. en esta línea, la crítica de BARBERO SANTOS, *Fecundación asistida e ingeniería genética. Consideraciones jurídico-penales*, cit., 53, al censurar que no se hubiera aprovechado la reforma del CP de 21 de junio de 1989 para introducirlos, en su opinión, necesarios delitos.

56) A favor de su inclusión en el CP PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit., pp. 193 y s., siguiendo a MANTOVANI.

en este sentido, no es especialmente censurable la solución finalmente adoptada por el legislador, de incluir los delitos en el nuevo CP, a salvo de los importantes defectos a que ha dado lugar su poco meditada incorporación al mismo. De todos modos, la creación de tipos penales a partir de las conductas prohibidas por estas leyes (infracciones administrativas) no tendría que implicar ningún riesgo de infracción del principio *non bis in idem*, pues sólo sería aplicable una de ellas (la infracción penal o la administrativa), lo que en concreto está claramente resuelto en el Derecho español en favor de la preferencia de la infracción y sanción penal correspondiente(57).

En todo caso, la creación de nuevas figuras delictivas requiere una meditación muy detenida y atenta a la realidad social y a la evolución de la utilización de estas técnicas antes de tomar la decisión político-criminal oportuna, pues no hay que olvidar que el instrumento más característico de que dispone el Derecho Penal, esto es, la pena, es la reacción más grave del ordenamiento jurídico(58). Por medio del conjunto de conductas prohibidas se trataría de formar una especie de muro de contención jurídico-penal con el fin de prevenir o evitar las anteriores agresiones y que pueda nacer un ser humano que ha sido manipulado en algún momento desde su concepción. Sin embargo, los criterios político-criminales en estas materias no pueden sustraerse de la discusión de la oportunidad e inconvenientes de la configuración de delitos de peligro abstracto o concreto, al igual que sucede en relación con otros bienes jurídicos de carácter colectivo (p. ej., la salud pública, la seguridad del tráfico motorizado, el medio ambiente), que presentan una naturaleza de bienes mediatos o instrumentales para la protección de otros bienes jurídicos individuales (p. ej., la vida y la salud de las personas). Es indudable que la proliferación de determinadas actividades productivas, vinculadas con los descubrimientos científicos y las creaciones tecnológicas, ha provocado una expansión de la construcción de delitos de peligro concreto y abstracto(59), en este segundo caso sobre todo cuando se presentan dificultades de determinación del nexo causal entre acción y resultado. Es decir, se trata de la cuestión de si debe adelantarse la intervención del Derecho Penal por medio de estos tipos, por lo que supone de lejanía de los comportamientos que de forma más directa e inmediata implican un grave peligro para el bien

jurídico(60). En mi opinión, si bien puede ser inevitable en esta materia el recurso a la técnica de los delitos de peligro concreto, no es necesaria, sin embargo, la configuración de delitos de peligro abstracto, sobre todo si aparece plenamente identificado el bien jurídico protegido.

b) *Intervenciones genéticas objeto de conminación penal*

Una vez dados los pasos anteriores, que han consistido en reafirmar la vigencia de los principios de intervención del Derecho Penal también en relación con las intervenciones en el genoma humano, en identificar los bienes jurídicos individuales y supraindividuales implicados, en delimitar en particular la situación de la vida antenatal en relación con aquellas intervenciones, en especial en relación con el embrión preimplantatorio y la necesidad de su protección fundamentalmente -aunque veremos que no siempre es así- como medio de protección de la integridad e identidad genética de seres humanos futuros y de la especie humana, y las técnicas legislativas adecuadas desde la perspectiva político-criminal adoptada, hay que seguir avanzando en el proceso iniciado. En efecto, hay que reflexionar a continuación sobre la tipificación penal de conductas que atenten de forma grave contra aquellos bienes jurídicos. Y, así, la clonación (cuando implique manipulaciones genéticas para crear seres idénticos, o sin realizarlas se utilicen para dar lugar a individuos idénticos distanciados temporalmente) y la partenogénesis, la creación de híbridos interespecies, la fusión de gametos de distinto origen, la ectogénesis, la modificación de componentes genéticos humanos no patológicos, la transferencia a una mujer de un embrión manipulado genéticamente sin fines terapéuticos o sometido previamente a experimentación, podrían configurar nuevos delitos. Para otros comportamientos siguen siendo suficientes las infracciones y sanciones administrativas que establezcan las leyes no penales sobre estas materias(61), mientras no se aprecien motivos sobrevenidos para una nueva intervención penal. De conformidad con las propuestas que en este sentido he formulado en otro lugar(62) podemos establecer un marco de licitud y de prohibición penal en los términos que señalo a continuación.

La terapia génica en la línea somática ha de considerarse lícita. No obstante, debe autorizarse con las condiciones y limitaciones ya establecidas de forma general para la llamada "terapia experimental" o "experimentación terapéutica"

57) El propio legislador de 1995 ha querido resolver la cuestión suprimiendo varias infracciones administrativas de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, por ser coincidentes con los nuevos tipos penales: las de las letras a, k, l y v del art. 20.2.B (v. Disposición Final tercera, 1.1º del CP).

58) V. en este sentido, ESER, *La moderna Medicina de la reproducción e ingeniería genética*, cit., p. 297.

59) V. Carlos María ROMEO CASABONA, *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo. Perspectivas*, en "XXII Coloquio de Derecho Europeo", Publ. del Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, nº 3, 1993, pp. 407 y .

60) V. más ampliamente en relación con las manipulaciones genéticas, PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit., pp. 113 y ss., donde se muestra también reacto a este recurso (pp. 120 y s.).

61) De esta opinión, CUERDA RIEZU, *Límites jurídicopenales de las nuevas técnicas genéticas*, cit., p. 428.

62) V. más extensamente, Carlos María ROMEO CASABONA, *Consideraciones jurídicas sobre las técnicas genéticas*, en "Jornadas para el análisis de la investigación en Biología Molecular" (sesión del 3 de abril de 1995), Comisión Mixta de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico, Cortes Generales, Madrid, 1995, pp. 98 y ss.

(ponderación de beneficios y riesgos, inexistencia de alternativa terapéutica eficaz, que se trate de una enfermedad grave y se cuente con el consentimiento informado del paciente). Como he señalado en otro lugar⁽⁶³⁾, el tratamiento jurídico penal de las intervenciones en la línea somática debe asimilarse a las actividades curativas y, en su caso, a la protección de la integridad personal (integridad corporal y salud física y psíquica), pues no presentan diferencias conceptuales o estructurales. Del mismo modo debe operarse cuando se afecta a la línea germinal en el cuerpo de un individuo (p. ej., afectando a sus órganos de la reproducción).

La terapia génica en la línea germinal, al no estar vinculada al tratamiento de una enfermedad grave para el afectado sino a su capacidad de tener hijos sanos, y al no conocerse sus efectos colaterales y en la propia herencia, debe someterse a una moratoria incluso cuando sea posible su aplicación al ser humano, mientras no sea posible controlar plenamente sus consecuencias. Las intervenciones en la línea germinal no dirigidas a la prevención o tratamiento de enfermedades graves para las que expresamente se establezca algún mecanismo de autorización, deben ser prohibidas penalmente, de acuerdo con la técnica que se propone a continuación.

Esta reflexión nos conduce al embrión preimplantatorio obtenido 'in vitro', así como al embrión 'in utero' todavía no implantado en el endometrio materno: ambos necesitan una protección adecuada, incluso penal en los casos más graves, aunque parece suficiente que ésta última deba limitarse en la actualidad al establecimiento de una "barrera de contención" que prevenga el desarrollo de embriones -y, por tanto, el nacimiento de seres humanos- manipulados genéticamente. Es decir, no parece necesaria una protección penal directa del embrión no implantado en cuanto tal y con mayor razón los gametos humanos, mientras ni éstos ni aquél vayan a ser utilizados con fines de reproducción humana. Sin embargo, habría que asumir una excepción, referida a la creación misma del embrión in vitro, en concreto a los fines perseguidos con su creación, como veremos más abajo; con ello se protege de forma directa al embrión y de forma indirecta se previenen otros comportamientos no deseables. El debate internacional sobre la licitud de la utilización de estos embriones con fines de investigación -pero no creados con estos fines- aconseja alcanzar un consenso sobre la cuestión, aunque sólo debería discutirse sobre los embriones no viables. Por consiguiente, la protección penal del embrión preimplantatorio así concebida y, por este camino, de la propia especie humana, debería dirigirse contra las conductas de: a) *fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana*. También deberían ser delito las conductas que permitan su desarrollo ulterior 'a termino' en ciertas condiciones, sin pronunciarnos ahora sobre si la mera provocación de tales condiciones deban estar o no tipificadas. Estas conductas penalmente prohibidas deberían ser: b) *el desarrollo de un embrión humano más de catorce días fuera del útero de una*

mujer, esto es, 'in vitro' o en laboratorio o en un animal; c) transferir al útero de una mujer un embrión que no provenga de un espermatozoide y un óvulo humanos o éstos o aquél hayan sido intervenidos con fines distintos a la prevención de enfermedades graves de acuerdo con lo que a este respecto prevea la ley (sin que esto se contradiga con la propuesta de establecer una moratoria para la terapia génica en la línea germinal). La penalización de estos dos comportamientos más el primero mencionado constituyen esa barrera de contención antes aludida con el fin de evitar el nacimiento de seres humanos cuya dotación genética ha sido manipulada o son el resultado de procedimientos de hibridación, quimeras, partenogénesis o de gametos del mismo sexo, transferencia a una mujer de embriones animales o viceversa. Finalmente, debería penalizarse: d) *la creación de seres humanos idénticos por clonación o por cualquier otro procedimiento*.

Como veremos más abajo, algunas de estas propuestas, pero sobre todo la técnica de incriminación, que considero más sencilla y precisa, no coinciden con los criterios reflejados en el CP español de 1995.

3. LOS MODELOS LEGISLATIVOS EXISTENTES

La configuración en algunos sistemas jurídicos de nuevos delitos relacionados con diversas formas de intervención en el genoma humano constituyen un ejemplo de la sintonía existente sobre que la intervención del Derecho penal es necesaria ya y no mera huida testimonial al mismo, sin perjuicio de las notables diferencias políticocriminales y punitivas que se aprecian. Son cuatro las principales referencias comparadas europeas: dos del año 1990 (el Reino Unido y la República Federal Alemana) y dos de 1994 (Austria y Francia). En 1996, con la entrada en vigor del nuevo CP, corresponde la incorporación de España al conjunto de países que han introducido delitos relacionados con las intervenciones genéticas.

3.1. Los modelos en el derecho comparado

No puede hablarse en sentido estricto de que los ejemplos legislativos comparados de que disponemos en la actualidad conformen modelos regulativos alternativos. Pero sí es cierto que presentan ciertas características que los identifican y distinguen de los demás y por tanto es posible tomarlos como referencias de opciones de regulación⁽⁶⁴⁾. No obstante, para las iniciativas legislativas que eventualmente pudieran estimarse oportunas tomar en otros ordenamientos jurídicos son igualmente de extraordinario interés las Recomendaciones y

63) ROMEO CASABONA, *Límites penales de la manipulación genética*, cit. p. 195.

64) En este sentido, PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit., pp. 194 y ss., quien identifica las iniciativas legislativas comparadas como modelo de penalización total (Alemania), cuasi-administrativo (Austria), mixto (Reino Unido) y de debate social y de consenso jurídico (Francia). V., en ese mismo lugar, comentarios críticos sobre estas regulaciones.

Resoluciones del Consejo de Europa, el Proyecto de Convenio de Bioética, las iniciativas de la Comisión Europea y de la UNESCO, así como los Informes Declaraciones de instituciones nacionales e internacionales gubernamentales y no gubernamentales(65).

El Reino Unido ha aprobado la Ley de Fertilización Humana y Embriología, de 1 de noviembre de 1990(66). Regula esta Ley los diversos aspectos vinculados con la reproducción asistida y los embriones humanos, además de modificar la Ley de interrupción del embarazo (art. 37). Establece algunas prohibiciones en relación con el almacenamiento y utilización de gametos y embriones (arts. 3 y 4), reconoce la objeción de conciencia (art. 38), pero sobre todo hay que destacar la creación del Consejo de Fertilización Humana y Embriología (art. 5 y ss.), que posee importantísimas y numerosas competencias (art. 8) de seguimiento, información y asesoramiento, pero sobre todo de concesión de permisos a través de un 'Comité de Permisos' (art. 11). Este sistema es el que en realidad va a determinar la amplitud de las prácticas que se vayan a realizar en ese país y, por tanto, el alcance real de la Ley. Incluye también un catálogo de delitos muy prolijo (art. 41), que puede comportar penas de privación de libertad de hasta diez años.

En Alemania, se aprobó la Ley de Protección de Embriones (*Gesetz zum Schutz von Embryonen -Embryonenschutzgesetz*), de 13 de diciembre de 1990(67). Se trata más bien de una ley penal especial, pues de trece artículos que contiene ocho tipifican figuras delictivas (arts. 1 a 7 y 11), y otro incluye una infracción administrativa (art. 12, conservar un embrión o un óvulo humanos sin ser médico); admite, a modo de cláusula de conciencia, la participación voluntaria de los médicos en la realización de la inseminación artificial, de la transferencia de un embrión en una mujer y en la conservación de embriones y óvulos humanos (art. 10), actividades que se reservan de forma exclusiva a los médicos. Las penas pueden alcanzar un máximo de cinco años de privación de libertad en los casos más graves (modificación artificial de la información genética de una célula germinal humana, o su utilización para fertilización, art 5; la creación de clones humanos y su implantación en una mujer, art. 6; la formación de quimeras e híbridos, así como su implantación en una mujer o en un animal o la implantación en éste de un embrión humano, art. 7). Prohíbe también penalmente la inseminación postmortem, la inseminación o la implantación de un embrión en una mujer sin su consentimiento (art. 4), la selec-

ción del sexo que no esté vinculada a la prevención de una distrofia muscular del tipo Duchenne o de enfermedades análogas muy graves del futuro niño, siendo en ocasiones preceptivo un dictamen emitido por la autoridad competente (art. 3), la enajenación de un embrión formado extracorporalmente o extraído del útero antes de concluir la anidación, o el desarrollo extracorporal de un embrión si no es para producir un embarazo (art. 2), y otras conductas más entre las que destacan diversas que puedan dar lugar a embriones sobrantes o a embriones supernumerarios, la inseminación de un óvulo no destinado a permitir el embarazo de la mujer de la que proviene aquél, así como la maternidad subrogada (art. 1). Por lo general la mujer que participa en estas prácticas no es castigada.

En resumen, se trata de una normativa que no regula y encauza directamente los procedimientos de las diversas prácticas de las que se ocupa, sino que describe y sanciona lo penalmente prohibido, de donde lógicamente se pueden deducir las prácticas que están permitidas. La principal crítica recae no sólo en la técnica seguida, sino también en si no se habrá rebasado el principio de intervención mínima del Derecho Penal, pudiendo haber dejado algunos comportamientos prohibidos al ámbito de lo ilícito administrativo, así como que no guarda relación con su entorno, pues en otros países no se han adoptado criterios tan restrictivos, lo que podría situar en desigualdad la actividad investigadora sobre esta materia en la República Federal (68). De todos modos, aun pareciéndome excesivamente rigurosa esta Ley, por su contenido exclusivamente criminalizador, tiene a su favor que ha sido mucho más clara y decidida sobre los comportamientos que quiere prohibir -por muy discutibles que sean en algunos casos-, a diferencia de la británica y de la española sobre Técnicas de Reproducción Asistida, que se mueven en un proceloso océano de ambigüedad e indeterminación probablemente calculadas.

También Austria(69) y Francia(70) han configurado algunas infracciones sobre esta materia, debiendo apuntarse que la primera no incluye delitos, mientras que la segunda ha rebasado en materia penal el principio de mínima intervención, al

65) V. sobre ello más ampliamente, Carlos María ROMEO CASABONA, *Del Gen al Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá, 1996 (en prensa).

66) V. Martin H. STELLPFLUG, *Embryonenschutz in England*, en "Zeitschrift für Rechtspolitik", 1992, 4 y ss.

67) V. Erwin DEUTSCH, *Embryonenschutz in Deutschland*, en "Neue Juristische Wochenschrift", 721 y ss. (1991); Gerd GEILEN, *Zum Strafschutz an der Anfangsgrenze des Lebens*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", 829 y ss. (1991).

68) GEILEN, *Zum Strafschutz an der Anfangsgrenze des Lebens*, cit., 840 y s.

69) Ley Federal de 14 de julio de 1994, *mit dem Arbeiten mit gentechnisch veränderten Organismen, das Freisetzen und Inverkehrbringen von gentechnisch veränderten Organismen und die Anwendung von Genanalyse und Gentherapie am Menschen geregelt werden (Gentechnikgesetz - GTG) und das Produkthaftungsgesetz geändert wird*. El § 109 contiene en realidad infracciones y sanciones administrativas, dejando a salvo que los comportamientos puedan constituir infracción penal.

70) Ley n° 94-654 de 29 de julio de 1994, *relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*. Es llamativa la técnica adoptada por el legislador francés, consistente en que la descripción de las infracciones aparece innecesariamente repetida en la Ley n° 94-653, de la misma fecha, *relative au respect du corps humain*.

haber elevado a delito conductas que suponen meras infracciones procedimentales, y por ello deberían haber permanecido en el ámbito de lo ilícito administrativo, aparte de que algunas penas son excesivamente elevadas.

Fuera del ámbito europeo, merece ser destacada la Ley brasileña sobre la utilización de técnicas de ingeniería genética y la liberación en el medio ambiente de organismos genéticamente modificados, de 1995(71). Por lo que se refiere a la intervención en el material genético humano, debe mencionarse aquí que prohíbe la manipulación de células germinales humanas, la intervención en material genético humano *in vivo*, excepto para el tratamiento de defectos genéticos, respetándose los principios éticos, tales como el principio de autonomía y el principio de beneficencia, y con la autorización previa de la CTNBio, así como la producción, almacenamiento o manipulación de embriones humanos destinados a servir como material biológico disponible (art. 8, párrs. II, III y IV, respectivamente). Estas prohibiciones constituyen, asimismo, infracciones penales, con penas privativas de libertad que oscilan entre tres meses y veinte años, con tipos agravados construidos en atención a los resultados reducidos (art. 13, párrs. I, II y III). En un breve y superficial análisis de la ley en sus aspectos penales puede señalarse a su favor el respeto al principio de taxatividad, pues, por lo general, los tipos aparecen bien definidos, así como la preferencia, en esta materia, de su regulación por una ley especial, si bien parece que éste ha sido un recurso utilizado con exceso por el legislador brasileño. Sin embargo, presenta otros aspectos censurables(72), como la inclusión de resultados que en algunos casos podrían ser ya abarcados por los tipos generales de homicidio, aborto y lesiones del CP brasileño (arts. 121, 125 y 129, respectivamente) y que en otros parecen de imposible producción a consecuencia de la acción típica(73), y si se hubiera perseguido con tal inclusión en la ley especial la agravación de las penas (construir tipos agravados), que no ha sido el caso, no se justificaría esta agravación por un supuesto mayor desvalor de la acción que representaría el medio comisivo de la intervención en el material genético humano, ni tampoco lo explica un pretendido aseguramiento de la tipicidad de estos resultados, perfectamente adecuados a los delitos del CP brasileño mencionados, tanto desde este punto de vista como del de la acción típica; el marco penal es excesivamente amplio en algunos casos (p. ej., la pena puede oscilar de seis a veinte años, si el resultado es de muerte, o

de dos a ocho años, si el resultado es de aborto o de determinadas lesiones especialmente graves), lo que contradice el principio de seguridad jurídica, y ello a pesar de que estos marcos penales han sido transcritos de las figuras delictivas contra la vida o la integridad personal que incorporan resultados idénticos del CP brasileño; finalmente, en algún caso se rebasa el principio de mínima intervención del Derecho Penal, como sucede, por ejemplo, con la tipificación penal de toda manipulación genética de células germinales humanas, en particular si éstas no van a ser utilizadas posteriormente con fines reproductivos, pues con ello se puede perjudicar la investigación, y no parece deducirse de las competencias asignadas por la ley a determinados organismos públicos que puedan autorizar la investigación en células germinales sin fines reproductivos; por otro lado, sin perjuicio de estas últimas observaciones, debería haberse mencionado expresamente al cigoto en su fase de totipotencialidad junto a las células germinales, pues aunque aquél está formado por células con semejantes características que éstas, no son en sentido estricto germinales.

3.2. ¿El modelo español? El Código penal de 1995(74)

El CP de 1995 ha introducido varias figuras delictivas agrupadas bajo la rúbrica común de "Delitos relativos a la manipulación genética"(75). Su antecedente directo e inmediato se encuentra en el Proyecto de CP de 1992. Este ha sido claramente superado por su sucesor -el nuevo Código- en los numerosos defectos técnicos (descuido del principio de taxatividad y abuso de las normas penales en blanco, con sus efectos perniciosos para la seguridad jurídica) y políticocriminales (desatención al principio de mínima intervención del Derecho Penal) que presentaba. No obstante, el texto aprobado también incurre en algunos graves defectos, como vamos poder comprobar.

Recordemos brevemente que el Proyecto de CP de 1992, bajo la rúbrica "*De la manipulación genética, de embriones y fetos humanos y de la inseminación artificial no consentida*", incorporaba unos delitos nuevos con la pretensión de castigar algunos comportamientos especialmente graves: 1º la manipulación de genes humanos de manera que se altere el tipo constitucional vital, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, bien se haga dolosamente o por imprudencia grave (art. 167.1 y 3); 2º cualquier otra manipulación de genes humanos realizada con infracción de lo establecido en las leyes (art. 167.2); 3º la aplicación de la tecnología genética para determinar el sexo de una persona, sin consentimiento de sus pro-

71) Ley nº 8.974, de 5 de enero de 1995, que *Regulamenta os incisos II e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, autoriza o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, e dá outras providências.*

72) V. más extensamente consideraciones críticas sobre los tipos penales de esta ley en SILVA FRANCO, *Genética Humana e Direito*, cit., pp. 24 y s.

73) Censura también esta técnica legislativa SILVA FRANCO, *loc. cit.*, p. 25.

74) V. sobre lo que sigue en este epígrafe, José Luís DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Los llamados delitos de "manipulación genética" en el nuevo Código Penal de 1995*, en "Rev Der Gen H", nº 5, 1996 (en prensa); Juan Ramón LACADENA, *Delitos relativos a la manipulación genética en el nuevo Código penal español: Un comentario genético*, en el mismo lugar.

75) Título V del Libro II (arts. 159 a 162).

de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos u órganos, fuera de los supuestos autorizados por la Ley (art. 169). La mayor parte de estos delitos pretendía dar una cobertura penal a las prohibiciones que se establecen en las dos leyes de 1988, pero no todos los delitos previstos abarcaban supuestos de manipulaciones genéticas, al incluir otros más específicamente relacionados con las técnicas de reproducción asistida. El tipo imprudente sería aplicable a las manipulaciones en genes humanos con cualquier fin, incluido el terapéutico, al no especificarse de otro modo. Sin embargo, la plasmación de los tipos penales concretos no fue entonces muy afortunada. Por mencionar algunos ejemplos reveladores de la ligereza del legislador(76), la referencia al “tipo constitucional vital” introducía un concepto jurídico indeterminado, generador de clara inseguridad jurídica, al no poder deducirse su contenido ni del ordenamiento jurídico ni de las Ciencias Biomédicas; por ello en el debate parlamentario se sustituyó tal cabalística expresión por la de “genotipo”(77), que mejoraba la redacción, y ha persistido en el CP de 1995, lo que por tal motivo comentaremos más abajo. En cuanto al delito sobre la determinación del sexo de una persona sin el consentimiento de los progenitores, se refería a la fijación o selección del mismo y no a su averiguación, como podía hacer pensar la inapropiada palabra “determinación”, y rebasaba ya el principio de mínima intervención. En relación con la donación, utilización o destrucción de embriones y fetos humanos, etc., la remisión global a la ley (parece que a la Ley 42/1988) podía dar lugar a la incriminación de infracciones de escasa entidad, sin relevancia para la protección de aquéllos, y suponía un palpable abuso de la técnica de ley penal en blanco.

El nuevo CP ha experimentado un proceso cambiante en cuanto a la inclusión de los delitos de -impropiamente- “manipulación genética”. En efecto, el Proyecto de 1994, del que procede el CP de 1995, preveía que los delitos configurados se incorporaran a las leyes de 1988(78). En el curso del debate parlamentario(79) se optó, sin embargo, por mantenerlos en el CP, en el lugar indicado, del mismo modo que

76) V. observaciones críticas al Proyecto de 1992 en CUERDA RIEZU, *Los delitos relativos a la manipulación genética y a la inseminación artificial no consentida en el Proyecto de Código Penal de 1992*, cit., pp. 225 y ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, *Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal española*, cit., pp. 84 y ss.; HIGUERA GUIMERA, *El Derecho Penal y la Genética*, cit., pp. 221 y s. y 233 y ss.; PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit., pp. 141 y ss.; ROMEO CASABONA, *Límites penales de la manipulación genética*, cit. pp. 209 y ss.

77) V. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, nº 102-10, pp. 536 y 623.

78) De acuerdo con la redacción inicial de las Disposiciones Finales Segunda y Tercera.

79) Sesión Plenaria de 27 de junio de 1995, Boletín de las Cortes Generales, nº 158, p. 8396, según informan LÓPEZ GARRIDO / GARCÍA ARAN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., p. 100.

más arriba, esta decisión no ha de ser en si misma motivo de crítica, e incluso ha contado con decididos partidarios de ella en la doctrina española, aunque a mi me sigue pareciendo más oportuna que se hubiera persistido en su mantenimiento en las leyes especiales, pues la norma no habría sufrido una merma en su fuerza imperativa ni la pena en su fin preventivo general y, por otro lado, se habría podido dar mejor satisfacción a la necesaria vigilancia político-criminal por parte del legislador de la adecuación a de estos delitos a la constante y rápida evolución científica y social que involucran, es decir, a su posible reforma en un plazo más breve que la de otros delitos del CP. En cualquier caso, el traslado en bloque del “paquete” de figuras delictivas a un mismo título no ha podido ser más desafortunado. Primero por razones sistemáticas, pues no se ha logrado una unidad de perspectiva; tanto en relación con el bien jurídico protegido, que es plural y diverso, como con las conductas que se integran, también diversas y no siempre encuadrables como manipulación genética, por muy amplio que sea el significado que se quiera predicar de esa expresión. Y en segundo lugar, al perderse su contexto geográfico inicialmente previsto, es decir, el de las leyes de 1988, la interpretación de los tipos puede plantear graves escollos. Además, la pena de inhabilitación especial, prevista para todos estos delitos -y para otros muchos, tal ha sido la generosidad con que ha recurrido a ella el legislador en este Código, lo que merecería un comentario aparte-, indica que el legislador está pensando en unos destinatarios muy concretos, los mismos que los de las referidas leyes, las cuales sólo autorizan la realización de estas actuaciones a los profesionales que cumplen determinados requisitos establecidos en ellas. Por estas razones, tal vez hubiera sido más oportuno haber mantenido el propósito inicial de incorporar los tipos correspondientes a las leyes especiales, pues al menos esas disfunciones hubieran desaparecido de forma instantánea; salvo que el legislador hubiera sido más diligente en su tarea de traslado al CP. Pero, insisto una vez más, no es ésta una cuestión fundamental, la inclusión en el Código no es criticable en si -a pesar de que supone la asunción de una determinada opción político-criminal-, sino su tosca traslación al mismo: no se trataba de “cortar y pegar”, procedimiento más bien cibernético, sino antes bien, de adaptar y remodelar, que parece más científico y legiferante.

En efecto, junto al tipo penal que da, en sentido estricto, nombre a la inexacta rúbrica del Título que agrupa a las diversas figuras en él incluidas, el de la manipulación genética (art. 159)(80), encontramos otros que se emparentan con éste, como es la creación de seres humanos idénticos por clonación y otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza (art. 161.2); en ellos resulta complejo identificar el bien o bienes jurídicos protegidos, por lo que dejamos esta tarea

80) V. sobre los diferentes significados que pueden otorgarse a esta expresión, MANTOVANI, *Manipolazioni genetiche*, cit., p. 5. V. también precisiones conceptuales y terminológicas de SILVA FRANCO, *Genética Humana e Direito*, cit., p. 18.

para más adelante(81). Encontramos, además, la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana (art. 161.1), respecto al que podríamos afirmar la protección del embrión preimplantatorio -in vitro- en cuanto tal como bien jurídico; la práctica de la reproducción asistida en una mujer sin su consentimiento (art. 162), en el que parece protegerse la libertad de la mujer, más bien, podríamos precisar, su libertad reproductiva. Finalmente, la utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana (art. 160), protege ésta, pero por ello sería más bien subsumible en la seguridad del Estado o los intereses de la Comunidad Internacional, y en consecuencia creo que es hasta cierto punto secundario el procedimiento -la ingeniería genética-frente a su potencialidad destructora, como lo son otras armas con semejante capacidad de destrucción masiva del ser humano, como sucede, por ejemplo, con las armas nucleares o bioquímicas.

En resumen, sin ser oportuna todavía una revisión del conjunto del nuevo Código en esta materia -lo haremos más abajo-, se confirma la impresión anterior de que introduce una profunda quiebra en la pretensión sistemática de integración de los delitos en atención al bien jurídico protegido, como pudiera ser el embrión preimplantatorio, pues no siempre es éste el interés comprometido; ni tampoco se ha conseguido la unidad de perspectiva a través de los comportamientos agresores, la manipulación de genes, pues hay un delito que no las comportan (reproducción asistida no consentida), otros dos -el de clonación y otros procedimientos de selección de la raza-, según el estado actual de la ciencia, no la precisarían en todo caso(82) y, finalmente, el de la producción de armas biológicas o exterminadoras de la especie humana no requiere necesariamente la manipulación de genes humanos, como parece exigible a la vista de su ubicación a continuación de los delitos contra la vida y la integridad *humanas*. Finalmente, el nuevo CP cuenta con un nuevo delito que puede comportar manipulaciones en genes no humanos, sino de organismos vivos, pero se encuentra a pesar de la similitud parcial de la forma de comisión, acertadamente en este caso, en otro lugar(83). Por el contrario, tal pluralidad de

81) Sobre la identificación de los bienes jurídicos en relación con las conductas incluidas en el nuevo CP, aparte de lo indicado más arriba, ya me ocupé en *Límites penales de la manipulación genética*, cit., pp. 200 y ss.

82) Así nos lo recuerda, respecto a la clonación, HIGUERA GUIMERA, *El Derecho Penal y la Genética*, cit., pp. 264 y ss.

83) En efecto, en el Título XVII, "Delitos contra la seguridad colectiva", el art. 349 dice así: "Los que en la manipulación, transporte o tenencia de organismos contravinieren las normas o medidas de seguridad establecidas, poniendo en concreto peligro la vida, la integridad física, o la salud de las personas, o el medio ambiente, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para el empleo o cargo público, profesión u oficio pro tiempo de tres a seis años". V. también el art. 325 (delito contra el medio ambiente) y la Ley 15/1994, de 3 de junio, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente, a fin de prevenir los riesgos para la salud humana y para el medio ambiente, en cuyo art. 2º. a) se define la palabra "organismo": "cualquier entidad biológica capaz de reproducirse o de transferir material genético, incluyéndose dentro de este concepto a las entidades microbiológicas, sean o no celulares".

bienes jurídicos y de modalidades comisivas hubiera sido irrelevante de haberse incorporado a las leyes especiales, pues éstas están reproducidas por un conjunto de actividades relacionadas con la reproducción humana, la investigación y la intervención en el genoma humano, que por ello son pluriofensivas (aunque no necesariamente delitos pluriofensivos). Sin embargo, no creo que, a la vista de los delitos introducidos, se haya vulnerado el principio de mínima intervención, como sucedía con el Proyecto de 1992, a salvo de la enorme amplitud comprensiva a que obliga la redacción del delito de manipulación genética, como tendremos ocasión de comprobar.

Veamos con algo más de detalle los delitos introducidos, que ordenamos expositivamente, en lo posible, de forma más sistemática y coherente, en atención a la rúbrica que da nombre a todos ellos.

a) Manipulaciones genéticas

Art. 159: "1. Serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo público, profesión u oficio de siete a diez años los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo. 2. Si la alteración del genotipo fuere realizada por imprudencia grave, la pena será de multa de seis a quince meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años".

1. *El bien jurídico protegido*. La acción típica, consistente en la "manipulación de genes humanos de manera que se altere el genotipo", se refiere a cualquier gen humano, lo que parece rebasar incluso el marco de cobertura de las leyes de 1988, que incluyen únicamente los gametos embriones y fetos humanos (84). Sin embargo, el bien jurídico protegido por este delito supera con creces este ámbito, lo que es censurable. En efecto, ya se había advertido sobre la necesidad de delimitar suficientemente los delitos de aborto, lesiones al feto y algunas conductas de manipulaciones genéticas, con el fin de evitar solapamientos(85). Como vamos a intentar demostrar a continuación, el tipo abarca incluso a los ya nacidos.

Dada la amplitud de la redacción del tipo, habría que admitir varias hipótesis de manipulaciones de genes humanos: 1º en el ser humano ya nacido (intervenciones genéticas en la línea somática), que de ser posible y se hiciera con una finalidad distinta a la que prevé el Código, debería remitirse a los delitos de lesiones corporales(86), incluso si se practicase contra

84) Sobre lo dicho y lo que sigue a continuación me pronuncié en *Consideraciones jurídicas sobre las técnicas genéticas*, cit., pp. 99 y ss.

85) GONZÁLEZ CUSSAC, *Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal española*, cit., p. 88.

86) Dejando ahora sin despejar la duda de que si esa modificación supone una mejora perfecta orgánica o psíquica -pero no terapéutica- para el afectado tal vez fueran inadecuados los delitos de lesiones corporales en su redacción actual.

un grupo racial o étnico, al delito de genocidio. 2º En partes o elementos de un ser humano que no van a ser incorporadas a él o a un tercero, p. ej., con fines de investigación, comportamiento que sería en principio típico, pero innecesariamente, pues, como ha señalado Peris Riera(87), el tipo, aplicado literalmente, podrá abarcar incluso la manipulación de células tomadas de cualquier lugar del organismo humano -una célula epitelial, pone como ejemplo de la futilidad de la acción- para su mero cultivo en laboratorio. 3º Si la manipulación recae específicamente sobre gametos humanos (variante del supuesto anterior), sería posible su penalización de acuerdo con tal tipo delictivo, lo que es correcto si se utilizan con posterioridad para la reproducción humana, pero sería también excesivo si se realiza con los solos fines de investigación y no se tiene el propósito de utilizarlos posteriormente para esa finalidad. 4º Finalmente, la manipulación puede recaer sobre embriones o fetos; en cuanto a los primeros, si se encuentran todavía 'in vitro' y fueran destinados a la reproducción humana, está también justificada su tipificación, pero al mismo tiempo el CP estaría tomando partido contra la investigación genética que comportara la alteración del genotipo, lo que, sin embargo, no parece prohibido por ninguna de las dos Leyes de 1988, al menos si aquéllos son inviables; y en cuanto al embrión implantado y al feto, su integridad ya está cubierta por el delito de lesiones al feto y, en su caso, por el de aborto si se afecta a su vida. De todos modos, en estos casos, salvo el segundo, es posible encontrar un campo propio para el delito de manipulaciones genéticas: las intervenciones perfectivas o de mejora o de mera selección de ciertos rasgos fenotípicos (p. ej., el color de los ojos o la estatura), que incluye el tipo, pues, en sentido estricto, no suponen un menoscabo o perjuicio para el afectado o el futuro ser, y por este motivo me parece dudoso que estas acciones sean abarcadas por los tipos de lesiones corporales -al nacido- y de lesiones al feto. Por consiguiente, hay que concluir en que son intervenciones de eugenesia positiva que la ley (¿y el legislador?) ha querido proscribir con este delito, tanto en relación con el ser futuro (los gametos y el embrión in vitro), futuro (el embrión implantado y el feto) o ya nacido, dejando abierta la cuestión de si ello es posible en cada uno de ellos de acuerdo con el estado actual de la ciencia.

Debo insistir: de haberse incluido este delito en la Ley 42/1988, como estaba previsto inicialmente, hubiera sido posible introducir algún criterio restrictivo teleológico en función del bien jurídico protegido, puesto que esa ley se ocupa de embriones y fetos humanos y sólo respecto a las manipulaciones en ellos sería aplicable el delito. Sin embargo, poco se hubiera ganado, pues de acuerdo con la Exposición de Motivos de aquella ley, su campo de aplicación se reduce a los embriones y fetos humanos en el útero de la mujer y quedaría excluido el embrión preimplantato-

rio(88). En consecuencia, el tipo delictivo tenía que haber hecho referencia al sujeto pasivo de la infracción penal. Si se aceptan las sugerencias que he propuesto más arriba para el embrión preimplantatorio 'in vitro', en este delito debería incluirse, en lugar de "manipulen genes humanos", la siguiente frase: "*manipulen [o, alternativamente: "intervengan en"]genes de un embrión o de un feto humanos en el curso del embarazo o en gametos humanos o en un embrión in vitro con el fin de destinarlos a la procreación*", manteniendo o adaptando el resto de la descripción típica. En aquéllos, a diferencia del ser humano nacido -para el que he propuesto su exclusión de este tipo y reconducirlo a los delitos de lesiones corporales-, las consecuencias para el futuro nuevo ser pueden ser mucho más graves. Sin perjuicio de que en otro lugar he propuesto mis preferencias alternativas para la configuración de estos delitos.

En conclusión, podemos sostener que el bien jurídico protegido por este delito presenta una doble perspectiva: una individual, referida a la integridad genética del embrión preimplantatorio, el embrión y el feto y el ser humano nacido; la otra colectiva, referida a la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético de la especie humana, a salvo del tratamiento de enfermedades graves, en coherencia con la interpretación sostenida poco más arriba de que la norma prohíbe también las intervenciones genéticas perfectivas, puesto que, en sentido estricto, no comportan necesariamente un menoscabo en la integridad del individuo afectado ni por ello darían lugar a un delito de lesiones corporales. Esta no afectación individual obliga a deducir la existencia del interés supraindividual propuesto. Los gametos humanos y el embrión in vitro no son protegidos por sí mismos, sino en la medida en que a través de ellos se pueden afectar a futuros seres humanos y a la especie humana. Resultante de esta protección lo es también la de la dignidad de las personas afectadas por estas manipulaciones, sin que constituya, en mi opinión, un bien jurídico autónoma y directamente protegido. Esta doble perspectiva del bien jurídico, consecuente también por la no diferenciación por la ley entre intervenciones -curativas- en la línea germinal y en la línea somática, trae consigo varias consecuencias: el delito tiene, alternativamente, una estructura de delito de resultado y de delito de peligro (abstracto). Se plantearán también incidencias concursales, que será de delitos cuando se afecte a través de éste de la manipulación genética al bien jurídico supraindividual además de a otro individual protegido por un delito diferente (aunque que no parece fácil que ocurra: p. ej., que se altere la capacidad reproductiva de un individuo mediante una manipulación genética en sus órganos reproductivos).

87) V. PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit., pp. 174 y s.

88) Así, dice: "En esta Ley se regulan la donación y utilización de los embriones y los fetos humanos, considerando aquéllos desde el momento en que se implantan establemente en el útero y establecen una relación directa, dependiente y vital con la mujer gestante. Por razones prácticas, y para evitar la reiteración, no se hace referencia aquí a la donación y utilización de los gametos o de los óvulos fecundados in vitro y en desarrollo, o embriones preimplantatorios, con fines reproductores u otros, ya que se contienen en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida".

No obstante, de *lege lata* es necesario encontrar algún criterio restrictivo con el fin de evitar la excesiva amplitud actual del tipo, fruto de tan desenfrenado empeño del legislador.

2. *Tipicidad*. Distinguiremos los elementos que afectan al tipo objetivo y al tipo subjetivo, dejando al margen los aspectos acabados de señalar en relación con el bien jurídico que afectan también al tipo.

Tipo objetivo. En primer lugar(89), la acción consiste en manipular genes humanos, en el sentido de intervenir directamente en ellos, mediante la supresión, adición, sustitución o modificación de genes humanos, con independencia de la imposibilidad técnica actual de alguno de estos procedimientos; la sustitución incluye la de la dotación genética completa (p. ej., por trasplante de los órganos de la reproducción) (90). De la palabra "manipular" parece difícil deducir la inclusión de procedimientos exógenos indirectos para incidir en los genes: radiaciones ionizantes, sustancias bioquímicas etéreas, etc. Sí que son procedimientos directos de intervención las manipulaciones in vivo y ex vivo por las que se introducen en el organismo células -incluso provenientes del propio receptor- con sus genes modificados. Sin embargo, hay un caso problemático en relación con una hipótesis que se suele prohibir penalmente en derecho comparado, consistente en que se fecunde un gameto humano con otro animal; en sentido estricto, no se manipula ningún gen ni se altera un genotipo preexistente (como sucede también con la fecundación entre gametos humanos, tanto en la reproducción natural como en la asistida), sino que, partiendo de dos dotaciones genéticas diferentes impares pero completas, aunque insuficientes para generar vida (pues ha de ser par la dotación), se forma uno nuevo, si bien híbrido, aunque no llegue a su pleno desarrollo por ser -por el momento- genéticamente inviable. Más abajo veremos si, no obstante, esta acción tiene cabida en los tipos relativos a la selección de la raza y a la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación humana. Como decía más arriba, la manipulación típica puede recaer asimismo en gametos humanos, pero con la restricción sugerida también entonces: sólo cuando se utilicen para la reproducción.

El resultado consiste en la alteración del genotipo, esto es, una alteración, en principio, permanente ("altere"). Por genotipo podemos entender el conjunto de las características hereditarias biológicas de un organismo, que pueden manifestarse o no en éste y transmitirse a su descendencia. No obstante, la palabra "genotipo" está incompleta, pues no se señala de quién se predica su alteración. Por ello habría que entender, en atención al bien jurídico que se pretende prote-

ger y a la gravedad de las penas establecidas -lo que ha de excluir del ámbito típico las conductas inocuas o insignificantes-, que se refiere al genotipo "de un ser humano", pero de acuerdo con lo establecido más arriba, nacido, por nacer y por ser "gestado" (in vitro o gametos). La mera manipulación sin el resultado indicado constituye tentativa punible (art. 16 del CP).

Formalmente el delito puede ser cometido por cualquiera, sin embargo, tanto la finalidad de eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, que excluye el tipo, como otras que podrían estar amparadas por una causa de justificación requieren, de acuerdo con la ley, autorización para los centros en los que se realicen y, por ello, también los profesionales que vayan a realizar la intervención, aunque en el primer caso el incumplimiento de este requisito no afectaría a la tipicidad. El sujeto pasivo podrá serlo la persona nacida, el embrión implantado y el feto. El objeto material de la acción será el cuerpo de una persona, el embrión implantado o feto viables que se encuentran en el cuerpo de una mujer y los gametos y el embrión in vitro viable utilizados en el laboratorio.

Tipo subjetivo. Además del dolo es necesaria la concurrencia del elemento subjetivo de lo injusto, radicado en la finalidad no terapéutica perseguida. Por tanto, el tipo no abarca la alteración del genotipo con finalidad terapéutica o preventiva, es decir, de eliminar o disminuir taras o enfermedades graves, tanto se intervenga en la línea somática como en la germinal. En primer lugar, la exclusiva referencia a taras o enfermedades típica, *a sensu contrario*, las prácticas perfectivas, de mejora o de eugenesia positiva; en segundo lugar, la palabra "graves" es un elemento normativo; habrá que vincular esta expresión a lo que por tal entienden las leyes respecto a preembriones in vitro, preembriones, embriones y fetos en el útero(91). No obstante, al no remitirse expresamente el CP a las leyes en este extremo, la referencia que pueda extraerse de las mismas -o de los Reales Decretos que las desarrollen- cumple una función orientativa para el juez (p. ej., para casos de duda) y deberá determinarse con asistencia pericial.

La modalidad *culposa* (art. 159.2), consiste en la producción del resultado, es decir, la alteración del genotipo, por imprudencia grave(92). No obstante, existe la dificultad sobre la determinación de qué conductas -realizadas con imprudencia- pueden integrar el tipo: por lo pronto, lo están las manipulaciones o intervenciones de cualquier clase que no tengan como propósito la alteración del genoti-

89) V. más ampliamente sobre su predecesor, el Proyecto de 1992, en lo que resulta todavía válido, y sobre el Proyecto de 1994, PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit., pp. 143 y ss., y 174 y ss., respectivamente.

90) V. Carlos María ROMEO CASABONA, *La Biotecnología entre la Bioética y el Derecho*, "Folia Humanística", 1986, 6 y ss.

91) V. art. 13.3 y Disposición Final Primera, d) de la Ley 35/1988, y Disposición Adicional Primera, b), de la Ley 42/1988. Al no haberse desarrollado reglamentariamente esta materia todavía, corresponderá inicialmente al profesional la valoración de la gravedad, revisable judicialmente.

92) GONZÁLEZ CUSSAC, *Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal española*, cit., pp. 85 y 88, estima discutible la incriminación de este delito por imprudencia, al ser en su opinión poco respetuosa con el principio de mínima intervención.

po(93). La duda surge en relación con las manipulaciones genéticas realizadas de forma gravemente negligente que teniendo la finalidad terapéutica admitida por la ley producen una alteración en el genotipo distinta de la proyectada, y en su caso perjudicial para la salud o integridad del afectado o del futuro nuevo ser. Entiendo que este comportamiento es también típico, pues concurren en él todos los elementos exigidos por el tipo: ese resultado concreto de alteración del genotipo ha sido consecuencia de una conducta imprudente, a pesar de la finalidad perseguida. Esta conclusión encuentra su justificación en que el tipo imprudente no se remite al párrafo anterior para la descripción de la conducta, por lo que el elemento subjetivo de lo injusto del tipo doloso no constituye un obstáculo para construir el tipo imprudente de forma autónoma.

3. *Antijuricidad*. A pesar de las dificultades existentes para la exclusión de cualquier otra posibilidad que presenta el elemento subjetivo del tipo (“con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves”), debe entenderse que algunos comportamientos típicos con una finalidad distinta a la excluida expresamente del delito pueden estar, no obstante, justificados si se actúa en los casos autorizados por las leyes(94), por ejemplo, con fines de investigación, experimentación u otros industriales, operando a través de la causa de justificación del n° 7 del art. 20 del nuevo CP, actuar en el ejercicio legítimo de la profesión. De lo contrario, habría que entender derogados los preceptos que regulan y autorizan las otras finalidades previstas por las leyes de 1988, lo que no ha sido voluntad de la ley.

4. *Concursos*. Ya hemos adelantado algunas consideraciones sobre este particular. Si la alteración del genotipo afecta a un ser humano ya nacido podría haber un concurso de leyes con los delitos de lesiones corporales (arts. 149 o 150), a resolver por el principio de alternatividad (art. 8°.4° del CP de 1995). Del mismo modo deben resolverse los posibles concursos con el delito de aborto y con el de lesiones en el feto(95). No obstante, tales concurrencias no han de existir siempre de forma necesaria, pues es posible que la manipulación consista en alguna mejora o perfección fenotípica -aunque por el momento sea un futurible-, y en rigor no se habría producido un perjuicio grave en el normal desarrollo del feto o una tara en su integridad física o psíquica o en la integridad o salud del ya nacido. De ser éste el caso, sería únicamente aplicable el delito de manipulación genética; de no serlo, habría un concurso de leyes, a resolver de acuerdo con los criterios propuestos.

93) V. LÓPEZ GARRIDO / GARCÍA ARAN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., p. 99.

94) V., en este sentido, arts. 14 a 16 de la Ley 35/1988, y arts. 7 y s. de la Ley 42/1988.

95) V. CUERDA RIEZU, *Los delitos relativos a la manipulación genética y a la inseminación artificial no consentida en el Proyecto de Código Penal de 1992*, cit., p. 229.

En resumen, podemos concluir en que el delito más importante o identificativo de los agrupados bajo el mismo título, es, probablemente, el más imperfecto desde el punto de vista técnico.

b) *Clonación y procedimientos para la selección de la raza*

Artículo 161: “2. Con la misma pena se castigarán la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza”(96).

El tipo está redactado de forma muy confusa, pues no queda claro cuál es el núcleo de la acción: si la creación de seres idénticos mediante los dos procedimientos que señala el precepto, o esta conducta y la utilización de cualquier procedimiento con fines de selección de la raza. La segunda interpretación viene inducida por el empleo del verbo “castigar” en plural (“se castigarán”), que alude a dos conductas diferentes, además de la omisión de la segunda preposición “por” inmediatamente antes de “otros procedimientos”, que permitiría establecer mejor una unidad descriptiva de la acción. Sin embargo, a favor de la primera interpretación entra en juego la omisión de un verbo o sustantivo que exprese una acción diferenciada para el segundo inciso (p. ej., “utilizar” o “la utilización”); y la preposición “u” sugiere la alternatividad de los procedimientos para la creación de seres idénticos. Vuelve a ser deplorable la defectuosidad en que ha incurrido el legislador en la plasmación de estos ya en sí mismos tan complejos delitos.

Siendo admisibles ambas interpretaciones, me inclino por la segunda -dos tipos diferenciados-, que es más amplia, dada la gravedad de estas conductas, además de que la creación de seres idénticos por clonación no supone necesariamente que se tenga que perseguir siempre la selección de la raza, sin perjuicio de que una vez “seleccionada” una raza sea la clonación el procedimiento idóneo para la reproducción en serie de la selección obtenida. La ayuda definitiva para el criterio apuntado podemos obtenerla de la Disposición final tercera, que deroga varias infracciones administrativas de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en concreto en relación con el caso que estamos examinando, las contenidas en las letras “k” y “l” del art. 20. B.2: crear seres humanos idénticos, por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza; y la creación de seres humanos por clonación en cualquiera de las variantes o cualquier otro procedimiento capaz de originar varios seres humanos idénticos. No es que el legislador haya utilizado una técnica preciosista y depurada con la redacción de esta ley de 1988, cuyos términos de confusión encuentran aquí uno de sus mayores y no aislados logros. Pero, con todo, vamos a intentar ofrecer una interpretación lo menos incoherente posible.

En efecto, en la línea interpretativa propuesta, la supresión de esta segunda infracción sugiere que no toda clonación ha

96) V. una propuesta en sentido muy similar ya en ROMEO CASABONA, *Límites penales de la manipulación genética*, cit. p. 206.

de ir dirigida a la selección de la raza, asumiendo para ello que dicha supresión se justifica porque el comportamiento queda ya integrado en este tipo penal; de lo contrario, se hubiera -o debiera haberse- mantenido como infracción administrativa en la ley indicada. Por consiguiente, con la derogación de estas infracciones el legislador ha querido salvar el principio *ne bis in idem*, de modo que las infracciones que han pasado a convertirse en delito en el Código Penal han sido suprimidas. Esto significa, como propongo, que ha entenderse que ambas infracciones, que presentan un contenido diferente, aunque próximo, han sido absorbidas por la figura delictiva que estamos analizando. En mi opinión, la primera infracción administrativa prohíbe la creación de seres idénticos por clonación o por otros procedimientos con el fin de seleccionar la raza; y la segunda la creación de seres idénticos por similares procedimientos (clonación y "otros") con cualquier otra finalidad. Si se han suprimido de aquella ley significa que ambas han de estar integradas -aunque con escaso acierto- en el delito. De lo contrario, habría que concluir que la creación de seres idénticos con una finalidad distinta a la selección de la raza es lícita, pues no sería delito ni tampoco infracción administrativa, pero la gravedad del hecho no se compadece con esta conclusión, por lo que debe ser rechazada. De este modo el plural de "se castigarán" adquiere pleno sentido, a pesar de su imperfección. En resumen, aunque el tipo delictivo coincide en su redacción con la primera infracción administrativa derogada (salvo una significativa coma, que ha sido eliminada), debe entenderse que, por un lado, se recoge la creación de seres idénticos por clonación con cualquier fin (indudablemente, también la selección de la raza), fin que no está abarcado por el tipo, y, por otro, la utilización de cualquier procedimiento dirigido a la selección de la raza. Téngase en cuenta que el único procedimiento actualmente conocido en hipótesis para crear seres humanos idénticos es la técnica de la clonación (en su variante de división de un embrión), y aunque la selección de la raza presupone por lo general la configuración de individuos con semejantes características fenotípicas, el fin de selección de la raza no incluye en el tipo que tal resultado llegue a producirse (delito de intención de resultado cortado): una vez conseguido un "ejemplar" con ciertas características diferenciadas de los demás seres humanos (de otra "raza") por cualquier procedimiento, será necesaria la clonación para la repetición de otros individuos genéticamente idénticos. El legislador debería revisar tanto las Leyes de 1988 como el Código Penal, aunque sólo fuera para mejorar su redacción(97), sin entrar en otras no menos importantes consideraciones político-criminales.

En cualquier caso, ha de valorarse favorablemente la introducción de estos dos tipos delictivos, por sus previsibles efectos preventivos frente a ciertas líneas de investigación y

97) Otro defecto, p. ej., se refiere a "la misma pena se impondrá", cuando en el párrafo anterior se mencionan dos cumulativas; salvo que lo erróneo se encuentre en otros preceptos, que en un supuesto similar hacen una remisión en plural (p. ej., art. 197.2; a la inversa, el art. 195.2 efectúa una remisión en plural cuando en el párrafo anterior no cabe duda de que la pena es única).

de experimentación, más que a los hechos penados en sí mismos, poco factibles en un futuro inmediato. El bien jurídico protegido es de carácter colectivo: la identidad e irrepetibilidad del ser humano(98), en el primer caso, y éstos y la intangibilidad del patrimonio genético, en el segundo caso. Tampoco debe olvidarse al importancia de la diversidad biológica, como garante, a largo término, de la supervivencia de las especies, en este caso la humana. No obstante, ambos presentan una proyección individual, en cuanto tal lesión comporta al mismo tiempo un atentado a la dignidad de las personas afectadas, en el caso de que llegaran a nacer.

El primer tipo abarca no las prácticas de clonación en sí mismas, que de realizarse sobre un óvulo mediante su enucleación e introducción de un nuevo núcleo de un célula somática, podrían dar lugar al tipo de manipulación genética, sino la creación de seres idénticos por clonación, es decir, que nazcan varios seres humanos fruto de esa técnica portadores de una misma dotación genética, o idéntica a la de otro ya nacido. Por consiguiente, no afecta al tipo la obtención de varios embriones a partir de otro previo para utilizarlos -cuando se han apreciado dificultades para conseguir más por las técnicas de fertilización de óvulos *in vitro* o de hiperestimulación ovárica- con fines diagnósticos, terapéuticos o para disponer de varios con el fin de intentar otras tantas veces el embarazo de una mujer, siempre que, en este último caso, sólo dé lugar a la gestación y nacimiento de uno de todos ellos. De acuerdo con lo que se viene proponiendo, no es exigida por el tipo la finalidad de la selección de la raza ni cualquier otra, basta con la presencia del dolo. La tentativa existe desde que los embriones clonados se utilizan para la reproducción humana, incluso aunque ésta fracase desde sus inicios. No cabe la comisión culposa.

En el segundo tipo se incrimina la utilización de otros procedimientos dirigidos a la selección de raza. Debía haber sido más explícito el legislador sobre los procedimientos abarcados por el tipo, pues de entrada podrían haberse las prácticas de esterilización a grupos de población, ya tipificados por lo demás en el delito de genocidio (art. 607.1.2ª). Situado en su contexto, debe limitarse a prácticas de selección positiva por medio de procedimientos biológicos: selección de gametos y de cigotos sin objetivos de prevenir enfermedades; formación de híbridos de humano y animal mediante la fusión de sus respectivos gametos o la selección de algunos de sus genes. Si se realizara el hecho por medio de intervenciones genéticas, entraría en concurso con el delito de manipulaciones genéticas -de aplicación preferente-, pues abarca también el elemento subjetivo de selección de la raza, aquí presente. La selección de la raza no debe entenderse, pues, como el favorecimiento de la extensión o preponderancia biológica de unas razas frente a otras si no se utilizan aquellos procedimientos (incluso, si fuera éste el caso, probablemente se adecuaría al tipo de creación de seres idénticos por clonación), sino como la selección de ciertas características biológicas o

98) En este sentido, HIGUERA GUIMERA, *El Derecho Penal y la Genética*, cit., p. 247, si bien como concreciones de la dignidad humana.

la creación de otras nuevas. Como señalaba más arriba, el resultado de selección de la raza no es requerido por el tipo, por lo que basta la utilización de cualesquiera procedimientos que posean en si mismos esa capacidad selectiva.

c) Fecundación de óvulos humanos sin fines procreativos

Artículo 161: "1. Serán castigados con pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana".

También es satisfactoria la presencia de este delito, aunque supone un significativo adelantamiento de la intervención del Derecho Penal, pues ha pasado de constituir un ilícito administrativo a un ilícito penal(99). No obstante, en mi opinión no vulnera el principio de mínima intervención, pues con ello se pretende evitar una cosificación y mercantilización de formas de vida humana, como sería crear embriones humanos o híbridos (de espermatozoide animal y óvulo humano, pero no a la inversa) directamente para investigación y experimentación, para posibles terapias de otros seres humanos, para la industria, etc., sin perjuicio de que en ciertos casos (fundamentalmente, preembriones no viables o muertos, o la fecundación del óvulo del hámster con un espermatozoide humano: test del hámster) tales propósitos estén permitidos por la ley bajo ciertas condiciones(100), pero en todo caso cuando se trate de embriones *in vitro* obtenidos inicialmente para la procreación humana. Al mismo tiempo, este delito constituye un importante procedimiento preventivo de algunas de las conductas prohibidas en otros delitos, ya comentadas.

El bien jurídico protegido es el embrión mismo, pues los fines distintos de la procreación no son, por definición, el favorecimiento de nuevos seres humanos futuros a los que se quisiera proteger. Por consiguiente, éstos (su integridad, dignidad, etc.) no podrían ser el bien jurídico protegido(101).

La acción consiste en fecundar óvulos humanos, sea con espermatozoides humanos o animales u otro procedimiento. En

99) En efecto, su redacción coincide con la de la prohibición del art. 3º y de la infracción muy grave del art. 20.2.B, a, de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida; ésta última ha sido suprimida por la Disposición final tercera, 1.1º, de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

100) V. arts. 14 a 17 de la Ley 35/1988.

101) Para GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios al Código Penal*, art. 161, cit., p. 831, se trata de la vida prenatal en sus primeras fases evolutivas, pero no es exacto cuando sostiene que "puede hablarse nuevamente del derecho a la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético humano y a la identidad e irrepitibilidad del ser humano", ni que la "protección gira en torno a la idea de la vida prenatal, esto es, la idónea para alcanzar el estatuto de persona" (p. 833), pues la prohibición incluye, p. ej., la creación intencionada de preembriones no viables.

cualquier caso, el ámbito de la acción queda delimitado y restringido por el tipo subjetivo, configurado, además de por el dolo, por un elemento subjetivo de lo injusto, que consiste en pretender cualquier fin distinto a la procreación humana. El fin procreativo persiste aunque no se lleguen a utilizar para la procreación todos los óvulos fecundados, bien porque se haya logrado el embarazo de la mujer en los primeros intentos y no sea necesario por ello recurrir a los restantes (embriones sobrantes) o haya renunciado finalmente a tal embarazo.

La consumación no requiere que se lleven a cabo o que al menos se inicien esos otros objetivos, al ser un delito de resultado cortado(102), concretado por la suficiencia de ese elemento subjetivo de lo injusto.

La hipótesis remota del desarrollo terminal de un híbrido, se incluiría igualmente en el tipo, pues ya no se trataría del fin de procreación humana, la cual se caracteriza biológicamente por la presencia de dos pares de cromosomas de origen humano, y podría dar lugar también al tipo de utilización de procedimientos para la selección de la raza, a resolver, como concurso de leyes, a favor de éste (principio de la especialidad, por el fin específico de éste), sin perjuicio de que la pena es la misma para ambos delitos.

d) Utilización de la ingeniería genética para la producción de armas biológicas

Artículo 160: "La utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana será castigada con la pena de prisión de tres a siete años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de siete a diez años".

Indudablemente con este tipo delictivo se persigue proteger la supervivencia de la especie humana de los peligros que comporta la ingeniería genética como instrumento armamentístico, que es el bien jurídico protegido. Por otro lado, como ya adelanté más arriba, hubiera sido más conveniente situar esta figura delictiva junto a otros delitos similares contra la Comunidad Internacional que ha establecido el nuevo CP (p. ej., el delito sobre medios de combate prohibidos con ocasión de conflicto armado, del art. 610)(103), en cuyo caso debería armonizarse con los demás y meditar sobre la necesidad de incluir con toda nitidez las armas bioquímicas obtenidas por otros procedimientos no genéticos (aunque pueden entenderse incluidas en el tipo del art. 610), que tienen la capacidad de producir mutaciones genéticas graves incluso en

102) En este sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios al Código Penal*, art. 161, cit., p. 833.

103) Véanse el Protocolo de Ginebra de 17 de junio de 1925, relativo a la prohibición de uso en tiempo de guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares o medios bacteriológicos; Convenio Internacional de 10 de abril de 1972, por el que se prohíben las armas bacteriológicas; Convenio de Ginebra de 18 de mayo de 1977, relativo a la prohibición de técnicas de modificación del medio ambiente con fines militares u hostiles.

las células germinales y, por esta razón, transmisibles a la descendencia.

La acción se refiere a la utilización de la ingeniería genética sobre los genes de cualquier ser vivo, aparte de los seres humanos: animales, vegetales y, sobre todo, microorganismos (bacterias y virus). Las técnicas utilizadas han de tener una potencialidad perjudicial o destructiva para el ser humano. Si bien la producción de estas sustancias y el procedimiento del que se han de valer precisa una particular preparación por parte del sujeto activo del delito en ingeniería genética, no puede considerarse en sentido estricto que se trate de un delito especial propio, pues el tipo no exige una especial cualificación de aquél, por lo que sujeto activo teóricamente puede serlo cualquiera(104).

El tipo subjetivo requiere un elemento subjetivo de lo injusto, consistente en la finalidad de producir armas biológicas o -armas- exterminadoras de la especie humana. Por consiguiente, no es necesaria para la consumación la producción efectiva de estas armas, que queda fuera del tipo (delito de resultado cortado). No se ha previsto, tampoco, la comisión culposa, previsión por lo demás incompatible con la actual estructura finalista del tipo doloso. No obstante, debería haberse pensado en la configuración de un tipo imprudente en relación con el delito del art. 349, sobre manipulación, transporte o tenencia de organismos (de resultado de peligro concreto), dada su enorme potencialidad lesiva para el ser humano y otros seres vivos. Deberían haberse sustituido las palabras "o exterminadoras" por "u otros procedimientos exterminadores", pues no es necesario que tengan la calificación formal de armas ni que su destino preconcebido sea el bélico, siempre que se elaboren con esa finalidad de exterminio.

e) Reproducción asistida no consentida

Artículo 162:."1. Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años. 2. Para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal".

Este delito cuenta con precedentes en el derecho comparado(105). El bien jurídico protegido es la libertad de la mujer

que ha quedado embarazada sin su consentimiento. Sin embargo, no se trata tan sólo de la libertad de la voluntad, bien jurídico específicamente protegido por el delito de coacciones, con el que guarda cierta relación, sino de algo más grave, como es la libertad procreativa y de asumir los deberes derivados de la maternidad, que es en realidad el bien jurídico protegido; o se le pone en la textura de tener que abortar, si está permitido por la ley, lo que directamente no lo está, por haber optado el legislador por regular esta materia en una ley posterior, a diferencia del Proyecto de 1992, que regulaba y prevenía este supuesto (art. 153.1.3ª). Todo ello explica que la pena sea más grave en este delito que en el de coacciones (art. 172.1). De todos modos, la proximidad con este delito, a pesar de algunas notables diferencias, y la lejanía de los que dan razón de ser al Título en el que ha sido incluido, aconsejaba su ubicación junto al mismo. No obstante, por todo lo que antecede debe considerarse acertada la inclusión de esta figura delictiva, en cuanto que el delito de coacciones no siempre puede acoger en su tipo todas las modalidades del de reproducción asistida sin consentimiento de la mujer ni, sobre todo, el mayor contenido de injusto de éste. En consecuencia, debe rechazarse que el bien jurídico protegido lo sea -ni siquiera uno de ellos- la integridad de la madre, pues el embarazo es un fenómeno fisiológico, aunque en este caso haya sido provocado por medios técnicos, y de producirse alguna lesión al realizar tal práctica, habría un concurso de delitos. Tampoco puede aceptarse de ningún modo que lo sea también la libertad sexual de la mujer, como ha llegado a sostenerse, para lo cual basta con recordar que estas técnicas suponen una evidente disociación entre el acto sexual y la reproducción (ni siquiera me parece imaginable un concurso de delitos)(106).

La acción consiste en practicar reproducción asistida en una mujer sin su consentimiento. Se ha modificado la defectuosa referencia a la inseminación artificial del Proyecto de 1992, aludiéndose ahora al más genérico de técnicas de reproducción asistida(107), puesto que éstas pueden provocar igualmente el embarazo no consentido de una mujer (p. ej., la transferencia de embriones obtenidos *in vitro* de la mujer y de su pareja o de donante/s). La técnica que se utilice ha de recaer directamente en una mujer y ha de ser apta para lograr el embarazo de ésta. Así, son actos preparatorios impunes por este delito la obtención de semen de la pareja, la obtención de óvulos de la propia mujer (sin perjuicio del delito a que diera lugar, en mi opinión de lesiones corporales, si se obtienen por punción o lavado uterino) y su fertilización *in vitro*, dando lugar a embriones.

La consumación se produce desde el momento en que se ha utilizado la técnica de reproducción asistida en una mujer,

104) De opinión contraria, GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios al Código Penal*, art. 161, cit., p. 830, quien, erróneamente en mi opinión, considera sujeto pasivo "muy particularmente a los poderes públicos", además de la totalidad de la especie humana.

105) Así, el CP portugués, art. 214 (v. Paula MARTINHO DA SILVA, *A procriação Artificial. Da Ética ao Direito*, en "Revista de Ciência, Tecnologia e Sociedade", nº 10, 1989, pp. 130 y ss.), y el CP colombiano (v. GONZÁLEZ DE CANCINO, *Los retos jurídicos de la genética*, cit., p. 124).

106) V. sobre estas posturas HIGUERA GUIMERA, *El Derecho Penal y la Genética*, cit., pp. 287 y ss.

107) V. el art. 1.1 de la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, que menciona cuáles son estas técnicas, sin perjuicio de que otras diferentes a ellas que pudieran realizarse en el futuro también estarían abarcadas por el tipo.

inseminándola por cualquier procedimiento o transfiriéndole embriones al útero. Resulta complejo delimitar los resultados requeridos por el tipo, pero no me parece exigible para la consumación que haya sido efectivamente fecundado algún óvulo de la mujer (técnicas de inseminación, incluida la microinyección) ni que el embrión o embriones hayan logrado su implantación en el endometrio ni, por consiguiente, que se haya logrado el inicio de la gestación ni que nazca como consecuencia de ello un niño. Por otro lado, no debería acoger los embarazos derivados de una fecundación natural tras una hiperestimulación ovárica provocada pero no consentida, pues aunque ésta es parte del procedimiento de técnicas de reproducción asistida, no es en sí misma apta para la reproducción, atendiendo para ello al bien jurídico protegido propuesto. No creo sea punible como tentativa, dada su regulación actual (art. 16.1), como tampoco cuando se intenta en una niña que no ha llegado a la pubertad o siendo una mujer adulta presenta la imposibilidad fisiológica de llevar adelante la gestación (p. ej., por falta de útero), una vez practicada la técnica de reproducción asistida correspondiente. Salvo en estos casos, es indiferente que la mujer sea fértil o infértil para la consumación del delito, y son admisibles supuestos de tentativa.

Sujeto activo nuevamente puede serlo cualquiera, aunque por las características de la acción será precisa la concurrencia de un profesional capacitado, sin perjuicio de que pueda incurrir en un delito de intrusismo -si no es profesional- o en una infracción administrativa -si no está autorizado por la autoridad correspondiente-(108). Sujeto pasivo lo es la mujer púber, fértil o infértil.

108) El art. 20.2.A.a de la Ley 35/1988 establece como sanción grave: "El incumplimiento de los requisitos reglamentarios de funcionamiento de los Centros Sanitarios y Equipos biomédicos". V. a este respecto el Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida.

Por lo que se refiere a realizarlo "sin su consentimiento"(109), es una expresión problemática, pues entendida en sentido estricto normalmente daría lugar a supuestos coercitivos por lo general ya abarcados por el tipo del delito de coacciones, concurso de leyes que habría que resolver a favor del delito que venimos tratando, aplicando el principio de especialidad. Sin embargo, las hipótesis conflictivas, dudosamente acogidas por el tipo, serían aquéllas en las que el sujeto activo se vale de un consentimiento viciado por haber mediado un engaño relevante pero no esencial (p. ej., en relación con el origen genético del semen -que no fuera de su pareja- o del embrión implantado; anestesiarla con otro fin aparentemente diferente, pero este supuesto sí quedaría incluido, puesto que no medió consentimiento para la práctica de la técnica correspondiente), que son las que precisamente aconsejaban la introducción de una figura específica como la prevista, pero incluyendo esta aclaración. En cuanto a la capacidad para consentir, habrá que acudir a la capacidad natural de juicio y no a la mayoría de edad penal, civil o para contraer matrimonio (incluida la edad para dispensa), ni a la establecida en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida para el acceso a las mismas (dieciocho años, art. 6.1). Dicha capacidad natural habrá de extenderse a la comprensión de la trascendencia reproductiva del acto en el que se consiente, es decir, la maternidad y sus consecuencias.

En cuanto al tipo subjetivo, basta con el dolo que, aunque infrecuente, puede ser también eventual.

109) El art. 6.1 de la Ley 35/1988 establece los requisitos del consentimiento: de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Sin embargo, no todos ellos son necesarios para excluir el elemento del tipo que estamos analizando: el consentimiento en el ámbito penal ha de reflejar la auténtica voluntad del interesado, sin que por ello tenga que ser expreso (puede ser tácito, pero no presunto) ni por escrito (puede ser verbal). V. al respecto, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, cit., pp. 297 y ss.; José Enrique PIERANGELI, *O consentimento do ofendido (Na teoria do Delito)*, 2ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo 1995, pp. 219 y ss

RESPONSABILIDAD CIVIL DIRECTA DERIVADA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS

Enrique Ruiz Vadillo

Magistrado del Tribunal Constitucional, Expresidente de las Salas Social y Penal del Tribunal Supremo,
Presidente del Instituto Europeo de España y Vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho del Seguro, (Sección Española).

IDEAS GENERALES. IMPORTANCIA DEL TEMA

Como es bien notorio el tema de la responsabilidad civil es una de las cuestiones fundamentales y básicas de nuestro tiempo. En general, en el mundo jurídico-privado de la contractualidad y de la extracontractualidad, lo que interesa, en definitiva, es la responsabilidad civil: que el vendedor entregue la mercadería y que el vendedor la pague, que el arrendador entregue la cosa arrendada en buen estado y en condiciones de servir al destino pactado y que el arrendatario satisfaga la renta y así sucesivamente y, al final, si cualquiera de las partes no cumple, que el ordenamiento jurídico ofrezca un sistema idóneo para sustituir con las correspondientes garantías y pronto, la prestación incumplida por la correspondiente indemnización de daños y perjuicios si no puede realizarse el cumplimiento forzoso "in natura" es decir en el tenor en que se llevó a cabo.

Y otro tanto sucede en el campo de las infracciones penales salvando las oportunas diferencias.

En otras palabras, que el incumplimiento que puede definirse como la situación antijurídica que se produce cuando por la actividad culpable del obligado a realizar la prestación, no queda la relación satisfecha en la misma forma que se contrajo, conduzca lo antes posible a una reparación "in natura" o en forma de sustitución que, en la medida de lo posible, sitúe al acreedor en un estado relativamente análogo a aquél en que se encontraba cuando la relación se produjo y se rompió patológicamente. En este sentido los estudios llevados a cabo por el Consejo de Europa.

Antes de seguir adelante y con objeto de anticipar ideas importantes en este orden de cosas, debemos señalar que el Médico no se compromete ni puede hacerlo nunca, a obtener un determinado resultado, sino a poner los medios para conseguir la curación o la no agravación de la lesión de que se

trate y en igual dirección respecto a cualquiera otra de sus muchas actividades.

Cuanto queda dicho probablemente se ve más claro cuando el incumplimiento y sus consecuencias se mantiene dentro de los límites del Derecho privado, incluyendo, a estos efectos, la responsabilidad civil derivada de una infracción penal porque cuando el acto origen de la reparación es culposo por parte de quien resulta deudor, (e, incluso doloso civil), la parte que tiene derecho al resarcimiento no anida en su alma sentimientos de rencor, odio o venganza que, aun no siendo deseables, es comprensible que existan cuando se trata de agresiones dolosas.

De ahí, el punto de vista que vengo manteniendo en este sentido: 1º Que las baremizaciones respecto de los daños corporales, incluida la pérdida de la vida humana, deben generalizarse, siempre que las Tablas se correspondan con los ideales de justicia, proporcionalidad, inequívocidad y certeza propios de un buen sistema y 2º Que en los supuestos de dolo, el contenido económico de la indemnización sea, o pueda ser, superior que en los casos de culpa culposa.

En este sentido debemos relacionar la Ley 30/1995, de 8 de diciembre, de Seguros con el nuevo Código penal, especialmente en sus artículos 114, (relativo a la compensación en el supuesto de culpas concurrentes), 115, (que obliga a razonar las cuantías de los daños e indemnizaciones y permite su fijación en la propia resolución o en fase de ejecución, lo que aun estando ya establecido es, obviamente, un acierto) y 117, (que se refiere a los aseguradores que hubieron asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso y explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad o en los demás casos allí establecidos).

En esta materia, el Consejo de Europa acostumbra a referirse a las reparaciones íntegras lo que es correcto aunque dada la condición de concepto indeterminado de la expresión no siempre es fácil fijar su contenido.

Por otra parte y como bien sabemos no está en absoluto clara la línea que separa la naturaleza civil o penal de un incumplimiento. El Derecho penal asocia penas a las infracciones de esta naturaleza y, por razones que no son del caso, establece que las consecuencias civiles de la responsabilidad penal se ventilen en el proceso penal salvo que el perjudicado no lo desee y prefiera utilizar la vía civil. El Derecho penal fija penas que pueden constituir privaciones de libertad, el civil sólo anuda, en general, consecuencias pecuniarias. Si una persona recibe en depósito un coche y lo vende, en principio comete un delito de apropiación indebida y, en cambio, si alguien compra un vehículo y no lo paga por regla general, salvo que se trate de una estafa, realiza un acto ilícito contractual civil. Como ya expresó Ihering depende de muchas circunstancias que una determinada acción u omisión se incorpore a uno u otro sector del sistema.

Se trata, en suma, de un problema de política criminal que salvo supuestos de notoria arbitrariedad, nadie puede corregir pues como ha señalado el Tribunal Constitucional el poder de configuración de los tipos penales y de determinación de las penas, es amplísimo. (V. entre otras SS de Pleno núms 55 y 88 de 1.996).

Es por ello por lo que, a mi juicio, el legislador, y acaso, por su especial significación, el legislador penal, difícilmente puede ser sometido a un control de inconstitucionalidad por vulneración del principio de proporcionalidad que evidentemente ha de acompañar a toda decisión legislativa, ejecutiva o judicial. En lo que podemos llamar dosimetría punitiva es fácil criticar las decisiones del legislador pero muy difícil establecer patrones o criterios seguros y más aún determinar las consecuencias realmente graves de una declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, teniendo en cuenta su condición de legislador negativo con lo que, de declararse una determinada inconstitucionalidad respecto a los supuestos objeto ahora de estudio, quedaría un vacío sólo integrable por una Ley Orgánica cuya construcción, como sabemos, es siempre compleja.

Nos referimos a este problema en relación concreta del perfil de las imprudencias en sus proyecciones civil y penal, en sus consecuencias y en las formas de persecución que tantas veces han sido y siguen siendo, puestos en tela de juicio por la doctrina científica y la sociedad, en general.

CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. LA CERTEZA COMO UNO DE LOS GRANDES VALORES DEL DERECHO

La responsabilidad civil nace de una acción u omisión antijurídica y generalmente culpable productora de un daño a otra persona o a alguna cosa perteneciente a un tercero. Puede ser un incumplimiento propio o impropio, doloso o culposo, por acción u omisión y, por su origen, contractual o extracontractual. A su lado situamos la responsabilidad civil nacida de las infracciones penales.

Los efectos correspondientes son distintos o pueden serlo en cada uno de los casos y como es algo que afecta al campo de

los derechos disponibles de su titular, dependerá de su voluntad la dirección que aquellos hayan de tomar.

Aunque el tema es controvertido y las opiniones diversas, la distinción entre responsabilidad extracontractual y contractual cada vez se hace menos intensa, así la STS la de 9 de julio de 1.984 entre otras, que parte de que la primera representa un daño causado con independencia de cualquier relación jurídica preexistente entre las partes, mientras que la segunda presupone una relación anterior, generalmente un contrato entre el autor del daño y el que lo ha sufrido. El deber de indemnizar por infracción del contrato se desenvuelve dentro del ámbito de la relación preexistente; en cambio, cuando la indemnización deriva de un ilícito extracontractual, la relación obligatoria surge por primera vez al producirse el daño. Pero, en general, en la actualidad, predomina, cada vez más tanto en la doctrina científica como en la jurisprudencial, la presencia de una teoría relativamente unitaria de la responsabilidad que incluye la contractual y la extracontractual.

En el ámbito sanitario el problema a veces se complica: cuando un enfermo acude a la Seguridad Social la idea de contrato ha de ser examinada cuidadosamente, cuando se acude a un Centro Hospitalario con el que se tiene concertado un contrato privado de asistencia sanitaria, la relación contractual parece evidente entre la Entidad y el asegurado e indirectamente, por decirlo de alguna forma, con el Facultativo que en ella presta sus servicios.

Cuando a consecuencia de un accidente el lesionado queda inconsciente y son terceras personas quienes lo ingresan en un hospital, la inicial relación tiene carácter extracontractual aunque puede transformarse en contractual si el lesionado, en plenitud de capacidad decide continuar en él en vez de ser trasladado a otro Centro.

Estos problemas se agravan cuando se trata de determinar el cuándo y el cuánto de la obligación de indemnizar por el causante del daño corporal o material a la persona que lo sufrió en su persona o en la de un familiar fallecido puesto que como sabemos no se identifica necesariamente el concepto de heredero con el de perjudicado aunque en muchas ocasiones puedan coincidir.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

¿Cuál habrá de ser la cuantía de la indemnización? Baste ahora decir que la incertidumbre respecto de aspecto tan decisivo nos parece, en principio, un atentado al valor esencial de la seguridad jurídica que proclama el art. 9.3 CE. En mi opinión, adelantando ya ideas, por otra parte ya expresadas, es imprescindible que exista un punto de certeza en orden al señalamiento del "quantum" indemnizatorio y que éste responda a criterios estrictos de justicia y no a razones macroeconómicas en perjuicio de las víctimas.

Digamos de entrada que es evidente que existe una diferencia notoria entre el supuesto de daños materiales y corporales,

incluyendo en esta última expresión la pérdida de la vida humana sin olvidar que en el segundo supuesto surge con más intensidad el llamado daño moral o "Pecunia doloris"

En la valoración del daño material lo único importante, hablamos siempre dentro de una cierta relatividad, son unos buenos peritos. Tasar lo que vale un televisor, un coche o un edificio poniendo tres ejemplos bastante frecuentes, supone saber lo que el objeto valía en el mercado en el momento de destruirse o de menoscabarse. Sobre esta base, el juez fijará la cuantía indemnizatoria tomando como punto de partida este dato pero no sólo él. Por ejemplo, una persona que lleva un traje bastante deteriorado es atropellado por un coche destrozándole aquél pero sin daños corporales. Si se le entrega el dinero que vale la ropa destrozada, esa persona no queda resarcida porque con esa cantidad no se va a situar en la posición que tenía cuando el atropello se produjo.

Entendiendo que nada hay fácil en la aplicación de las normas jurídicas, el problema de la valoración de la vida humana y del daño corporal es especialmente complejo y comprometido. Soy consciente de que frente a las ventajas del sistema llamado de baremización o tablas: previsibilidad, uniformidad o igualdad, facilidad en el arreglo, etc., surgen posiciones discrepantes que exponen objeciones importantes y atendibles, como es el caso del profesor Pantaleón y del magistrado Xiol Rios frente a posiciones muy favorables en el sentido opuesto entre las que hay que citar a los magistrados Jiménez García, Vela Torres y otros y al profesor Ricardo de Angel.

Para mí, y lo he dicho muchas veces, el centro del problema radica en encontrar un sistema que sea objetivo, proporcional, equilibrado y, por consiguiente, justo, que deje un cierto margen de discrecionalidad a los jueces en la determinación exacta de la cuantía indemnizatoria que habrá de ser más amplio en los casos de los grandes inválidos.

Si tras el establecimiento de los baremos se escondiera un propósito de beneficio para cualquiera de las partes, lo que digo en un sentido no peyorativo porque pienso que la decisión, acertada o no, estaría movida por un propósito de realizar el bien común, sería absolutamente rechazable. En este sentido me remito a los muchos trabajos que sobre el tema se han publicado, de algunos de los cuales soy autor y a los estudios del Grupo de Trabajo que sobre Valoración del Daño Corporal y de la Vida Humana se mantuvieron en AIDA, (Sección española) que he presidido y presidido actualmente con el estímulo y las aportaciones valiosísimas del Presidente de la Asociación, profesor Sánchez Calero.

La STC italiano 132/85, que declaró inconstitucional la limitación de la responsabilidad civil establecida en un determinado Convenio Internacional, no me convence pero es un dato que con toda obvedad, por la categoría de la Institución, obliga a la reflexión.

Por ello, respetando mucho las críticas, todas ellas de gran altura y llevadas a cabo con la rectísima intención, acepto, es una manera de expresarme, que el baremo se corrija en función de las razones que los críticos exponen, cuando desde una perspectiva muy objetiva, tengan razón, pero me resulta especialmente difícil rechazar el sistema.

Supongo que existen otras vías de solución pero cuando, como quien ahora expone esta Ponencia, ha vivido como juez, fiscal y magistrado esta realidad y ha meditado mucho sobre ella comprobando las injustas e irritantes desigualdades, sin culpa de nadie como no sea del sistema, con indemnizaciones absolutamente distantes, en grado escandaloso, frente a situaciones prácticamente idénticas y sin posibilidad de impugnación, estoy persuadido de que sólo con un sistema justo, muy meditado, construido con la colaboración de muchos especialistas: médicos, cirujanos, psicólogos, economistas y obviamente juristas, se alcanzarán las metas por todos deseadas. Por ello estimo que un brillante porvenir se abre frente a las nuevas aportaciones legislativas de perfeccionamiento del sistema con la afortunadamente inevitable intervención de abogados, fiscales y jueces, así como de los correspondientes expertos entre los cuales figuran en muy primera línea los Médicos Forenses en cuanto forman parte de la propia Administración de Justicia.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL. IDEAS GENERALES

Me parece que nos tenemos que alegrar de que no prosperasen determinadas orientaciones doctrinales y prelegislativas que pretendían sacar del proceso penal, y paralelamente del Código punitivo, que sólo contendría una norma de reenvío, la exigencia de responsabilidad civil procedente de infracción penal que por tanto se resolvería extramuros de dicho proceso penal. En este sentido hay que citar un interesante trabajo que se ha publicado recientemente del profesor Mariano Izquierdo Tolsada.

Los Ordenamientos jurídicos tienen que realizar un concepto de justicia que incorpore siempre la nota de eficacia y dentro de ella la exigencia de que las decisiones se tomen siempre, en un plazo razonable, (y todos sabemos lo que esto significa) dentro de un proceso con todas las garantías.

Tal vez esté equivocado pero sigo convencido, como lo estaba cuando en plena juventud tomé posesión del primer juzgado, de que no es necesario el tiempo que generalmente se invierte en los procesos cuya decisión final debe estar arropada por un razonamiento digno y esclarecedor pero no acompañado de una monografía sobre el tema ni de una relación interminable de resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, bastando con la cita inteligente de aquellas sentencias más modernas que hayan establecido, desde la organización piramidal en que el sistema judicial consiste, los criterios correspondientes. Como tampoco son necesarios, por regla general que en éste y en el caso anterior, tiene excepciones, escritos interminables que transforman la documentación unida al proceso, incluidos los escritos de las partes, en un arsenal de papeles de difícil entendimiento. Lo verdaderamente importante es que todas las partes, con igualdad de armas, (salvo en el proceso penal en el que el acusado tiene más derechos que el acusador y es lógico que así sea) y eficacia, con la asistencia y defensa de un abogado, piedra esencial

en un Estado de Derecho que quiera de verdad vivir bajo los postulados de la Justicia. En este sentido quiero citar a Ossorio y Gallardo, a Hernández Gil, a Antonio Pedrol, Eugenio Gay y Luis Martí Mingarro, a Juan Muñoz y un muy largo etcétera.

Si entre todos, y estoy seguro de ello porque por mi larga experiencia conozco bien a la mayor parte de los jueces y fiscales y a muchísimos abogados, ponemos verdadera ilusión en la tarea, el porvenir de la justicia al servicio de los ciudadanos, siempre bajo el imperio de la Ley, como manda la Constitución, habrá de ser espléndido.

El Código penal nuevo dedica el Título V del Libro I, a la responsabilidad civil con esta rúbrica: "De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales". Debe advertirse que, en virtud de la Disposición Final sexta este título tiene carácter de ley ordinaria. Además, la Disposición Derogatoria 1ª letra A. del mismo Código deja subsistentes las Disposiciones Adicionales 1ª y 2ª de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código penal de 1.973 Texto Refundido, referentes a los procesos civiles, cualquiera que sea su cuantía, relativos a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la circulación de vehículos de motor que se decidirán en juicio verbal, (lo cual no nos parece acertado). En cambio, se deroga la Disposición Adicional 3a y por consiguiente se deja subsistente, en este orden de cosas, la Ley del Seguro creemos que con acierto porque dicha disposición, como en su momento puso de relieve Mariano Medina Crespo, era difícilmente mantenible pues sólo confusión e injusticias creaba.

Pues bien, el tema de la responsabilidad civil y su extensión ha tenido pocos cambios. El art. 109 establece los principios generales: 1) La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta, obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados. 2) El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil. No hay en ello, pues, novedades.

El número primero es el principio que inspira la ordenación de la responsabilidad civil procedente de infracciones penales mientras el segundo es una norma de derecho procesal que, a mi juicio, sobre en el texto punitivo, (V. artículos 142 Y 742 LECrim. 10 de la LOPJ y 362 de la LEC. También la Ley 35/1995, de 11 de diciembre de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual).

ESPECIAL REFERENCIA A LOS SUPUESTOS DE IMPRUDENCIA PENAL

Respecto de las imprudencias punibles que, por regla general, serán las infracciones que más frecuentemente, a los efectos que ahora interesan, generarán el mayor número de responsabilidades civiles, parece de interés recoger en una especie de cuadro, el sistema tal como queda establecido por el nuevo Código penal de 1.995.

Delito	Naturaleza	Resultado	Penas	Artículo
Imprud	Grave	Muerte	De 1 a 4 años	142.1.
Id.profes	Id.	Id.	Id.+ Inh 3 a 6 a.	142.3.
id.	id.	Lesiones	A.f.s 7 a 24 lesl47 Prisión la3a.Idl49 Id.6m a 2a Id.150	152.
Id. profes.	Id.	id.	Id.+Inh 1 a 4 a.	
id.	id.	Id.menos grave.	Multa 1 a 2 m.	621 y 147
id.	Leve	Muerte	Id. la 2 m.	621.2
id.	Leve	Lesión delicto.	Id.15a3Od.	621.3

Las infracciones penadas en el artículo 621 sólo se persiguen mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

V. También Disposición Adicional 3a del Código penal nuevo en relación con los procesos penales por imprudencia. (arts 267 y 621 del mismo Código).

CONCEPTOS QUE COMPRENDE

El art. 110 del Código penal nuevo incluye, como lo hacía el derogado los siguientes conceptos: 1º La restitución. 2º La reparación del daño y 3º La indemnización de perjuicios materiales y morales.

Restitución. Deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros o menoscabos que el juez o tribunal determinen. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta, (art.111.1). En el apartado 2 se señala que esta disposición no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos en las leyes para hacerlo irrevindicable,(v. arts 85 y 86, 324, 545.3, 547 Y ss, 560 Y 561 del Código de Comercio, 34 y ss de la Ley Hipotecaria y 464, 1955 y cc del Código civil). Pensemos en los supuestos de robo y hurto por una parte y estafa y apropiación indebida, por otra.

Y en orden a las Cajas de Ahorro y Montes de Piedad, será en muchas ocasiones necesario "levantar el velo" para captar la verdadera naturaleza de la operación realizada y deducir de ello el posicionamiento que deben ocupar estas Instituciones en este orden de cosas. Doctrina que ha mantenido la Sala Penal del Tribunal Supremo.

Ningún cambio se ofrece, pues, como no sea alguna mínima modificación en la redacción que para nada altera el sentido y significación de la norma.

Reparación. El art. 112 dice: La reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, hacer o no hacer que el Juez

o Tribunal establecerá, atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidos por el mismo o quedar su ejecución a su costa. (Y. art. 216 del nuevo Código penal, art. 103 del derogado; arts 1.088, 1.089, 1.096 Y 1.099 del Código civil y 923 de la LEC).

Aquí sí se han producido importantes novedades. El art. 103 del Código penal derogado decía: La reparación se hará valorando la entidad del daño por regulación del tribunal, atendiendo el precio de la cosa, siempre que fuera posible, y el de afectación del agraviado.

Es decir, a partir del nuevo Código penal, el juez o tribunal podrán, en los supuestos en los que no sea hacedera la restitución, fijar una serie de obligaciones para el condenado que podrán consistir en dar, (por ejemplo, dinero), en hacer, (publicar o divulgar la sentencia a cargo del condenado, en el tiempo y forma que el juez o tribunal consideren más adecuados a tal fin oídas las dos partes, (v. art. 216 del nuevo Código penal) o en destruir un muro que dificulta la entrada a la finca usurpada) o incluso establecer una obligación de no hacer (no levantar una pared). En definitiva se trata de conseguir que la resolución judicial resulte plenamente eficaz.

En el caso de que voluntariamente no se lleven a cabo estas acciones u omisiones, me parece que se podrá incurrir en un delito de desobediencia previsto y penado en el art. 556, (desobediencia grave que se castiga con prisión de 6 meses a 1 año) o en la correspondiente falta del art. 634. (Multa de 10 a 60 días) que es a mi juicio el sistema que debió seguirse para el supuesto de impago de prestaciones económicas en favor del cónyuge y/o de los hijos que se contempla en el art. 227 del nuevo Código). La reforma, en mi opinión, dota a los jueces y tribunales de nuevas fórmulas que hay que esperar y desear sean eficaces frente a la resistencia pasiva de los condenados en este orden de cosas, lo que, sin duda, produce un grave daño social.

Indemnización de daños y perjuicios. Finalmente, nos encontramos con el art. 113 que dice así: La indemnización de daños y perjuicios materiales y morales comprende no sólo los que se hubiesen causado al agraviado sino también los que se hubiesen irrogado a sus familias o a terceros. (V. arts 1.106 y 1.107 del Código civil y concordantes).

Se mantiene así una importante proyección en cuanto a las personas legitimadas para las percepciones indemnizatorias. (V. art. 97 y cc de la Ley General de la Seguridad Social).

Compensación. Si la víctima hubiera contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, dice el art. 114, los jueces o tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización. (V. art. 1.103 del Código civil).

Por ello, en mi opinión si en la correspondiente resolución judicial se declara que el perjudicado o víctima contribuyó a la producción del daño, no cabe otra solución que rebajar la cuantía de la indemnización siempre de manera razonada, (art. 120.3 CE) que, en su caso, y a mi entender, será suscep-

tible de ser recurrida en casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Y ello afectará, así lo pienso, a los supuestos en los que fuera la víctima (que resultó fallecida) la cooperadora con su comportamiento al resultado y un familiar el que hubiere de recibir la indemnización.

BASES FUNDAMENTADAS DE LAS CUANTÍAS DE LOS DAÑOS

El art. 115 del nuevo Código penal dice: Los jueces y tribunales al declarar la existencia de responsabilidad civil establecerán razonadamente, en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución.

A mi juicio, de esta importante declaración legislativa se obtienen, entre otras, las siguientes conclusiones:

1ª. La obligatoriedad de fijar en la correspondiente resolución judicial las bases en que se fundamente la cuantía de los daños e indemnizaciones, esto es rechazándose que el "quantum" pueda ser señalado sin motivación o razonamiento. Habrá, pues, que explicar el porqué de la cuantía, algo que me parece definitivamente importante.

En el caso de muerte o lesiones se deberán expresar primero las circunstancias que concurren: descripción pormenorizada de las circunstancias del fallecido, en su caso, de la lesión o lesiones sufridas, consecuencias probables, con los apoyos técnicos oportunos, edades, profesiones, estado familiar y profesional, ingresos, etc, etc. Respecto a las consecuencias de cada una de las lesiones está trabajando el Equipo del profesor Borobia con gran éxito.

En función de lo que queda dicho, si la cuantía indemnizatoria no respondiera a criterios de racionalidad, de lógica o fuera arbitraria, la decisión sería atacable porque la Constitución proscribiera toda manifestación de arbitrariedad, (que es el arbitrio no fundado), no sólo en apelación que lo ha sido y sigue siendo procedente, teniendo en cuenta que el juzgador en la segunda instancia se sitúa en la misma posición jurídico-procesal que el de la primera, (v. Almagro Nosete, Gómez Orbanejá, Gimeno Sendra, Vázquez Sotelo, entre otros) sino también en la casación, debiendo el Tribunal Supremo, ese es mi modesto punto de vista, dictar en su caso una segunda sentencia, (¿cuándo se acabará con el sistema ya suprimido en la jurisdicción civil, de las dos sentencias?) si existen suficientes datos para reparar o corregir el defecto o mandando que se dicte una nueva sentencia, (después de anular la recurrida) donde se incorporen los datos no tenidos en cuenta. (a mi juicio es preferible la segunda solución para dar siempre oportunidad al recurso).

2ª. Que el montante se puede fijar en la propia resolución, (lo que es procedente hacer cuando se disponen ya de todos los datos) o en el momento de la ejecución si aquello no ocurre,

por ejemplo, se desconoce si habrá que amputar la pierna o el brazo, supuestos relativamente frecuentes, por desgracia.

DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Si existe un solo responsable criminalmente del delito o falta él será también el único responsable civil directo, si del hecho obviamente se derivan daños y perjuicios, (art. 116.1 del nuevo Código penal).

Si son dos o más los responsables penalmente, los jueces o tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno, siempre de manera motivada, algo sobre lo que no nos cansamos de insistir por la importancia que tiene en el mantenimiento de los principios básicos del Sistema. Se trata, en definitiva, de razonar el porqué. En muchas ocasiones se tratará de dividir el importe total de la indemnización entre el número de responsables, pero en otras habrán de fijarse cuantías diferenciadas lo que es absolutamente justo que así suceda siempre y tal vez con mayor razón en los supuestos de imprudencia en la cual ésta puede alcanzar niveles muy distintos. Pensemos en un acto médico o quirúrgico: cirujano, anestesista, reanimador, auxiliares, etc, en la caída de un edificio: arquitecto, arquitecto técnico, constructor, etc.

Dentro de la responsabilidad civil directa, (la subsidiaria es objeto de otra Ponencia) aparece el posible juego de autores y cómplices, (los encubridores no son ya intervinientes en la fase de participación delictiva, sino autores o cómplices de un delito autónomo, v. arts 451 y ss del nuevo Código, reforma que resolverá, como dice el profesor Gimbernat el problema complejo de la participación al tratarse hoy de una modalidad delictiva).

Por ello, a mi juicio, convendrá, acaso, hablar de responsabilidad civil directa, (y dentro de ella de responsabilidad civil directa, inmediata y mediata) y finalmente de responsabilidad civil subsidiaria.

En efecto, en el apartado 2 del art. 116 se dice: Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables. La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva; primero en los bienes de los autores y, después, en la de los cómplices. Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como en la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiera pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno.

A mi juicio, resulta obligado que los jueces y tribunales, cuando haya una pluralidad de condenados, fijen la cuota correspondiente a cada uno, aunque si no lo hacen habrá de regir el Código civil y presumirse, (v. art. 1137 y ss) que todos responden por igual, (v. SSTS 22 de 8 de febrero 1. 991 y 5 de marzo 1. 993) . En cambio, no será posible fijar cuotas para los inculpados que no son juzgados con aquéllos contra

los que se celebra el juicio oral, lo que obligará a corregir el cuadro indemnizatorio cuando se dicte sentencia para ellos, tema muy complicado, (SSTS 2a 24 febrero 1.986, 7 marzo 1.986 y 25 de mayo 1.990). Ello implica disociar supuestos de débito y responsabilidad y fijar cuantías desiguales. Por ello y por tantas otras razones es tan delicado juzgar de manera fraccionada un hecho natural que es imparcelable y que al dividirse artificialmente sólo problemas, algunos prácticamente insolubles, plantea.

EXPRESIÓN GRÁFICA DE LO ANTERIORMENTE ESTABLECIDO

La indemnización en un supuesto de asesinato consumado se ha fijado en 33 millones de pesetas en los siguientes términos:

Autor 1= 10 millones.	Cómplice 1= 1 millón
Autor 2= 10 millones.	Cómplice 2= 1 millón.
Autor 3= 5 millones.	Cómplice 3= 500 mil
Autor 4= 4 millones	Cómplice 4= 500 mil.

El juego, dentro de la posible dinámica de situaciones, podría ser éste:

Autor 1 = Responsabilidad directa inmediata: 10 millones.

Responsabilidad mediata solidaria, (si son insolventes los Autores 2, 3 y 4: 20 millones).

Responsabilidad mediata subsidiaria, (si son insolventes los Cómplices 1,2,3 y 4: 3 millones).

Autores 2,3 y 4 = Lo mismo, con la correspondiente incidencia en las cuantías de la responsabilidad civil directa, inmediata y mediata, en la solidaria y en la subsidiaria en los términos ya señalados y que para evitar repeticiones inútiles no repetimos.

Cómplice 1= Responsabilidad directa inmediata: 1 millón.

Responsabilidad mediata solidaria. (si Cómplices 2, 3 y 4

En mi opinión, fijada la cuantía indemnizatoria total, si aparecen después nuevos culpables y ha de ser enjuiciada una o varias personas que no lo fueron inicialmente, aquélla no debe alterarse y lo único que hay que hacer es incorporar a los nuevos condenados al sistema indemnizatorio ya establecido.

LOS ASEGURADORES

Los aseguradores que hubieran asumido el riesgo de la responsabilidad pecuniaria derivados del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determina el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin

perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda. (art. 117 del nuevo Código penal).

Cuanto queda expresado ¿qué significa? Sin entrar en mayores problemas que corresponden a esta Ponencia, creemos que supone lo siguiente: En la zona económica cubierta legal o convencionalmente por la Entidad Aseguradora, a favor de una determinada persona, responsable civil directo o subsidiario, ese responsable no puede ser declarado insolvente, de tal manera que entre las piezas de responsabilidad civil del responsable penal directo o subsidiario y la del Asegurador, (seguro de suscripción voluntaria u obligatoria) ha de existir un perfecto corre lato en el sentido de que sólo se abrirá aquélla por la diferencia, en su caso, entre la cantidad exigible y la cantidad asegurada.

Por otra parte debe observarse que la Ley habla de responsabilidad civil directa, expresión muy gráfica que permitirá, sin duda, resolver muchos problemas prácticos.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA CLASE MÉDICA Y EN GENERAL DE LOS SANITARIOS Y DE OTROS PROFESIONALES

Probablemente las profesiones imprimen carácter y en este sentido la realidad social que he vivido profesionalmente desde mi juventud hasta hoy, me han hecho muy pragmático, sobre todo en orden a lo que el Derecho debe significar en la sociedad en cuanto instrumento eficaz de realización de la justicia.

Hace unos días leía preocupado un artículo en el que más o menos se decía que la llamada medicina "defensiva", podía constituir un ilícito penal por constituir una grave infracción de unos determinados deberes, que entre otros, incumben a los profesionales de la Medicina y, especialmente, pero de manera única, a los Cirujanos. Es decir que la adopción de "excesivas" precauciones frente a una operación delicada en la que existe un importante riesgo de pérdida de la vida o de quedar en una situación de invalidez permanente, pudiera ser, según ese artículo, una infracción penal: delito o falta. ¿Qué son medidas "excesivas"? Y si lo son pero vienen determinadas por el temor del Médico o Cirujano a que si nos las toma se le tache de imprudente y entonces se le castigue como autor de un delito de homicidio o de lesiones por imprudencia

grave o leve. ¿Qué sucede? (v. arts 142, 152 Y 621 del nuevo Código penal nuevo) . Pensemos en la práctica de las correspondientes reacciones alérgicas y hasta donde deben alcanzar, (v. los trabajos especialmente valiosos que en este sentido ha publicado el magistrado Martínez Pereda).

El Derecho opera con personas y lo que podemos llamar "normalidad" social o actuación conforme a unos patrones aceptados como diligencia media ha de ser aplicada, en principio, en los supuestos de imprudencias cometidas por los distintos profesionales en las distintas ramas de la Ciencia y de la Práctica. Y ahí tenemos nacida del Derecho romano, a través de la diligencia del buen padre de familia, la diligencia del buen médico o cirujano que en estos casos, como con acierto destaca el magistrado y profesor Martínez Calcerrada, hay que asociar al cumplimiento de las normas que nacen de la "lex artis ad hoc", que vienen a ser como el marco sobre el que los Médicos han de moverse.

Por ello, y con esta idea termino casi de igual manera que empecé esta Ponencia, hay que poner de relieve que lo importante es que el sistema alcance un cierto equilibrio que permita al mismo tiempo que las personas que han sufrido una lesión corporal o mental, como consecuencia del mal funcionamiento de los Hospitales, reciban la correspondiente indemnización sin necesidad de buscar, cuando no existe, una imprudencia civil y menos aún penal. Y por supuesto que cuando existan se investiguen con todas las garantías y se sancionen.

A mi juicio, es tan diferente el presupuesto de un comportamiento doloso frente a otro culposo, (hasta me parece que debiera pensarse en un Código aparte de infracciones culposas excluidas del Derecho penal) que para estos últimos es preciso evitar que se produzcan unas consecuencias que probablemente nadie o muy pocos quieren con lo cual el sistema de baremización de indemnizaciones en los supuestos de pérdida de vidas humanas y de daños corporales, (pérdidas de órganos funcionalmente o anatómicamente) puede ser un magnífico punto de apoyo para que el equilibrio impere en esta materia a la que con ello, se dota de certeza en las relaciones humanas y dentro de ellas en las profesionales en cuanto inciden en el Derecho.

Permítanme que exprese una vez más mi admiración y respeto a la Clase médica española y a sus colaboradores, a la cabeza sin duda, desde el punto de vista Humano y Profesional de una actividad tan difícil, compleja y complicada.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA EN EL PROCESO PENAL CONTRA LOS PROFESIONALES SANITARIOS

Francisco Soto Nieto

Doctor en Derecho.

Magistrado del Tribunal Supremo (Adscrito)

SUMARIO: I. Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios. Responsabilidad civil directa y responsabilidad civil subsidiaria. n. Características y requisitos de la responsabilidad civil subsidiaria. III. Responsabilidad civil subsidiaria de las administraciones publicas en causa penal contra profesionales sanitarios. Estudio del artículo 121 del código penal. IV. Ámbito de la legitimación defensiva reconocible al responsable subsidiario. V. Seguro voluntario de responsabilidad civil. Cobertura de la responsabilidad civil del profesional sanitario y de los centros hospitalarios. VI. Responsabilidad civil de los profesionales sanitarios y de la administración publica fuera del procedimiento penal.

1. RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS. RESPONSABILIDAD CIVIL DIRECTA Y RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA

Los progresos de la ciencia médica han sido espectaculares en los últimos tiempos. Los avances científicos y técnicos ponen de continuo en jaque al profesional de la medicina. Un incesante reciclaje y puesta a punto le reclama por doquiera. En sus incitaciones curativas ha de aventurar tratamientos y técnicas que, apenas iniciados, están brindando paso a nuevos avances y descubrimientos cuya incorporación arrastra un inquietante coeficiente de riesgo. Todo el trabajo del médico, aun el más tradicional y consabido, se desenvuelve hoy bajo el signo de la masificación y de la urgencia. La relación médico-paciente, presidida por el conocimiento y la confianza, se oscurece y diluye en los grandes centros hospitalarios, entre el doble anonimato del médico sumergido en un equipo despersonalizado, y del paciente, más identificable en los gráficos y en los datos del ordenador que en su singularidad y en su drama. El camino está erizado de peligros. Desde luego, se ha acentuado la feliz resultancia en el tratamiento de muchas enfermedades y en la curación de múltiples padecimientos. Mas de ese despliegue de fuerzas e instrumentos al servicio de la vida han surgido nuevos riesgos que impulsan a un reexamen y replanteamiento del alcance de los deberes del médico. Y, además de las consecuencias que cualquier mal sobrevenido ha de reportar en la

vertiente civil en orden a la obtención de la reparación integral de los daños sufridos por el paciente.

Sobre el médico pesa una obligación de medios. En todo intento curativo se cuenta con un margen de intuición y advinanza. No todo tratamiento estéril o intervención quirúrgica inexitosa, suponen una acción reprochable del médico y, menos, su subsunción en el tipo penal de la imprudencia. La actividad médica se desarrolla bajo la inspiración y propósito de prestación de un servicio atencional y curativo al paciente. Existe un consenso social legitimante que en principio aleja aquella intervención de la órbita penal. Si hay que juzgar una actuación médica, antes de llegar a un dictado que lleve a detectar la presencia del tipo de injusto habrán de agotarse las posibilidades de mero reproche conforme a los cánones de la culpa civil, en cualquiera de sus fórmulas o especialidades. Sólo cuando pueda acusarse la infracción del deber objetivo de cuidado (desvalor de acción), podrá apuntarse hacia la perfilación del delito imprudente. La contemplación de la situación total del hecho en su dimensión personal y temporal puede llevar a la precisión del indicado deber así como a la del grado de su conculcación. La pertenencia o la adscripción a una determinada actividad obliga a saber -y querer- realizada de forma adecuada, precedida siempre de la información precisa. Ello forma parte del deber de cuidado interno. A continuación el médico o sanitario ha de ajustar su comportamiento a la norma reglamentaria o sociocultural advertida, deber de cuidado externo, objeto de atención primaria ante cualquier enjuiciamiento de su proceder profesional.

Cual puede intuirse, en íntima relación con este deber de cuidado y para el veredicto de culpabilidad imprudente prospere ha de contarse con la previsibilidad de los efectos que pueda deparar la acción puesta en marcha generadora de un riesgo excedente del normal que todo intento curativo entraña. A la que habrá que añadir para la determinación de la culpa la nota de prevenibilidad puesta a contribución de la diligencia necesaria, en el orden normal de las cosas, para impedir la originación del daño. El discernimiento y buen sentido del profesional de la medicina le orientarán acerca del margen de riesgo que razonablemente quepa arrastrar en aras de la mejor realización del fin curativo propuesto. El juicio de culpabilidad, en cierre razonante y apreciativo, vendrá a justificar el reproche que el Juez o Tribunal reserve a la conducta del médico.

La inobservancia del deber de cuidado pone en marcha la cadena causal que aboca en la lesión del bien jurídico de la salud o de la vida que se trata de proteger. El resultado dañoso se produce involuntariamente, pero el agente ha de encararse con la imputación de falta de diligencia, cuando los efectos nocivos eran previsibles, cuando pudieron adoptarse medidas para su prevención, cuando en la descripción de la conducta del facultativo pueden encontrarse esos fallos o vacíos que la presentan como tachable o inadecuada para el fin propuesto. La acción desata un peligro injustificado, excedente del normal socialmente admitido en estos casos.

En marcha el proceso penal por la imputación de una imprudencia punible, junto a la acción propiamente penal, se ejercita también la acción civil correspondiente encaminada a la reparación del daño e indemnización de perjuicios causados por el hecho (artículo 100 de la L.E.Cr. y 1.089 del c.c.). El artículo 19 del C.P. derogado advierte que "toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente". Conforme al artículo 116.1 del C.P. de 1.995, "toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios". El que en el juicio penal se ventile la responsabilidad civil directa que eventualmente pueda corresponder al facultativo o sanitario encausado, responde a un principio de economía procesal y a la utilidad que supone el que en un solo proceso se diluciden y resuelvan todas las pretensiones que puedan tener su origen en la actuación médica que se enjuicia. No hay una diferencia cualitativa entre la antijuridicidad civil y penal, sino en razón a criterios político-criminales que llevan a la tipificación penal de ciertos ilícitos. Esa sola antijuridicidad -afirma BUSTOS RAMÍREZ- y que las diferencias entonces entre ilícito civil y penal son más bien de carácter cuantitativo es lo que lleva a postular la unidad procesal de la acción civil y penal derivada del hecho del delito, sistema establecido por el legislador español¹.

Mas junto a la responsabilidad civil directa de los partícipes en el hecho criminal, la ley acoge y regula la responsabilidad

civil subsidiaria de terceros -personas naturales o jurídicas- que si bien se hallan fuera del círculo definidor de los penalmente implicados, mantienen con los protagonistas del ilícito penal alguna relación jurídica o de hecho que justifica sean llamados, caso de insolvencia de aquéllos, a prestar cobertura a ese deber indemnizatorio correlativo a la damnificación o perjudicialidad generadores de la responsabilidad penal. Si en un principio se adujo como fundamento de la responsabilidad subsidiaria un reproche por culpa, in eligendo o in vigilando, tales supuestos de descuidada selección o control defectuoso serán limitados en el substrato de la responsabilidad civil subsidiaria. En la designación del representante, gestor o funcionario, en el nombramiento de la plantilla médica o sanitaria de un centro hospitalario, pueden adoptarse las máximas garantías y desplegarse todas las cautelas. La movilización del principal o de la Administración en que se engloba el agente para una respuesta civil resarcitoria halla otros caminos fundamentadores. Si en esfuerzo de síntesis se nos exige una frase compendiosa que respalde el compromiso patrimonial del responsable subsidiario, diríamos que nos hallamos ante una responsabilidad por creación de un riesgo en consonancia con el principio ubi commodam ibi incommoda.

Cuando nos hallemos ante la imputación penal de médicos o profesionales sanitarios en general, ejercientes en Centros sanitarios privados, la posible responsabilidad civil subsidiaria de éstos halla su reflejo legal en el artículo 120, 40 del C.P. de 1.995, conforme al cual son responsables civilmente en defecto de los que lo sean criminalmente, "las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios". Se corresponde con el artículo 22, párrafo primero, del derogado Código. En ellos se refleja y condensa legalmente la teoría general sobre la responsabilidad civil subsidiaria. Una abundante producción jurisprudencial ha ido desarrollando sus exigencias y características. A su través y de su estudio puede apreciarse la evolución experimentada por el instituto así como la acusada inspiración social que hoy día le preside antes y por encima de la personal y singularizada atención que le moviliza. Debe tenerse en cuenta -explica LLAMAS POMBO- que para la existencia de una responsabilidad de la clínica, hospital o centro privado será necesario que posea personalidad jurídica o bien que la propiedad u organización de las mismas se encarne en una persona física que puede ser médico o carecer de esta cualidad. También es posible que forme parte de una empresa sanitaria o aseguradora más amplia que es la que ostenta personalidad jurídica².

Si los profesionales sanitarios encausados penalmente se desenvuelven en el marco de la sanidad pública, no puede desconocerse su condición de funcionarios. Es el artículo

¹ BUSTOS RAMÍREZ: Manual de Derecho Penal. Parte general, 4ª ed. puesta al día por HORMAZABAL, PPU, Barcelona, 1.994, pág. 604.

² LLAMAS POMBO: La responsabilidad civil del médico, Ed. Trivium, Madrid, 1.988, pág. 296.

121 del nuevo Código Penal el que articula el modo y manera de hacer efectiva la responsabilidad subsidiaria de los Centros e instituciones respectivos, particularmente de la Seguridad Social -INSALUD-, y, en definitiva, del Estado, Comunidad Autónoma, municipio y demás entes públicos, según los casos. Esta modalidad de responsabilidad subsidiaria supone una insoslayable vinculación procesal que se halla ausente en la primera. Y, además, gravita sobre ella una carga de objetividad derivada de su entronque con el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, de tan amplio arco abarcador, que el artículo 139 de la Ley 30/1.992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas recoge, fiel al mandato constitucional del artículo 106 de la Carta Magna. Esta concepción -ha escrito con acierto MUÑOZ MACHADO- se refiere a una idea que ha penetrado profundamente en la conciencia jurídica de los pueblos modernos, el de igualdad de todos ante las cargas públicas. La actividad del Estado se ejerce en interés de la colectividad entera, las cargas que entrañan no deben pesar más sobre los unos que sobre los otros³.

La Ley General de Sanidad parte de una dualidad en nuestro sistema hospitalario, sanidad pública y sanidad privada. Mas cuenta, a su vez, con una proliferación de conciertos o protocolos (artículos 88 a 94 de la LG.S.) y ello porque -precisa FERNÁNDEZ COSTALES- la asistencia sanitaria que se viene prestando a los beneficiarios de la Seguridad Social en virtud de su propia insuficiencia, tanto públicos como privados, se halla regulada por dichos conciertos de prestaciones de servicios y actividades sanitarias si bien tienen carácter subsidiario y complementario⁴.

Aludiremos brevemente a los supuestos de gestión indirecta de los servicios sanitarios públicos, hospitales generales del sector privado comprometidos y vinculados al Sistema Nacional de Salud para atender necesidades asistenciales provenientes del sector público. Ello puede efectuarse merced a un convenio singular de vinculación (artículos 66, 67, 68 de la Ley General de Sanidad 1411.986, 25 de abril), o por vía del concierto sanitario (artículo 90 de la misma Ley). El convenio singular con hospitales privados merece la calificación de contrato administrativo de servicio público en su modalidad de concierto. El concierto sanitario tiene por objeto la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a los que cuenta la administración sanitaria. Según VILLAR ROJAS, tras un minucioso estudio de la ordenación legal, la consideración de la asistencia sanitaria como servicio público es la causa de que la administración sea responsable directa de los daños que se causen a los usuarios en el curso de su funcionamiento, sin que la concertación de su gestión modifique el alcance de su deber de reparar. El reparto de responsabilidades de que dispone la ley limita sus efectos a

la relación administración-contratista. Aquélla será responsable directo y único cuando el daño sea causado por una actuación del contratista en ejercicio de una orden directa e inmediata. En cambio en los restantes daños, su responsabilidad directa no impide que ejercite la acción de repetición sobre el patrimonio del contratista⁵. Mas en cualquiera de los casos la Administración pública figurará como responsable civil subsidiaria en procedimiento penal incoado por presunta culpabilidad del profesional sanitario incardinado en el Centro privado concertado con la Administración sanitaria para la prestación de servicios asistenciales. Siempre bajo el régimen del artículo 121 del Código Penal.

II. CARACTERÍSTICAS Y REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA

Los ejes cardinales sobre que se asienta la responsabilidad civil subsidiaria⁶ han experimentado una relajación o flexibilidad en su apreciación, sintonizando con la prescripción del artículo 3.1 del Código Civil y en correspondencia con la adecuada realidad social de nuestro tiempo. La interpretación atemperada y progresiva del precepto ha consistido para la jurisprudencia en ensanchar las bases esenciales sobre las que se levanta este tipo de responsabilidad, adaptando así los Tribunales el derecho al desarrollo de la vida social, eliminando su estatismo y dotándole del dinamismo necesario para que se impongan las soluciones adecuadas allí donde la Ley ha querido llegar en su espíritu, ávida de resolver las realidades sociales con la mayor justicia y equidad, aunque la letra se muestre alicorta y aparenacialmente reticente. De ahí que se hable, a propósito de la interpretación del artículo 22 del C.P. derogado -hoy artículos 120, 4º, Y 121-, de la progresividad y generosidad que demandan las realidades sociales del momento y de la acogedora interpretación del precepto con ponderado objetivismo en atención a referidos postulados (Cfr. sentencias de 8 de febrero, 1 de marzo y 6 de abril de 1.990, 12 de mayo, 2 de junio y 16 de septiembre de 1.992, 21 de marzo y 28 de septiembre de 1.994).

En tal sentido se destaca la evolución de la jurisprudencia respecto a la acentuación del carácter objetivo del instituto de la responsabilidad civil subsidiaria con abandono, al menos atenuación, de los viejos principios de la "culpa in eli-

⁵ VILLAR ROJAS: La responsabilidad de las Administraciones Sanitarias: Fundamento y límites, Ed. Praxis, Barcelona, 1.996, págs. 103 y ss.

⁶ LUZÓN DOMINGO: Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal, Ed. Hispano-Europea, Barcelona, 1.960, n.º, pág. 193. CÓRDOBA RODA Y RODRÍGUEZ MOURULLO: Comentarios al Código Penal, Ed. Ariel, Barcelona, 1.972, pág. 982. CUELLO CALON: Derecho Penal, revisado por CAMARGO HERNÁNDEZ, 18ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1.981, pág. 816. BUSTOS RAMÍREZ: Manual de Derecho Penal español. Parte general, Ed. Ariel, Barcelona, 1.984, pág. 464. BAJO FERNÁNDEZ: "Fundamento de la responsabilidad civil subsidiaria del artículo 22 del Código Penal", Revista de Derecho Público, julio-septiembre de 1.978, pág. 715.

³ MUÑOZ MACHADO: "Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración Sanitaria", Documentación Administrativa, n.º 237-238, enero-junio de 1.994, pág. 272.

⁴ FERNÁNDEZ COSTALES: La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería), LA LEY-ACTUALIDAD, Madrid 1.995, pág. 41.

gendo" o "in vigilando"⁷, y fortalecimiento, por el contrario, de las ideas del gravamen que sufren quienes por la actuación, creadora de riesgos, de determinadas personas, soportan daños materiales y/o morales (Cfr. sentencias de 19 de diciembre de 1.992, 24 de febrero de 1.993, 7 de febrero y 6 de mayo de 1.994). Evolución realmente aperturista y progresiva en la interpretación del derogado artículo 22 del c.P. con el ánimo loable de evitar a los perjudicados situaciones de desamparo producidas por la circunstancia, por la tantas veces observada en la práctica, de la insolvencia parcial o total de los directamente responsables. Interpretación abierta y flexible que ha permitido ensanchar el ámbito de las personas naturales o jurídicas que no siendo responsables del delito o falta pero relacionadas de algún modo con la acción punible, pudieran ser obligadas al pago de las correspondientes indemnizaciones en beneficio de los perjudicados (Cfr. sentencias de 1 de abril y 16 de septiembre de 1.992 y 13 de octubre de 1.993). Interpretación extensiva que ha ido cundiendo y que no supone ninguna desviación de la hermenéutica que debe emplearse cuando de cuestiones civiles se trata, naturaleza o carácter civil de la norma del artículo 22 del C.P., pese a su articulación en el seno del texto punitivo penal (Cfr. sentencias del 12 de marzo de 1.992, 13 de octubre y 15 de noviembre de 1.993). Cual comenta RUIZ V ADILLO, la progresiva interpretación que la doctrina y la jurisprudencia vienen dando a la responsabilidad enmarcada en este precepto, sin llegar a estimarse como enteramente objetiva, en cada avance acusable con el tiempo es claramente menos subjetiva, superando la arcaica concepción atemperada al momento histórico del C.P. del 1.870 desfasada por las realidades y solicitaciones sociales actuales y trata de dar respuesta a los problemas socio-culturales presentes⁸.

En ese proceso flexibilizador y ampliatorio, no faltan resoluciones alusivas a la teoría del riesgo, movilizando la respuesta patrimonial subsidiaria del principal -persona individual o jurídica- en razón al riesgo o peligro proyectados por la actividad del comisionado, dependiente o subordinado, y

de la que aquél se beneficia para la realización de determinados fines. Así se razona venir constituyendo una creciente exigencia social la atención y protección de las víctimas de los comportamientos humanos causantes de daños -tanto personales como materiales- hasta el punto de que actualmente aquel principio culpabilístico -propio de un orden social y jurídico esencialmente liberal- viene siendo sustituido por el de que no ha de haber daño derivado de un riesgo previsto sin su justa indemnización, que parece más propio de las exigencias de la solidaridad inherente al Estado social (artículo 1º de la C.E.) (Cfr. sentencias de 12 de marzo de 1.992, 15 de noviembre y 21 de diciembre de 1.993, 7 de febrero, 21 de marzo y 28 de septiembre de 1.994 y 17 de julio de 1. 995). Sin que, pese a la expansión jurisprudencial, pueda hablarse de una responsabilidad civil subsidiaria *ex re* o *in re ipsa*. Cuando se alude a los principios de la creación del riesgo, "ubi cornrnoda ibi incorrnmoda", o "cuius cornrnoda eius damnum", del "servicio útil" o del propio beneficio, no se trata de cerrar filas en torno a la responsabilidad objetiva, en su prístino y auténtico sentido, pese a ciertas expresiones de que pueda hacerse uso.

Deviene indispensable un acuerdo de voluntades mínimo en virtud del cual la actividad o actuación del responsable penal queda sometida a la potencial intervención del principal, lo que revela la subsistente exigencia, aunque sea en mínima medida, de una huella de reprochabilidad en la conducta del llamado a responder civilmente por otro. Ello va implícito en el requisito a que constantemente alude la jurisprudencia, al tiempo de configurar la responsabilidad civil que nos ocupa, de que el infractor y el responsable civil subsidiario se encuentren ligados por una relación jurídica o de hecho, un vínculo en definitiva en virtud del cual el culpable penalmente hablando se halla bajo la dependencia del principal. El servicio, misión o función han de estarse ejecutando con el conocimiento, consentimiento, anuencia o complacencia del supuesto responsable civil (Cfr. sentencias de 25 de enero de 1.991, 12 Y 26 de mayo, 2 de junio, 4 y 16 de septiembre y 9 de diciembre de 1.992, 24 de febrero y 13 de octubre de 1.993, 28 de septiembre de 1.994 y 18 de marzo de 1.996). Como resumen la sentencia del 9 de diciembre 1.992, no resulta necesario que entre responsable directo y subsidiario exista una relación jurídica concreta y menos que se corresponda con una determinada categoría negocial, pudiendo tratarse de un vínculo de hecho en méritos del cual el responsable penal se halle bajo la dependencia onerosa o gratuita, duradera y permanente o puramente circunstancial y esporádica de su principal, o, al menos, la tarea, actividad, misión, servicio, o función que realiza, cuente con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario. Basta con la existencia de una cierta dependencia, de modo que la actuación del primero se halle potencialmente sometida a una posible intervención del segundo, hallándose el delito generador de la responsabilidad de uno u otro orden relacionado con el ejercicio -normal o anormal- de las funciones encomendadas.

⁷ Ya hace años que la doctrina reaccionaba contra la latente presunción de "culpa in eligendo" o "in vigilando" por parte del señalado como responsable civil subsidiario, considerándola exagerada e impropia. JIMÉNEZ ASENJO escribía que dicha presunción "carga sobre el responsable civil situaciones subjetivas, de predisposición personal del reo, sobre las cuales carece de influencia". JIMÉNEZ ASENJO: "La responsabilidad civil subsidiaria de las Entidades Públicas", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, enero de 1.943, pág. 54. SANTOS BRIZ: La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y procesal, Ed. Montecorvo, Madrid, 1.977, pág. 391. LLAMAS V ALBUENA: "Influencia de la legislación laboral en algunos casos de responsabilidad civil subsidiaria", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, septiembre de 1.972, pág. 267. NAVAJAS LAPORTE: "Algunas consideraciones en tomo a la responsabilidad civil derivada del hecho punible", Revista General de Derecho, julio-agosto de 1.977, pág. 632. COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN: Derecho Penal. Parte General, Universidad de Valencia, 1.981, pág. 833. RODRÍGUEZ DEVESA: "Responsabilidad civil derivada del delito o falta y culpa extracontractual", en el Libro Homenaje a Jaime Guasp, Ed. Comares, Granada, 1.984, pág. 522

⁸ RUIZ VADILLO: "La responsabilidad civil derivada del delito: daños, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal", en Cuadernos de Derecho Judicial, XVIII, Madrid, 1.995, pág. 28.

Línea o inspiración la expuesta de la que participa un amplio sector de la doctrina científica, valorando la responsabilidad subsidiaria como especie de contrapartida de las atribuciones que en orden a la dirección de la actividad del responsable criminalmente corresponde a las personas, entidades, organismos y empresas dedicadas a cualquier género de industria, sobre los que están sometidos a sus órdenes en virtud de las cuales se hallan en condiciones de influir de manera eficiente en la conducta de los mismos.

El segundo requisito para que se actualice la responsabilidad subsidiaria radica en que el delito generador de una y otra responsabilidad ha de hallarse inscrito dentro de un ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas, el agente ha de actuar dentro de la relación de servicio en que se inserta la función confiada aunque se acusen extralimitaciones respecto a los actos generadores de la damnificación provocada (Cfr. sentencias de 25 de enero de 1.991, 17 de julio, 16 de septiembre y 16 de diciembre de 1.992, 24 de febrero, 13 de octubre y 13 de diciembre de 1.993, 12 de mayo de 1.994 y 12 de abril de 1.995). La extralimitación no es óbice para decretar la responsabilidad subsidiaria, siempre que la actuación del infractor tenga conexión con el servicio encomendado: Es más, si el exceso o la desviación de las instrucciones recibidas del principal excluyese la responsabilidad civil subsidiaria, el surgimiento de ésta sería excepcional, ya que precisamente semejante descamino o apartamiento constituye la fuente causadora del delito y de la perjudicialidad a él inherente. El delito nunca forma parte de los fines del Estado ni de los entes públicos por naturaleza; por tanto tampoco nunca podría nacer la responsabilidad civil subsidiaria a que el artículo 22 del anterior C.P. -hoy artículos 120, 4º, Y 121 se refiere, si de principio se excluyera por eso la misma cada vez que se comete una infracción, exceso o desviación por parte del funcionario o empleado. El hecho de excederse de las atribuciones o funciones propias o el actuar en contra de la prohibición expresa del Instituto o Centro de que se dependa no puede excluir la responsabilidad del Estado (Cfr. sentencias de 28 de mayo, 17 de julio y 16 diciembre de 1.992 y 28 de septiembre de 1.994)⁹.

Los acentos de objetividad que se apuntan en el tratamiento de la responsabilidad civil subsidiaria en general, se intensifican cuando la responsabilidad del Estado y entes públicos a que se refiere el artículo 121 de C.P. se trata. Basta recordar el amplio y abarcador pronunciamiento del artículo 139 de la Ley 30/1.992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas comprometiendo la responsabilidad patrimonial de las mismas ante cualquier lesión que sufran los particulares consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los

servicios públicos. Bajo dicha expresión se pueden englobar supuestos que van desde el mal funcionamiento o no funcionamiento del servicio con infracción de norma legal o reglamentaria estatutaria o deontológica, hasta el simple funcionamiento defectuoso del servicio con plena observancia de sus normas reguladoras¹⁰.

Ha sido notable la evolución de la responsabilidad de la Administración, con criterio de progresividad, en afán abarcador de la máxima cobertura. "Cuando esa gran máquina que se llama Estado -afirmó HAURIUO-, cien veces más fuerte y cien veces más peligrosa también que las máquinas de la industria, ha lesionado a alguien, es necesario que todos aquellos en cuyo interés aquélla funciona causando el perjuicio vengan a repararlos"¹¹. La Administración responde objetivamente frente a terceros -expone LEGUINA VILLA- con entera independencia de toda idea de culpa en la producción del daño resarcible¹². Hay que recordar la prescripción del artículo 106 de la c.E. transida de sentido objetivista, alumbrando todo el ordenamiento legislativo. Sistema de responsabilidad unitario para el conjunto de las Administraciones públicas alcanzando a los tres grandes bloques, estatal, autonómico y local¹³.

¹⁰ RIVERO YSERN: "La responsabilidad de la Administración Pública en materia sanitaria" en Varios: La responsabilidad de los profesionales de las Administraciones Sanitarias, Junta de Andalucía, Consejería de Salud, 1.994, pág. 98. PANTALEÓN ha sostenido reiteradamente que debería excluirse del ámbito de la responsabilidad de la Administración por "funcionamiento normal de los servicios públicos" los que llamaríamos "daños producto de accidentes" que no sean consecuencia de una medida finalmente dirigida a causar, ni connatural, intrínseca o inmediatamente generadora de los daños infligidos. PANTALEÓN: "Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas", Documentación Administrativa, n° 237-238, enero-junio de 1.994, pág. 248. No es éste el sentir más generalizado. Dada la complejidad de la asistencia sanitaria en los hospitales públicos y las dificultades tantas veces acusables para individualizar y concretar responsabilidades, la amplitud de la cobertura legal es garantía para profesionales y pacientes. MUÑOZ MACHADO opina que en este particular ni un solo paso atrás debe darse (trab. cit., pág. 277).

¹¹ HAURIUO: "Les actions en indemnité contre l'Etat pour préjudices causés dans l'Administration Publique", R.D.P., 1.896, pág. 51. Citado por MUÑOZ MACHADO (trab. cit., pág. 271).

¹² LEGUINA VILLA: La responsabilidad civil de la Administración Pública, Ed. Tecnos, 1.983, pág. 323.

¹³ Cfr. LINDE PANIAGUA: "La responsabilidad de la Administración sanitaria" en Varios: La responsabilidad de los Médicos y Centros Hospitalarios frente a los usuarios de la Sanidad Pública y Privada, Fundación de Ciencias de la Salud, Madrid, 1.994, pág. 126.

⁹ GIL ESTELLES: La responsabilidad civil derivada de la penal en la doctrina y en la legislación, Valencia, 1.949, págs. 116 y 184. QUINTANO RIPOLES: Comentarios al Código Penal, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.946, vol. 1, pág. 314. RODRÍGUEZ RAMOS: Compendio de Derecho penal (Parte general), Ed. Trivium, Madrid, 1.985, pág. 124. DEL ROSAL: Tratado de Derecho Penal español (parte general), Madrid, 1.972, vol. II, pág. 716

III. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS EN CAUSA PENAL CONTRA PROFESIONALES SANITARIOS. ESTUDIO DEL ARTICULO 121 DEL CÓDIGO PENAL

El Código Penal hasta ahora vigente ofrecía en su artículo 22, junto con el artículo 21, la ordenación afectante a la responsabilidad civil subsidiaria. Siempre se entendió que entre las "entidades" u "organismos" a que se hace mención figuran el Estado, las Comunidades Autónomas, Provincias, Municipios y la Administración en general, cuando actúan como personas jurídicas en los servicios administrativos de ellas dependientes¹⁴. El funcionario público en relación a la dependencia con tales órganos o entes públicos, provoca con su proceder delictual aquella llamada de apoyo presupuesto de la responsabilidad civil decretada. La no mención específica del Estado en el artículo 22 no se consideró obstáculo para estimado integrado en su texto, siempre de alcance descriptivo y menciones de obvia generalidad. En consecuencia, hallándonos ante la responsabilidad penal de un profesional de la sanidad pública, el Juez o Tribunal penal, sin perjuicio de decretar la responsabilidad civil directa del médico o sanitario a que alcance aquella (artículos 19 del C.P. derogado y 116 del vigente, y 112 de la LE.R.), en un paso más, de imposición legal, llegará hasta el pronunciamiento correspondiente condenatorio de responsabilidad civil subsidiaria de la Administración titular del servicio en cuyo ámbito se desenvuelvan el profesional inculcado.

Vigente el panorama legal indicado, se promulga la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Conforme a su artículo 139 los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial referida, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio. Tras esta respuesta directa de la Administración, la misma podrá dirigirse contra las personas materialmente causantes de los hechos que, hallándose a su servicio, incurrieron en dolo, culpa o negligencia grave, a fin de exigirles la responsabilidad en que hubieran incurrido. Ello sin perjuicio de pasar, si procede, el tanto de la culpa a los Tribunales

competentes. Así resulta del artículo 145 de la Ley. La solicitud resarcitoria nace del perjudicado pero se encamina de forma directa contra la Administración sea cual fuere el título de imputación. Luego descienden los frentes de responsabilidad. La Administración no cubre en definitiva las responsabilidades patrimoniales de su personal o funcionarios por actos penal mente reprochables en tanto aquéllos ofrezcan una situación de solvencia.

La Ley 30/1.992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas concibe la ininterrumpida prosecución del procedimiento administrativo reclamatorio pese al surgimiento de otros procedimientos que abundan en la temática de la responsabilidad personal emanante de acto doloso o culpo so de autoridad o funcionario público. La responsabilidad civil y penal del personal al servicio de la Administraciones Públicas se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente (artículo 146.1). La exigencia de tal responsabilidad penal no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan ni interrumpirá el plazo de prescripción para iniciarlos, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial (artículo 146.2). Sobre ello insistiremos más adelante.

Se aprecia en principio, un dispar criterio entre la regulación clásica de la responsabilidad civil subsidiaria del artículo 22 del c.P. derogado y la ordenación instaurada por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de 1. 992. Se llegó a apuntar que el primer precepto había de entenderse modificado por el régimen ordenador de la responsabilidad patrimonial de la Administración. No hay ninguna razón -escribe PEMAN GAVIN- para que la responsabilidad de la Administración sea directa cuando la acción civil se ejerce frente a ésta de manera separada a la acción penal y sólo subsidiaria cuando se ejercen las dos acciones -civil y penal- conjuntamente ante la jurisdicción penal¹⁵. La Sala Segunda del Tribunal Supremo no se ha hecho eco de las innovaciones legislativas aportadas por la Ley 30/1.992, y cuando se ha invocado la misma en recursos casacionales pretendiendo dejar a la Administración al margen de toda condena civil, ha sostenido con firmeza que referida Ley no afecta ni modifica el régimen específico de la responsabilidad civil subsidiaria derivada de un hecho criminal. Así sentencias de 4 de mayo de 1.994, 30 de enero y 11 de marzo de 1.996.

El Proyecto de Código Penal de 1.992, en su artículo 122. **1**, apuntó hacia una regulación absolutamente innovadora. Según el mismo, "el Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia o el Municipio y demás entes públicos, según los casos, responden patrimonial y directamente de los daños causados por los penal mente responsables de delitos o faltas, cuando éstos sean autoridades, agentes de la misma o

¹⁴ Cfr. CÓRDOBA RODA Y RODRÍGUEZ MOURULLO: Comentarios al Código Penal, 1, Ed. Ariel, Barcelona, 1.972, pág. 991. CASTEJÓN: "Génesis y breve comentario del Código de 23 de diciembre de 1.944", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1.945, IX, pág. 327.

¹⁵ PEMÁN GAVIN: "La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público", Documentación Administrativa, nº237-238, enero-junio de 1.994, pág. 307.

funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones y en el cumplimiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados". Se concebía una responsabilidad directa de la Administración, sin subordinarla a una previa situación de insolvencia del agente responsable. De ahí que la proyectada norma penal añadiese que "la responsabilidad a que se refiere el párrafo anterior habrá de exigirse directamente de la Administración responsable por el procedimiento establecido en su legislación propia" (artículo 122.2). Semejante escisión entre el pronunciamiento penal y el estrictamente reparatorio rompía con la tradición secular de nuestros textos penales, de eficacia reconocida por lo que supone de economía procesal, simplicidad de trámites y más fácil fundabilidad. La resolución conjunta e "in integrum" de las pretensiones penal y civil representa un alivio para la víctima o perjudicado. A la satisfacción de sus demandas se une la agilidad y mejor reconocimiento en la respuesta.

Fuera de los aspectos estrictamente penales, la sentencia del Juez o Tribunal sólo podía entrar a resolver la cuestión de responsabilidad civil recayente sobre la autoridad, agente o funcionario, pero sin decidir en absoluto sobre la relación entre la conducta del culpable y el servicio público de que se trate, ni sobre la eventual responsabilidad de la Administración. Se concebía una absoluta independencia entre los procedimientos penal y administrativo, sin condicionamiento alguno del último por los pronunciamientos de la resolución recaída en el primero. Bien pudo decirse que en el orden penal, el Proyecto de Código Penal caducado con la legislatura en 1.993 se proponía llevar a la vía administrativa y contencioso-administrativa la responsabilidad civil del Estado por delitos o faltas de los funcionarios¹⁶.

En la elaboración del Proyecto de 1.992, en el particular que nos ocupa, se creyó sintonizar al máximo con la ordenación instaurada en la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión sufrida por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, es proclamado en el artículo 139 de meritada norma. La Ley habilita una línea directa reclamatoria a favor del particular frente a la Administración, saltando por encima de cualesquiera regulaciones que mediaticen la pasiva legitimación de aquélla. La Administración responde de los daños producidos por el funcionamiento tanto normal como anormal de su actuación. El funcionamiento anormal alumbra los daños ilegítimos -causados por dolo o culpa o en sede de ilegalidad-, en tanto que el funcionamiento normal puede ser fuente de responsabilidad administrativa en razón al riesgo atribuible a una determinada actividad. Pese a la licitud de la misma es criterio compartido que la Administración perceptora de los be-

neficios ha de soportar los perjuicios de su actuación¹⁷. Ahí radica el fundamento de objetividad que se reconoce ordinariamente a la responsabilidad de la Administración frente a los particulares.

En un principio, tras la lectura de la Ley, indudablemente se obtiene la impresión de que campea en su intención la imposición de un criterio unificador en orden a los supuestos en que la Administración pueda verse comprometida en una responsabilidad de orden patrimonial. La vía administrativa y la jurisdiccional contencioso-administrativa se apuntan como cauces realizables para la efectividad de las reclamaciones, ya sea pública o privada la relación determinante de la lesión a cuyo resarcimiento es llamada la Administración¹⁸.

El Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto de 26 de marzo de 1.993 deja bien clara la asunción del sistema de unidad jurisdiccional, señalando en su preámbulo como modificaciones esenciales de la nueva Ley, el establecimiento del principio de exigencia directa de responsabilidad a las Administraciones Públicas y la declaración de que las resoluciones de los procedimientos ponen fin a la vía administrativa, quedando expedita la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, que pasa a ser, en el sistema de la nueva ley la única procedente en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, tanto en las relaciones de Derecho público como privado. Los artículos 1º y 2º del Reglamento son expresión de tal voluntad legislativa. Según su Disposición Adicional Primera, "de conformidad con lo establecido en los artículos 2.2 y 139 a 144 y concordantes de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa y contencioso-administrativa prevista en dicha Ley y en el presente Reglamento". Pronunciamiento específico de particular interés dada la proliferación de reclamaciones por negligencia médica acusable en los distintos órdenes jurisdiccionales.

No obstante lo expuesto, la apuntada normación del Proyecto de Código Penal de 1.992 suscitó de inmediato calificadas críticas adversas. Se destacó que en el orden penal que nos ocupa tal propósito de unificación jurisdiccional podía ser

¹⁷ Cfr. SAURA LLUVIA: "Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública", Revista de Responsabilidad Civil. Circulación y Seguro, junio de 1.994, pág. 246.

¹⁸ LEGUINA VILLA: Legislación general del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ed. Tecnos, Madrid, pág. 17.

¹⁶ Cfr. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO: "El nuevo sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración", La Ley 1.993-4, pág. 962.

perturbador, incidiendo negativamente sobre los afectados por delitos atribuibles a autoridades, agentes o funcionarios públicos. El perjudicado quedaría obligado, tras la terminación de la causa penal, a emprender un "peregrinaje" jurisdiccional cifrando sus esperanzas resarcitorias en el agotamiento de las vías administrativa contencioso-administrativa. La Administración Pública quedaría en situación de privilegio frente a otras personas, entidades, empresas, que ostentasen la condición de responsables subsidiarios. El informe del Consejo General del Poder Judicial fue desfavorable al Proyecto, destacando lo discutible que resultaba pretender privilegiar sin fundamento suficiente a las Administraciones Públicas respecto a otros responsables civiles sujetos de derecho privado. El Proyecto de Código Penal de 1.992 - RUIZ VADILLO- respecto de la responsabilidad civil subsidiaria no puede ser, a mi juicio y dicho sea con todos los respetos, más lamentable y desacertado; está en las antípodas de cuanto debiera ser una regulación de esta naturaleza¹⁹. Con ser grave la defectuosa redacción y la confusión de conceptos que se aprecian en el artículo proyectado - comentaba REIG REIG-, mucho más graves son las consecuencias que derivan de su contenido, censurable desde cualquier punto de vista ante el sistema dictatorial y abusivo que establece²⁰.

La disolución de las Cortes Generales dio al traste con el desarrollo del Proyecto de 1.992. El Proyecto de 1.994 no ha sido insensible al clamor suscitado por la oferta reguladora del artículo 122 del caducado Proyecto. En su Exposición de Motivos se consigna que en la elaboración del Proyecto se han tenido muy presentes las discusiones parlamentarias del 1.992, el dictamen del Consejo General del Poder Judicial, el estado de la jurisprudencia y las opiniones de la doctrina científica. Lo ha llevado a cabo desde la idea, profundamente sentida, de que el Código Penal ha de ser de todos y de que, por consiguiente, han de escucharse todas las opiniones y optar por las soluciones que parezcan más razonables. Según el artículo 121 del Proyecto del Código Penal inserto en el B.O. de las Cortes Generales de 26 de septiembre de 1.994, "el Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia, la Isla o el Municipio y demás Entes Públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de delitos o faltas dolosas, cuando éstos sean autoridad, agentes de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones y en el cumplimiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, si resulta probada la relación directa y exclusiva

entre su conducta y el servicio público de que se trate, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria. Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la Autoridad, agente de la misma o funcionario público, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o Ente Público presuntamente responsable civil subsidiario".

El precepto en trance de modificación y sustitución regulador de la responsabilidad subsidiaria del Estado y Entes Públicos en la redacción de 1.994 ofrece las siguientes características: la) Se toma a la resolución tradicional de llevarse al proceso penal y tener en él su solución válida y definitiva, todo lo afectante a la responsabilidad civil directa y subsidiaria subsecuentes a los daños causados por los delitos o faltas en que hubieren incurrido la autoridad, agentes de la misma y funcionarios públicos²¹. 2a) El Tribunal penal, y en cuanto concierne a los delitos o faltas dolosas, asumirá una íntegra competencia para resolver y pronunciarse sobre la responsabilidad civil derivada del ilícito penal, en toda su dimensión objetiva y subjetiva, condenando en su caso a la Administración Pública cuando procediere. 3a) Se pone de relieve suficientemente lo que ya fue objeto de reiterada y constante atención por la jurisprudencia, la Autoridad, agentes o funcionarios han de haber actuado en el ejercicio de sus cargos o funciones, detectable, pues, una insoslayable relación de dependencia con la Administración Pública en cualquiera de los órganos en que se traduzca²². La responsabilidad de la Administración se justifica en tanto el autor material del daño está integrado en la organización administrativa, no cuando los daños sean ocasionados por un actuar puramente personal del agente, desconectado del servicio público²³. 4a) Asimismo el hecho dañoso ha de haber tenido lugar en el cumplimiento de los servicios públicos confiados a autoridad o funcionarios; si el ilícito penal, o acto damnificador perpetrado se sitúa fuera de la esfera del cometido de aquéllos, extramuros del cono de dependencia o encomienda que les ligaba con el Ente público de que se trate, en total ajenidad con el desempeño de las obligaciones o servicios puestos a su cargo, la responsabilidad subsidiaria se desva-

¹⁹ RUIZ VADILLO: "La responsabilidad civil subsidiaria del Estado", Coloquios sobre la responsabilidad civil del automóvil. Documentación jurídica, Madrid, 1.995, pág. 30. GARCÍA LARAÑA: "La responsabilidad civil ex delicto en el Anteproyecto del Código Penal de 1.992", La l&jc, 1.992-3, pág. 1.052.

²⁰ REIG REIG: "La responsabilidad civil dimanante del delito en el Proyecto de LO del Código Penal de 1.992", en La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño coq>oral. Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1.994, pág. 488.

²¹ Autores hay que han censurado esta conservación de la vieja responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, lo que supone "resucitar un cadáver maloliente", en opinión de LEGUINA: "La responsabilidad patrimonial de la Administración...". Citado por PANTALEÓN: "Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración", Seminario conjunto sobre responsabilidad del personal sanitario, Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 14, 15 Y 16 de noviembre de 1.994, pág. 19.

²² CIT. "Memoria de 1.991 de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado", Boletín de información de 5 de septiembre de 1.992, pág. 4.813.

²³ Cfr. FONSECA GONZÁLEZ: "Responsabilidad patrimonial de la Administración", Consejo General del Poder Judicial, Plan Territorial de Asturias, pág. 526.

nece²⁴. 5ª) Ha de probarse adecuadamente la relación directa y exclusiva entre la conducta del funcionario y el servicio público de que se trate; es decir, el proceder dañoso y provocador del agente ha de resultar inscribible en el marco de las actuaciones serviciales encomendadas y ello no de modo tangencial o indirecto sino pleno y en exclusividad. 6a) La responsabilidad subsidiaria que se concibe y trata de regular lo es sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial que el artículo 139 de la Ley 30/1.992 de 26 de noviembre, pone a cargo de las Administraciones Públicas correspondientes por causa del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y ello sin que en ningún caso pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

Curioso resulta que el prelegislador se quedase a mitad del camino en el retorno a la clásica concepción de la responsabilidad subsidiaria de los órganos de la Administración Pública. El texto programado aludía a delitos o faltas dolosas, lo que suponía la eliminación de la responsabilidad civil subsidiaria de los Entes Públicos por las infracciones culposas o imprudentes atribuibles a personas indicadas integradas en el funcionariado público, lo que era absolutamente injusto. Se pensó que la exclusión de delitos meramente culposos lo fue con la finalidad de evitar que a través de la vía penal, con frecuencia más rápida, se intenten obtener resultados que no buscan la penalidad, sino la indemnización civil²⁵. Advertimos, no obstante, que la implicación responsable de la Administración por un hecho intencionado es siempre excepcional. En el artículo 120 del C.P., y en todos sus apartados, se regulan supuestos de responsabilidad subsidiaria por causa de daños y perjuicios provenientes de delitos o faltas cometidos por los sujetos que se indican y ello sin especificación acerca del carácter doloso o culposo de los mismos. Son abrumadoramente mayoritarios los supuestos de hechos imprudentes protagonizados por los agentes o empleados públicos. Fueron varias las enmiendas en el Congreso de los Diputados denunciando la falta de fundamento de la "mutilada" solución ofertada. Así se decía que ello suponía excluir la responsabilidad civil subsidiaria en los supuestos de delitos o faltas "culposos", lo cual implica un doble y gravísimo agravio comparativo (Grupo Parlamentario Vasco). Se proponía sustituir la redacción del precepto haciendo referencia a hechos que hayan tenido lugar en el curso de sus actuaciones... o en el ejercicio de sus cargos o funciones y en el cumplimiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados" (Grupo Popular) o bien que los Entes Públicos enumerados "responden subsidiariamente de los daños causados

por los penalmente responsables de los delitos o faltas"(Grupo Federal IU-IR)²⁶.

El artículo 121 del C.P. ha sufrido vicisitudes y correcciones hasta el último momento antes de su definitiva aprobación. Según el mismo "el Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria". El precepto ha incurrido en grave omisión, según nuestro parecer. Aludiendo a los delitos dolosos o culposos de los que resulten penalmente responsables la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, dejan de mencionarse las faltas -tanto dolosas como culposas- a ellos atribuibles. Tan ilógica nos parece tal exclusión, en absoluto contraste con las previsiones del artículo 120, que nos inclinamos por pensar en un lapsus legislativo. Concluir que no cabe dictado de responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas en caso de daños causados por Autoridades y funcionarios penalmente responsables de faltas, supone una discriminación inaceptable. En supuestos de dudosa calificación podría acarrear una invitación a la opción por la conceptualización más dura. Durante la tramitación en el Senado del Proyecto de C.P., el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos, en enmienda presentada al efecto, advirtió que no se debe excluir la responsabilidad civil subsidiaria del Estado en los supuestos de faltas. El Grupo Parlamentario de Coalición Canaria acusó al texto del Proyecto de Ley de intentar romper la unidad del régimen de la responsabilidad civil subsidiaria, al dejar fuera de la vía penal la que tenga origen en las faltas; implicando ello un inadmisibles privilegio para el Estado contrario al principio de igualdad y a los propios pilares de la responsabilidad civil subsidiaria "ex delicto".

Como aspectos positivos puede afirmarse que, además de una redacción más compendiosa y precisa, ha de acusarse la eliminación del requisito de "exclusiva" que se añadía a la exigencia de que la lesión sea "consecuencia directa" del funcionamiento de los servicios públicos.

Entre las previsiones de la Ley administrativa figura la de que la responsabilidad civil y penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas se exigirá de acuerdo con

²⁴ Véase SOTO NIETO: "Responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad", , 1.986-3, págs. 959 y ss. CA V ANILLAS MUGICA: "Responsabilidad civil derivada de delito; responsabilidad subsidiaria del empleador en caso de extralimitación de funciones", Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, n° 23, abril-agosto de 1.990, pág. 620.

²⁵ Véase MARTÍN REBOLLO: "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica", Documentación Administrativa, n° 237-238, enero-junio de 1.994, pág. 95.

²⁶ Por IU, LÓPEZ GARRIDO acusó de "laguna de inconstitucionalidad y de insensatez" a este precepto. Explicó que el retroceso respecto al Código Penal vigente, que admite la responsabilidad del Estado por imprudencia, podría afectar a futuros casos similares a las catástrofes del aceite de colza o a la presa de Tous, en el que las responsabilidades de los funcionarios son por conductas imprudentes. Véase El País, 28 de junio de 1.995

lo previsto en la legislación correspondiente. Según el artículo 146.2 de la Ley 30/1.992 "la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan ni interrumpirán el plazo de prescripción para iniciarlos, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial". Como ante los actos lesivos de sus funcionarios -explica SERRA CONTRERAS- quien responde primariamente a los perjudicados es la propia Administración, tiene sentido que ésta continúe tramitando los expedientes para declarar tal responsabilidad con independencia de la suerte del proceso penal contra sus agentes²⁷. En principio, cabe una triple deducción de los enunciados de la Ley: 1ª) La existencia de una cierta independencia de los procesos penales seguidos contra los funcionarios públicos de los concebidos expedientes o procedimientos instruibles por la Administración en orden a declarar la responsabilidad patrimonial por los hechos delictuales de aquéllos²⁸; 2ª) no puede estimarse único el procedimiento que conduce hasta la efectividad de la responsabilidad civil a que se ve abocada la Administración por la especie de hechos descritos; 3ª) no parece sostenible que los particulares afectados por el ilícito proceder de autoridades o funcionarios hayan de obtener su resarcimiento de la Administración tan sólo por la vía administrativa y contencioso-administrativa²⁹.

El enunciado general de la Ley de no suspensión del procedimiento dirigido a reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración, por pendencia de proceso penal, cuenta con la excepción de que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial³⁰. La excepción es de tan hondo y dilatado ámbito que bien puede afirmarse que viene a neutralizar la mayor parte del espacio de la regla. Basta recordar que la sentencia condenatoria penal vincula a los órganos de otro orden en cuanto a la existencia material del hecho y el resultado, así como en cuanto a su antijuridicidad y la culpabilidad del reo. En definitiva obliga a otros tribunales a respetar y partir de las afirmaciones fácticas declaradas probadas e integrantes del tipo que se define y castiga. La significación predeterminante de la sentencia es

obvia. Cual recuerda GONZÁLEZ MORAN³¹, la jurisdicción penal y, por consiguiente, el proceso penal es prioritaria, es decir, que el proceso penal antecede necesariamente al civil, prioridad condensada en el principio "le penal tiene le civil en etat". Los artículos 362 y 514 de la L.E.c. y 114 de la L.E.Cr. son buen exponente de ello.

Si el agente o funcionario -aquí el médico o sanitario- llevaron a cabo su acción al compás de la dinámica propia de sus cargos, en desarrollo y cumplimiento de los servicios públicos encomendados, o, por el contrario, nos hallamos ante un comportamiento de personal resolución, marginado del área conductual exigible, lo decide el Tribunal penal de una vez para todos. El dictado de culpabilidad, con su presupuesto fáctico, y la sanción penal inherente ostentan una fuerza de prejudicialidad que no puede desconocerse.

Fuera de tales supuestos de prejudicialidad, la Administración no podrá escudarse en la simple existencia de un proceso penal para negar el reconocimiento y pago de lo debido por responsabilidad administrativa³².

En el caso de delitos, en el procedimiento penal seguido contra el agente o funcionario inculcados se ejercitará la acción civil oportuna, pretensión encauzada tanto contra el acusado -responsabilidad directa- como contra la Administración-responsabilidad civil subsidiaria-, sin escisión de cauces propiciadores de una eventual división en la contienda de la causa. Mediando un procedimiento penal y sin existencia de reserva alguna para el ejercicio separado de la acción civil, la sentencia penal será la llamada a precisar las responsabilidades civiles directa y subsidiaria puestas a cargo del funcionario condenado y del ente público comprometido a responder subsidiariamente. El párrafo segundo del artículo 121 del C.P. dispone que "si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario". Y es que, suscitada en el seno del proceso penal en marcha la cuestión de la responsabilidad civil puesta a cargo del agente encausado, la Administración Pública se ha de hallar presente, interviniendo en las pruebas y siendo debidamente oída. No se oía justo que, más tarde, se acudiese a ella, ante las dificultades de abono del condenado, contando con un quantum resarcitorio inmovible. La vocación al proceso, partiendo del ejercicio de la pretensión civil, es de tal grado que su presencia se toma imperativa. El segundo inciso del párrafo primero del artículo 121 en el que, tras haberse aludido a la responsabilidad subsidiaria del Estado y otros entes públicos, se consigna que ello es sin perjuicio de

²⁷ SERRA CONTRERAS y otros: Estudios y Comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1.993, pág. 123.

²⁸ Cfr. PARADA: Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común, Marcial Pons, Madrid, 1.993, pág. 458.

²⁹ GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO: Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992 de 26 de noviembre), Ed. Civitas, Madrid, 1.994, pág. 1.473.

³⁰ Cfr. LINDE PANIAGUA: "La responsabilidad de la Administración sanitaria", en Varios: La Responsabilidad de los médicos y Centros Hospitalarios frente a los usuarios de la Sanidad Pública y Privada, Fundación de Ciencias de la Salud, Madrid, 1.994, pág. 133.

³¹ GONZÁLEZ MORAN: La responsabilidad civil del médico, Bosch Editor, Barcelona, 1.990, pág. 20.

³² PARADA: Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Marcial Pons, Madrid, 1.993, pág. 458.

la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, adquiere sentido en supuestos de anteposición de reclamación por vía administrativa -artículo 139 de la Ley 30/1.992- y ulterior apertura del proceso penal, cuando la determinación de los hechos en este orden jurisdiccional no sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial; también ante el no ejercicio por reserva de la acción civil -artículo 112 de la L.E.Cr.- en el proceso penal y ante el caso de responsabilidad civil dimanante de faltas. En cualquier caso el Código Penal es Ley Orgánica y de fecha muy posterior a la Ley 30/1.992. La ordenación fraccionada y en etapas distintas corre el riesgo de atentar contra la unidad y armonía de la intentada reglamentación.

Ante el ejercicio conjunto de las acciones penal y civil, yésta en sus modalidades de directa y subsidiaria, el agotamiento de la vía reclamatoria civil es absoluta. Presente en el juicio penal la Administración, subsidiariamente llamada, y ejercitando su derecho de defensa, no caben nuevos ensayos con pretensiones reclamatorias por otras vías³³. Salvo que se haya desembocado en una sentencia absolutoria.

Las varias sentencias del Tribunal Supremo, Sala Segunda, que han tenido ocasión de pronunciarse sobre el particular, han sido claras y rotundas en el reconocimiento competencial de los Tribunales penales para atribuir al Estado o entes públicos correspondientes la responsabilidad civil subsidiaria derivada de la condena penal de los funcionarios públicos acusados. La sentencia del T.S. del 4 de mayo de 1.994 atiende a recurso planteado por la Comunidad de Madrid condenada como responsable civil subsidiaria. En él se alegaba infracción de los artículos 146, 144 Y 145, de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre. Según la sentencia, de momento y mientras no se modifique el texto del Código Penal, la responsabilidad civil de la Administración derivada de la comisión de un hecho delictivo por parte de sus funcionarios -entendido este concepto en el amplio sentido que configura el artículo 119 del Código Penal-, se dilucidará por los cauces del proceso penal salvo que las partes perjudicadas se hayan reservado la acción civil para ejercitada donde corresponde. La promulgación de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y su entrada en vigor, es posterior al momento en que se cometieron los hechos, por lo que sería cuestionable su aplicación retroactiva, pero, en todo caso, dicha Ley no afecta ni modifica el régimen específico de la responsabilidad civil derivada de un hecho criminal, por lo que el motivo debe ser desestimado.

La sentencia del T.S. del 30 de enero de 1.996 viene a ratificar cuanto se deja expuesto. La Audiencia Provincial condenó al procesado al abono de ciertas sumas en concepto de responsabilidad civil, de cuyo pago había de responder sub-

sidiariamente la Comunidad Autónoma del País Vasco en concepto de responsable civil subsidiario. En el recurso del Gobierno de ésta se alegó infracción por indebida aplicación de los artículos 22 del C.P. y 145.1 de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Estiman los recurrentes infringidos los referidos preceptos por entender que desde la entrada en vigor de la Ley 30/1.992 de 26 de noviembre, el artículo 22 del C. Penal no es aplicable a las Administraciones Públicas. El motivo se desestima. Con posterioridad a la referida Ley 30/1.992 esta Sala ha continuado aplicando el artículo 22 del C. Penal a las Administraciones Públicas (sentencias de 5 de mayo, 8 de junio y 10 y 17 de julio de 1.995 entre otras muchas) por estimar que la Ley 30/1.992 no empieza la declaración de responsabilidad civil subsidiaria derivada de un hecho delictivo en el procedimiento penal. Este criterio se refuerza por la propia interpretación auténtica del legislador que en el artículo 121 del nuevo Código Penal (L.O. 10/1.995, de 23 de noviembre), aprobado como es obvio con posterioridad a la Ley 30/1.992 a que se refiere el recurrente, mantiene el régimen de responsabilidad civil subsidiaria del Estado, la Comunidad, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, respecto de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando sean éstos funcionarios públicos.

La sentencia de 11 de marzo de 1.996 alude al proceso de objetivación de la responsabilidad civil subsidiaria propia de aquellas sociedades en las que el Derecho se pone al servicio de la solidaridad social, dándose la necesaria cobertura a las actuaciones de todos los que desarrollan su actividad al servicio del Estado, y buscándose el amparo bajo el principio de legalidad, de la responsabilidad de los poderes públicos del artículo 9.3 de la c.E., y esta responsabilidad subsidiaria del Estado es ajena al derecho que el artículo 106.2 de la c.K otorga a los particulares para ser indemnizados por el mal funcionamiento de los servicios públicos en general, como también lo es respecto del perjuicio sufrido por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia o por error judicial.

No ofrece pues, duda que, habiendo condena penal contra el funcionario público, el Tribunal puede condenar civilmente de forma subsidiaria a la Administración como se ha venido realizando hasta ahora³⁴. La Administración Pública sanitaria cubrirá la condena civil, del funcionario médico o sanitario en caso de insolvencia de éste, sentido de la responsabilidad subsidiaria en el orden penal no modificado.

³³ Cfr. MARINA MARTÍNEZ-PARDO: "La acción de responsabilidad ejercitada tras actuaciones penales", en Responsabilidad Civil. Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1.993, pág. 89.

³⁴ Cfr. MARTÍN REBOLLO (trab. cit., pág. 100).

IV. ÁMBITO DE LA LEGITIMACIÓN DEFENSIVA RECONOCIBLE AL RESPONSABLE CIVIL SUBSIDIARIO

Presente en el proceso penal la persona física o jurídica señalada como eventual responsable civil su condición de parte es innegable. No es un tercero adyacente, sino parte demandada -paralelismo con la acusada- que ha de organizar y estructurar su propia defensa frente a una pretensión civil adversa³⁵. Si es tal su condición, habrá de preservársele en todo momento su derecho de alegación y contradicción, en suma de defensa, so pena de sede desconocido el derecho a la tutela judicial efectiva. A ello atienden, entre otros, los artículos 652, 656, 790.6, tercero, y 791.1, de la L.E.Cr.³⁶

Salvadas indicadas consideraciones procesales, se ofrece latente el tema del ámbito de la legitimación impugnadora del responsable civil subsidiario. Descartado que el núcleo más definido de su intervención contradictoria girará en torno a la concurrencia de los elementos condicionantes de la aplicación del artículo 121 del c.P., así como en lo relativo al monto real que habría de alcanzar su compromiso patrimonial. El punto más cuestionado, envuelto en principio en cierta nebulosa, estriba en determinar si el responsable subsidiario puede hacer objeto de impugnación la atribuida responsabilidad penal del inculpado. Y ello en tanto que semejante pronunciamiento representa la premisa básica de que hay que partir para llegar a la consolidación de la invocada responsabilidad subsidiaria. Cierto que se trata de extremo afectante primerísima y básicamente al inculpado. Pero cierto, a su vez, que aquella culpabilidad es determinante de la carga económica que se trata de poner del lado del responsable subsidiario. Una defectuosa defensa del acusado, una complaciente conformidad del mismo con la tesis de adverso, eventuales connivencias con la representación del perjudicado, pueden llevar al responsable subsidiario a una situación injusta, inerme ante la condena indemnizatoria impuesta.

Durante tiempo la jurisprudencia se ha mostrado hostil en el reconocimiento de toda iniciativa del responsable subsidiario a este respecto. Su legitimación queda circunscrita a la impugnación de su cualidad de sujeto pasivo de esa responsabilidad, de la existencia y alcance de los daños y perjuicios derivados del delito, así como del nexo causal en que pueda asentarse la responsabilidad civil. Careciendo de legitimación para abordar los extremos relativos a la culpabilidad penal del encausado, lo que supondría una ingerencia en el campo de defensa de los derechos ajenos. Así, entre muchas, sentencias del T. S., Sala Segunda, del 10 de diciembre de 1.980, 6 de abril de 1.989 y 9 de marzo de 1.990. Se ha ido,

pues, consolidando la idea que confiere al responsable subsidiario la condición de parte defectiva, vicariante o de segundo grado³⁷.

No obstante se ha ido abriendo paso una corriente doctrinal favorable a la intervención del responsable subsidiario en todos los aspectos de la responsabilidad penal que, de hecho o de derecho, puedan condicionar o graduar la referida responsabilidad civil. Cabe citar importantes trabajos de ALONSO ZATO³⁸, SERRA DOMÍNGUEZ³⁹ y COBOS GABALA⁴⁰. Recientemente RUIZ VADILLO exponía que el responsable civil subsidiario puede y está legitimado para ello, atacar la existencia misma del delito porque de éste nace la obligación. El delito es la fuente del deber y por consiguiente si se consigue demostrar que no hay delito la obligación de reparar cesa. Si se entra por razón de las alegaciones que hace el responsable civil subsidiario al fondo del asunto y se demuestra que no hay delito o que habiéndolo no hay participación, etc, este convencimiento ha de prevalecer sobre la conformidad y deberá dictarse sentencia absolutoria⁴¹. Criterio que siempre primó en nuestras consideraciones⁴². Las sentencias de 19 de abril de 1.989, 12 de mayo de 1.990, 5 de diciembre de 1.991 y 1 de abril de 1.992 se muestran sensibles a la idea, entendiéndola razonable y fundada, pero manteniendo la solución tradicional como más ajustada a la ley.

Por fin unas sentencias del Tribunal Supremo se abren a la tesis de la amplia legitimación del responsable subsidiario. Privarle de ella en cuanto al tema de la responsabilidad penal del acusado supone una total indefensión proscrita por el artículo 24 de la C.E. La sentencia de 7 de mayo de 1.993 se ofrece como primera al reconocer legitimación al Abogado del Estado para recurrir en casación contra la sentencia que condena al Estado como responsable subsidiario al abono de una indemnización, centrando su defensa en la inexistencia de la imprudencia atribuida al Agente policial. Con referencia al tema de la defensa contra el fallo penal escrito -se dice-, no cabe duda que no es ajeno al mismo el recurrente. Es obvio que si prosperara la postulación de una circunstan-

³⁷ LORCA NAVARRETE: "Es inconstitucional por producir indefensión (artículo 24.1 de la CE.) e ir contra la utilización de los medios de prueba pertinentes para su defensa (artículo 24.2 de la C.E.) la exigencia al responsable civil en el proceso penal de responsabilidad subsidiaria *in eipsa*". JUSTICIA, 1.984, número IV, pág. 904. LORCA NAVARRETE: "Sobre el contenido de la legitimación del responsable civil en el proceso penal", JUSTICIA, 1.985, número III, pág. 570. Del mismo: "Aproximación al estudio del responsable civil como parte civil en el proceso penal", Revista de Derecho Procesal Iberoamericano, n° 1 de 1.983, pág. 149 Y ss.

³⁸ ALONSO ZATO: "Sobre la defensa del responsable subsidiario", Foro Gallego, n° 149, pág. 26.

³⁹ SERRA DOMÍNGUEZ: "El juicio oral", en Estudios de Derecho Procesal, Madrid, 1.969, pág. 779.

⁴⁰ COBOS GAVALA: "Legitimación del responsable subsidiario para recurrir en vía penal", JUSTICIA, 1.991, número 1, pág. 69.

⁴¹ RUIZ VADILLO: "La responsabilidad civil subsidiaria del Estado", Documentación Jurídica, n° 81, Madrid, 1.965, pág. 26.

⁴² Cfr. SOTO NIETO: La responsabilidad civil derivada del ilícito cul- KiliQ, Ed. Montecorvo, Madrid, 1.982, pág. 493.

³⁵ Cfr. FENECH: Derecho Procesal Penal, Ed. Labor, vol. primero, 2ª ed., Barcelona, 1.952, pág. 443.

³⁶ Cfr. MORENO CATENA: Derecho Procesal, tomo 11, El proceso penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.990, pág. 186. ESCUSOL BARRA: Manual de Derecho Procesal Penal, Ed. Colex, Madrid, 1.993, pág. 444.

cia de justificación se dispararía con la responsabilidad penal la civil de ella derivada y con la directa la subsidiaria. Es, pues, la más eficaz defensa de sus intereses. No se le puede privar de ser oído sobre este tema. Sobre todo cuando la argumentación no se constriñe a temas de hecho sino a cuestión cien por cien jurídica, una circunstancia de justificación y no una cualquiera sino la relativa a la actuación en un cargo público, a un acto realizado en el servicio encomendado por el Estado precisamente.

La sentencia de 7 de abril de 1.994 se abre a las denuncias doctrinales que se han ido acumulando en estos años en contra de la privación al responsable civil subsidiario de toda legitimación para abordar el tema de la atribuida responsabilidad penal del acusado. Podrá aquél suscitar y adentrarse en la temática penal en tanto las soluciones adoptadas en este orden tengan una repercusión en la definición y alcance de la responsabilidad civil instada por la acusación. Encabeza la sentencia sus reflexiones discurriendo acerca de la fuerza vinculante que pueda tener la conformidad del acusado con la calificación y con la pena postuladas por la acusación, y, asimismo, sobre la posibilidad de que el tercero civil, en aras del reconocimiento de la "verdad real", pueda intervenir en la instancia -y, en consecuencia, se halla legitimado en vía de recurso- a fines de esclarecimiento de la licitud o ilicitud de la conducta del imputado, eslabón o presupuesto primario de toda eventual declaración de responsabilidad civil. El tema ofrece una innegable complejidad -comienza diciendo la sentencia-. De una parte el respeto debido al derecho personalísimo de toda persona a conformarse con una petición fiscal o, en general, de las acusaciones- o a no recurrir frente a una sentencia condenatoria, lo que parece que inclina a rechazar la intervención de terceras personas, incluida la Abogacía del Estado, porque ello implicaría desconocer tan importante derecho a la conformidad y a una cierta tranquilidad y sosiego de conciencia del justiciable. Pero, por otra parte, teniendo en cuenta los intereses en juego en el proceso penal, en el que ha de prevalecer la verdad real, la certeza histórica y no la aparental o formalizada, parece que toda impugnación, en este orden de cosas, aunque contradiga la voluntad del condenado, que puede moverse por razones pietistas o de compasión frente a la víctima, ha de recibir la atención debida para que prevalezca esa verdad. Y, en este sentido, el artículo 655 y concordantes de la L.E.Cr. ha sido interpretado en el sentido de que, pese a la conformidad, el juzgador puede absolver o imponer una pena inferior a la solicitada e incluso, habiendo homogeneidad de la acusación con la infracción realmente existente a juicio del Tribunal, calificar de delito menos grave.

La sentencia toma decididamente postura sobre el tema, ofreciendo una respuesta positiva y abierta a las facultades del responsable subsidiario. Así las cosas -se razona-, no parece que pueda ofrecer duda que el responsable civil subsidiario tiene un interés legítimo en demostrar que el delito no existe, pues si esa responsabilidad civil dimana de un hecho que se califica de ilícito penal, es obvio que desaparecido éste cesan las obligaciones de aquél. De ahí la diferen-

cia que en determinados sectores se marca respecto de la existencia del hecho y de su significación antijurídica, en cuyo supuesto sí podrá actuar el responsable civil subsidiario, porque la fuente de la obligación de la que nace el deber de indemnizar trae causa en la infracción penal (artículo 1.092 del C.C.) y las alegaciones restantes, como, por ejemplo, sobre la existencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, en las que ningún interés, dicho sea en términos jurídicos, puede tener el responsable civil subsidiario.

En la pluralidad temática llevada al proceso penal habrá que deslindar dos órdenes de cuestiones. Todas aquellas que dejan sentir su influencia directa o mediatamente en el reconocimiento de la responsabilidad civil, o en la precisión de su alcance cuantitativo, podrán suscitarse o ser respondidas por el responsable subsidiario. Principalmente, desde luego, cuanto haga referencia a la participación en el hecho por parte de acusado, así como a la licitud o ilicitud del mismo. Otras alegaciones ajenas en su influencia a la atribución o graduación de la responsabilidad civil, incidentes tan sólo en la definición de la responsabilidad penal -conurrencia o no de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, por ejemplo- no podrán entrar en el ámbito legitimador del tercero responsable civil.

El Centro u hospital privado o el Ente público titular del servicio sanitario -en definitiva Administración Pública- alineados en el proceso penal en calidad de responsables civiles subsidiarios, creemos podrán centrar su defensa, total o parcialmente, en la alegación del correcto proceder del profesional médico o sanitario, en general, al que se le imputa una conducta imprudente generadora de lesión o daños al paciente. También aduciendo la inexistencia de culpa penal y la detectación a lo sumo de una negligencia no excedente del área civil. En definitiva, remitiendo la dilucidación de la pretendida responsabilidad civil o patrimonial de las personas jurídicas acarreadas al proceso penal a otros ámbitos jurisdiccionales.

V. SEGURO VOLUNTARIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. COBERTURA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PROFESIONAL SANITARIO Y DE LOS CENTROS HOSPITALARIOS

Ante el riesgo de verse implicado el profesional médico, y sanitario en general, en una responsabilidad civil que grave su patrimonio, busca el respaldo de cobertura que el seguro le ofrece. Sin el mismo la labor del médico se desenvolverá en un clima de desasosiego esterilizante. Con ello se produce un desplazamiento del riesgo hacia una entidad aseguradora. No se llega a una socialización directa de los daños, pero en cierto modo, máxime cuando, de hecho, se aceptan fórmulas de obligatoriedad sobre las que velan Colegios profesionales y Centros sanitarios, ha de reconocerse en el sistema caracte-

rísticas y elementos afines a una cierta socialización del riesgo. Ello favorece el interés de víctimas y perjudicados, reforzado con el refrendo de solvencia de una entidad consolidada económicamente.

Se acusa en los profesionales de la medicina pública una excesiva acumulación de trabajo con riesgo de una disminución en la atención del paciente. El progreso científico y técnico, impulsa, en ocasiones, la incitación de enfermo y familia, a planteamientos terapéuticos audaces con merma del margen de seguridad. En esa evolución constante de descubrimientos y tecnologías, puede que el médico no llegue a tiempo de una suficiente asimilación y puesta en práctica. Los riesgos crecen y el médico necesita guardarse y protegerse. El seguro de responsabilidad civil profesional ha de acompañarle en el ejercicio de su actividad. Pero -como destaca HEBRERO ALVAREZ- un seguro de esta clase no es un salvoconducto, el seguro no ampara todos los riesgos inherentes al ejercicio de una profesión, las Compañías de Seguros no pueden convertirse en empresarios que asuman las consecuencias pecuniarias de todos los riesgos inherentes al ejercicio de una profesión⁴³. El concierto de seguro será suficientemente previsor y claro en su clausulado en evitación de equívocos fuente de litigiosidad. El primer estadio legitimador del ente asegurador girará en torno a los presupuestos y ámbito de su cobertura.

Concertada la póliza de seguro de responsabilidad civil individualmente por el médico las responsabilidades provenientes de las prestaciones puestas a cargo de la clínica o centro hospitalario no entrarán en las previsiones de amparo del seguro. La amplitud con que viene concebida actualmente la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, yendo incluso más allá de los límites derivados de una simple subsidiariedad, ha incentivado a los órganos de la Administración Pública, y muy particularmente del sector sanitario, a proveerse del cerco respaldador de cobertura que el aseguramiento de la responsabilidad civil implica. MUÑOZ MACHADO resalta la conveniencia de dar la máxima cobertura a los pacientes, en unos servicios sanitarios que están universalizados, y en los que la cobertura de riesgos debe formar parte ya del contenido del servicio garantizado⁴⁴. La cobertura mediante seguros de la responsabilidad civil basada en criterios objetivos -apunta ROMEO CASABONA aporta indudablemente importantes ventajas para el profesional y el cliente, partiendo de que se reduce la litigiosidad y confrontación entre ambos⁴⁵.

El seguro robustece las garantías de reparación, obviando posibles situaciones de insolvencia, y no menoscabando los eventuales derechos del perjudicado⁴⁶, antes bien los consolida y viabiliza en su ejercicio. En el caso de un Centro hospitalario -comenta ALARCÓN FIDALGO-, con independencia de su carácter público o privado, se incluye, también, por un lado la responsabilidad empresarial exigible al hospital, clínica o centro asistencial por el personal médico, enfermeras, ATS, practicantes, auxiliares sanitarios y demás personas que presten sus servicios en el mismo por los daños que causaren en el desempeño de los cometidos que tuvieren asignados así como la responsabilidad directamente exigible a médicos, enfermeras, A TS, practicantes, auxiliares sanitarios y demás personas que, bajo relación de dependencia, presten sus servicios en el hospital, clínica o centro asistencial asegurado⁴⁷. En Cataluña funciona un sistema de contratación, coordinada y conjunta por parte del Consell de Colegios de Médicos de Cataluña y el Servei Catala de la Salut de pólizas aseguradoras para la cobertura de responsabilidad civil, cobertura que alcanza tanto a los médicos como a los centros. Los objetivos perseguidos -como explica BERTRAN I SOLER- son salvaguardar el legítimo derecho de los ciudadanos para reclamar indemnizaciones por daños provocados como consecuencia de la atención médica, evitar la práctica de una medicina defensiva, que aumenta el riesgo para los pacientes, dificulta el avance científico-biomédico y aumenta el coste del sistema sanitario, y proteger la relación de confianza médico-paciente⁴⁸.

Es un hecho que la mayoría de los profesionales sanitarios y de los centros donde éstos trabajan, incluso públicos, tienen concertados sus respectivos seguros cubriendo hasta la cuantía que se fije sus eventuales responsabilidades civiles. En tal supuesto la Compañía aseguradora del profesional será la llamada en primer término a la satisfacción de la indemnización impuesta; caso de no realizarlo por insolvencia o quiebra será el ente asegurador del responsable civil subsidiario el convocado a cubrir la responsabilidad patrimonial subsiguiente⁴⁹. También en lo excedente del techo de cobertura previsto en la póliza de seguro del sanitario, si le superase el concertado en la póliza del Centro hospitalario.

Las Compañías aseguradoras del Seguro Voluntario de Responsabilidad Civil están sujetas a la acción directa reconocida al tercero perjudicado en el artículo 76 de la Ley

⁴⁶ Cfr. LLAMAS POMBO (ob. cit., pág. 348).

⁴⁷ ALARCÓN FIDALGO: "El aseguramiento de las responsabilidades médicas y hospitalarias", en Varios: La responsabilidad de los médicos y Centros Hospitalarios frente a los usuarios de la Sanidad Pública y Privada, Fundación de Ciencias de la Salud, Madrid, 1.994, pág. 158.

⁴⁸ BERTRAN I SOLER, en Mesa Redonda sobre "El aseguramiento de la responsabilidad de los profesionales sanitarios y de las Administraciones sanitarias", en Varios: La responsabilidad de los profesionales y de las Administraciones sanitarias, Junta de Andalucía, Consejería de Salud, 1.994, pág. 176.

⁴⁹ Cfr. GARCÍA BLAZQUEZ y MOLINS COBO: Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica (Aspectos jurídicos y médico-forenses), Ed. Comares, Granada, 1.995, pág. 58.

⁴³ HEBRERO ÁLVAREZ: "La responsabilidad civil de las profesiones liberales y su aseguramiento", en Varios: Lecciones sobre el Seguro de Responsabilidad Civil, INESE, Ed. Caser, Madrid, 1.989, pág. 391.

⁴⁴ MUÑOZ MACHADO (trab. cit., pág. 278).

⁴⁵ ROMEO CASABONA: "Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo. perspectivas", La Ley, n° 3.380, 29 de octubre de 1.993, pág. 6. MARTÍNEZ-CALCERRADA: "Responsabilidad médica en su dualidad funcional: cirugía asistencial, cirugía satisfactiva", La Ley, n° 3.823, 14 de julio, de 1.995, pág. 7.

50/1.980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, de posible y normal inserción en el proceso penal. Y ello ya se preste cobertura a la eventual responsabilidad civil del acusado, ya a la responsabilidad civil subsidiaria decretada a cargo del Centro hospitalario privado o al instalado en el seno de la Administración sanitaria -artículos 21 y 22 del C.P. derogado y 120 Y 121 del C.P. de 1.995-. Siempre sobre el presupuesto de existencia de una culpabilidad penal del acusado. Si falta esa base subjetiva de imputación no es posible estructurar la responsabilidad civil del ente asegurador personado en la causa.

La jurisprudencia, no obstante, ha venido desconociendo a las Compañías aseguradoras legitimación para impugnar la responsabilidad penal atribuida al inculcado, considerando el tema ajeno a la pretensión indemnizatoria ejercitada contra las mismas (Cfr. Sentencias del T.S., Sala Segunda, de 17 de octubre de 1.991 y 10 de octubre de 1.992). Mas reflexionemos que la responsabilidad civil tanto directa como subsidiaria existe en la medida en que hay declaración de responsabilidad penal del agente causante del daño. Imponer a la entidad aseguradora un absoluto silencio sobre este particular supone una restricción importante del derecho de defensa amparado por el artículo 24.1 de la C. E. El asegurador, cuando se enfrenta a la acción directa, cualquiera que sea el cauce procesal en que se produzca, puede oponer, según el artículo 76 de la LC.S., "la culpa exclusiva del perjudicado", causa de exoneración traducida en el juicio penal en la alegación de inocencia de acusado. Si en el proceso civil - escribe SERRA DOMÍNGUEZ- el asegurador puede discutir la existencia de una acción imprudente, evidentemente podrá discutida igualmente en el proceso penal⁵⁰.

El nuevo artículo 117 del c.P., reconociendo a los aseguradores la condición de responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización convencionalmente pactada sancionando lo que ya mereció la aprobación de los Tribunales, puede decirse que robustece las consideraciones antes formuladas sobre la legitimación de la aseguradora para cuestionar la atribuida conducta culpable de índole penal del acusado. Creemos, pues, trasplantable la doctrina sentada por las sentencias del T.S. de 7 de mayo 1.993 y 7 de abril de 1.994 a propósito del responsable civil subsidiario.

VI. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FUERA DEL PROCEDIMIENTO PENAL

El Juez o Tribunal penal, mediando reserva expresa de la acción civil para su posterior y separado ejercicio, no entrará en el examen de la responsabilidad civil directa a cargo de la autoridad o funcionario público sobre que recaiga la condena

penal, ni de la responsabilidad civil subsidiaria eventualmente atribuible al Estado o entes públicos. Igual sucederá, por supuesto, caso de dictarse sentencia absolutoria en el juicio penal. También si se condenase a aquéllos como autores de una falta penal -dolosa o culposa- no sería factible declaración de responsabilidad civil subsidiaria a cargo de la Administración Pública. En tales supuestos la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública habrá de reclamarse en procedimiento específico aparte del propio penal. Si bien en época precedente ha gozado de generalizado reconocimiento la competencia de la jurisdicción civil para la dilucidación y definición de la responsabilidad civil de la Administración⁵¹, hoy, tras la promulgación de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y de Procedimiento Administrativo Común, puede afirmarse la vigencia del sistema de unidad jurisdiccional en favor de los Tribunales de lo contencioso-administrativo. El auto de 7 de julio de 1.994 de la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo, a la vista del nuevo régimen legal instaurado por la Ley 30/1.992, se pronuncia decididamente en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa como unificadora y prevalente.

Cuando esté en juego la responsabilidad del INSALUD por la damnificación originada a beneficiarios de la Seguridad Social por defectuosidad en las prestaciones sanitarias dispensadas, en último término, y tras la ultimación del procedimiento administrativo, serán los Tribunales de lo Contencioso-administrativo los llamados a resolver la pretensión resarcitoria en liza. Semejante conclusión latente en la ordenación de la Ley básica aparece perfectamente explicitada en la Disposición adicional primera del Real Decreto 429/1.993, de 26 de marzo, con referencia a las instituciones públicas sanitarias. Según la misma, "de conformidad con lo establecido en los artículos 2.2 y 139 a 144 y concordantes de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa y contencioso-administrativa prevista en dicha Ley y en el presente Reglamento". Se sienta en la Ley el principio de responsabilidad objetiva y directa de la Administración, regla que encarna y deviene operante en el ámbito de la asistencia sanitaria⁵².

⁵¹ Véase en PANTALEÓN, la exposición sobre las tres vías empleadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo para sostener la competencia de la jurisdicción civil. PANTALEÓN: "Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración", Seminario conjunto sobre responsabilidad del personal sanitario, Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 14, 15 Y 16 de noviembre de 1.994, págs. 3 y ss. GONZÁLEZ MORAN (ob. cit. 191).

⁵² Cfr. SOTO NIETO: "Principios básicos de la responsabilidad civil y penal del médico", Actualidad Penal, n° 46, 11 de diciembre de 1.995, pág. 900.

⁵⁰ SERRA DOMÍNGUEZ: "Intervención de las Compañías aseguradoras en el proceso penal", Justicia, 1.982, número IV, pág. 63.

A la vista del artículo 106.2 de la C.E., presupuesto de la responsabilidad objetiva de la Administración es que los daños sean producidos por el funcionamiento del servicio público. Queda fuera de duda que toda actividad pública organizada y encaminada a la preservación y protección de la salud entra dentro del área de un servicio público. Así resulta del artículo 43.2 de la Constitución. El artículo 46 de la Ley General de Sanidad 14/1.986, de 25 de abril, es sumamente expresivo en la enumeración de las responsabilidades asumidas por el Sistema Nacional de Salud, El artículo 98 de la Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por Decreto 2.06511,974, de 30 de mayo, artículo no derogado por el RD. Legislativo 1/1.994, de 20 de junio, establece que "la asistencia sanitaria del Régimen de la Seguridad Social tiene por objeto la prestación de los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud de los beneficiarios de dicho régimen, así como su aptitud para el trabajo". Las atenciones en que se traduce la asistencia sanitaria aparecen enumeradas en el RD. 63/1.995, de 20 de enero, y en el R.D. 83/1.993, de 22 de enero.

Desde el momento que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas -en donde se inserta la Administración sanitaria- se rige por cánones de depurada responsabilidad objetiva, la jurisdicción penal -caso de actuar en vanguardia- al tiempo de juzgar sobre la conducta del médico o profesional sanitario, no ha de verse tentada a forzar en lo más mínimo el sereno enfoque y calificación de la actuación de aquéllos, de lo que se le ha intentado acusar en ocasiones. Crece el número de sentencias -escribe VILLAR ROJAS sobre imprudencia médico-quirúrgica que establecen la responsabilidad personal del profesional sanitario a los solos efectos de poder fijar la indemnización civil a favor del perjudicado. Se llega a exigir de los médicos y auxiliares una diligencia en el cumplimiento de sus deberes de cuidado cercana a la perfección, encubriendo responsabilidades que son de las entidades gestoras del servicio y no de su personal⁵³.

Vigente la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, y el Real Decreto 429/1.993, de 26 de marzo, ninguna duda ha de ofrecer la reconducción unitaria de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se formulen contra la Administración Pública al procedimiento administrativo y al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Y ello ya haya actuado aquella -Administración sanitaria que es objeto de nuestra atención- en relaciones de Derecho público como en relaciones de Derecho privado. Los artículos 1,2,2, 139 Y 144 de la Ley referida son claramente ilustrativos. En opinión de SALA FRANCO la relación que media entre el beneficiario de la prestación sanitaria y la Administración sanitaria es una relación de derecho público, la Administración está prestando un servicio público sanitario. Por consiguiente de los daños que surjan como consecuencia del funcionamiento

normal o anormal de este servicio público será responsable la Administración sanitaria, siendo el orden jurisdiccional competente para conocer de estas reclamaciones el contencioso-administrativo⁵⁴.

El auto de la Sala Especial de Conflictos del T.S. de 7 de julio de 1.994, con vistas a la Ley 30/1.992, alude a la unificación llevada a cabo, en primer lugar, del procedimiento para la reclamación de la indemnización contra las Administraciones Públicas, y, en segundo término, unificando también la jurisdicción y el régimen jurídico aplicable. Cualquier innovación de los preceptos atinentes a la culpa extracontractual no tiene otra traducción que una imputación de disfuncionalidad del servicio público. La jurisdicción civil -afirma PEMAN GAVIN- carece en principio de competencia para conocer pretensiones de resarcimiento dirigidas frente a la Administración por daños causados a los pacientes con ocasión de la prestación de los servicios sanitarios: la jurisdicción civil ha quedado privada, tras la aprobación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, de toda apoyatura legal⁵⁵.

Ahora bien, situados fuera de la órbita jurisdiccional penal, la responsabilidad civil personal del médico o sanitario que hubiese incurrido en culpa o negligencia en la prestación de sus servicios, aunque se hubiese producido en el marco de la sanidad pública, ha de hallar su fundamento en los artículos 1.902. o. en su caso, en los artículos 1.101. 1.104 Y concordantes del Código Civil, siendo la jurisdicción civil la llamada a pronunciarse sobre el particular. Ya deja entrever este criterio el artículo 146.1 de la Ley 30/1.992 al consignar que "la responsabilidad civil y penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente". Constando reserva expresa de la acción civil por parte del perjudicado para su ejercicio independiente una vez recaída sentencia firme condenatoria en el juicio penal, el substrato fundamentador de aquélla no puede alejarse dellineamiento sustantivo civil apuntado. El hecho ilícito dañoso puede decirse que no pierde su básica fisonomía civil por la circunstancia de habersele adicionado una carga penal. Una verdadera obligación civil hace su aparición, sin ninguna diferencia con aquella otra surgiente de un acto liberado de sanción penal. La regulación de las consecuencias civiles derivadas del ilícito debe ser única y misma en todos los supuestos. La responsabilidad civil se acusa tan pronto se origina un daño a tercero sin causa justificativa, es decir, mediando una actuación culposa. Que el acto desencadenante sea configurado como propia

⁵⁴ SALA FRANCO: "El conflicto de jurisdicciones en las reclamaciones por actuaciones sanitarias", Mesa redonda en Varios: La responsabilidad de los profesionales y de las Administraciones sanitarias, Junta de Andalucía, Consejería de Salud, 1.994, págs. 150 y 151. En la misma intervención, véase LÓPEZ y LÓPEZ (ob. cit. pág. 164). V ÁZQUEZ GARCÍA (ob. cit., pág. 157). Jurisprudencia, diciembre de 1.950, pág. 636.

⁵⁵ PEMÁN GAVIN (trab. cit. 312). Igual MARTÍN REBOLLO (trab. cit. pág. 98).

⁵³ VILLAR ROJAS (ob. cit. pág. 21).

infracción penal no hace palidecer ni disminuye su valoración estrictamente civil⁵⁶.

En supuesto de haberse dictado sentencia absolutoria en la causa penal, resulta obvia la posibilidad de una revisión en el campo puramente civil, en intento de descubrir si, con independencia de las frustradas valoraciones penales, se acusan los elementos característicos de la culpa extracontractual o aquiliana o de la culpa contractual. Será el juez civil el llamado a apurar su reflexión investigadora y descubrir, en su caso, la reprochabilidad por culpa civil que pudiera merecer la conducta del sanitario demandado.

La responsabilidad del médico por la lesión causalmente ligada a su servicio prestacional o intervención asistencial de cualquier índole ha de basarse en la acreditada mediación de culpa o negligencia por su parte. Y ello ya se verifiquen aquéllos en establecimientos públicos en centros privados. Si bien ha de destacarse que en el ámbito de la responsabilidad médica la jurisprudencia ha dejado a salvo la misma de los principios objetivistas que poco a poco han ido acogiendo en el tratamiento general de la responsabilidad por culpa, modulándose también la misma en función de las obligaciones inherentes a los profesionales sanitarios y a las específicas eventualmente asumidas por los mismos. La jurisprudencia de la Sala de lo civil del T. S. es reiterada en su afirmación de que la obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo o lo que es igual, no es la suya una obligación de resultados, sino una obligación de medios, es decir, está obligado no a curar el enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia. Además, en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida para los daños de otro origen, estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la culpa y de la relación o nexo de causalidad, ya que a la relación causal material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico, por lo que no hay responsabilidad sanitaria cuando no es posible establecer la relación de causalidad culposa, por no depender de la misma el resultado dañoso⁵⁷.

Así sentencia de 10 de febrero de 1.996, compendiando sentencias anteriores. Entre ellas pueden citarse las de 12 de febrero y 6 de noviembre de 1.990, 8 de mayo y 11 de noviembre de 1.991, 20 de febrero, 8 y 13 de octubre de 1.992, 2 Y 15 de febrero, 4 y 23 de marzo, 7 de julio y 27 de diciembre de 1.993, 23 de febrero, 29 de marzo, 25 de abril, 1 de junio, 12 y 22 de julio, 14 de noviembre y 5 de diciembre de 1.994 y 20 de febrero de 1.995.

⁵⁶ GÓMEZ ORBAJENA: "La acción civil del delito", *Revista de Derecho notarial*, marzo de 1.949, pág. 193. SILVIA MELERO: "El problema de la responsabilidad civil en el Derecho penal", *Revista General de la Legislación y Jurisprudencia* diciembre de 1.950, pág. 636.

⁵⁷ Cfr. MORENO CASTILLO: "Situación actual de la responsabilidad civil", *Revista General de Derecho*, julio-agosto de 1.994, pág. 7.751.

No obstante lo expuesto, han de formularse ciertas salvedades y consideraciones. Pese a hablarse de una obligación de "medios" en el profesional médico, nada obsta para que, en ocasiones, no tratándose, en general, de actividad curativa, se comprometa el médico a la prestación de un resultado, realización final que satisface el interés de la contraparte. Tal una intervención de cirugía estética o la colocación de una prótesis dentaria. El deber básico y principal del médico estriba en poner a contribución cuantos medios técnicos y científicos resulten aconsejables para conseguir la sanación o mejora posible del paciente. La naturaleza del deber médico resulta variada, la previsibilidad del sujeto fluctuable y las circunstancias de tiempo y lugar muy diferentes en uno y otro supuesto⁵⁸. Tan ligada al caso y sus circunstancias ha de ser la conducta del médico que se la refiere a la lex artis ad hoc, criterio valorativo del concreto acto ejecutado por el profesional de la medicina, en función de la técnica normal requerida y de la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos⁵⁹.

También ha de resaltarse la fundamentalidad del deber de información, así como el de obtener el consentimiento del paciente para cualquier intervención sobre su cuerpo o aplicación del tratamiento que comporten un cierto riesgo para su vida o salud física⁶⁰. Sin consentimiento del paciente, jurídicamente eficaz, no es posible llevar a término una intervención médica o una delicada terapia. El enfermo debe contar con la información necesaria para su libre determinación⁶¹. El deber de información gravita del mismo modo en la esfera contractual que en la extracontractual⁶².

Si la pretensión de resarcimiento ejercitada fuera del proceso penal se dirige simultáneamente contra médico o sanitario en general y contra la Administración Pública a través de cualesquiera de sus entes, constituye criterio generalizado -sin que falte algún detractor- que será la jurisdicción civil la competente para el conocimiento de aquélla a fin de evitar pronunciamientos contradictorios por división de continencia de la causa. Puede polarizarse en el médico o sanitario la imputación culposa. La responsabilidad patrimonial de la Administración tanto provendrá por la aplicación del artículo 1.903 del C.C. - responsabilidad civil por hecho de otro- como por el dictado del artículo 139 de Ley de Responsabilidad Jurídica de las Administraciones Públicas.

Formulada reclamación exclusivamente frente a la Administración Pública, indudablemente la vía administrativa y contencioso-administrativa viene impuesta por la Ley 30/1.992.

⁵⁸ Cfr. BUERES: *Responsabilidad civil de los médicos*, Ed. Abaco, Buenos Aires, pág. 211.

⁵⁹ Cfr. MARTÍNEZ CALCERRADA: *La responsabilidad civil médicosanitaria*, Ed. Tecnos, Madrid, 1.992, pág. 10.

⁶⁰ Cfr. HEBRERO ALVAREZ (ob. cit., pág. 395).

⁶¹ Cfr. CARRASCO GÓMEZ: *Responsabilidad médica y psiquiátrica*, Ed. Colex, Madrid, 1.989, pág. 44.

⁶² Véase la sentencia del 23 de abril de 1.992, en relación con la culpa extracontractual.

La pretensión mixta en sus destinatarios, abarcando simultáneamente a particulares y a entes públicos, no puede desdoblarse en dos cauces procesales diferenciados con la consecuencialidad de su costo, sus dilaciones y la eventual contradicción de sus pronunciamientos resolutorios. La *vis atractiva*, con cita del artículo 9.4 de la L.O.P.J., viene reconocida a favor de los tribunales del orden civil⁶³.

No obsta a la conclusión antes expuesta de competencia global a favor de la jurisdicción civil que el paciente ingrese en el Centro público en razón a su condición de beneficiario de la Seguridad Social o, en general, por su vinculación con la Administración. La Sala Primera del T.S. es reiterada en la re afirmación de la competencia del orden civil, negando que aquella vinculación sea determinante de una relación obligacional que pueda tipificarse como laboral, sino de la que es propia de la responsabilidad civil a que da lugar la actuación profesional del médico cuyo resultado dañoso se invoca. Es decir, de una relación jurídico-privada con pretensión por parte del afectado de ser resarcido de los daños y perjuicios que le han sido causados, con fundamento en los artículos 1.902 y 1.903 del C.C. La jurisprudencia de la Sala Primera ha consolidado el criterio de la *vis atractiva* de la jurisdicción civil con la expresa mención de la solidaridad. Cuando junto a la responsabilidad en que puedan haber incurrido el Estado o sus órganos, concurren las responsabilidades que se atribuyan a personas físicas o jurídicas, ajenas a aquéllos, estas responsabilidades, al generar vínculos de solidaridad, determinan la atribución de la competencia a la jurisdicción ordinaria⁶⁴. Pueden verse las sentencias de 10 de octubre de 1.972, 20 de marzo de 1.975, 20 de febrero de 1.981, 28 de marzo de 1.983, 20 de marzo de 1.984, 31 de marzo y 1 de diciembre de 1.987, 5 de mayo, 17 y 22 de junio y 21 de septiembre de 1.988, 27 de enero y 7 de abril de 1.989, 30 de enero y 23 de noviembre de 1.990, 30 de julio de 1.991 y 15 de marzo de 1.993.

⁶³ Véase SERRA DOMÍNGUEZ: "Jurisdicción competente para el conocimiento de las reclamaciones frente a la Administración sanitaria por lesiones producidas en el transcurso de una asistencia hospitalaria", *Derecho y Salud*, enero-junio de 1.994, págs. 5 y ss. BERCOVITZ: "Comentario a la sentencia del T.S. de 2 de febrero de 1.987", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n° 13, enero-marzo de 1.987, págs. 4.357 y ss. RODA Y GALÁN: "Cauce procesal adecuado en reclamaciones simultáneas contra la Administración y el personal sanitario", *La Ley*, n° 3.994, 13 de marzo de 1.996, pág. 2. GONZÁLEZ MORÁN (ob. cit. 203). SEIJAS QUINTANA se muestra opuesto a la solución apuntada, creyendo que a partir de la Ley 30/1.992 toda materia sobre responsabilidad patrimonial de la Administración Pública se atribuye a los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, tanto si se encuentra sujeta al Derecho Administrativo como al Derecho Civil, pues así se deduce del artículo 144 de la Ley. SEIJAS QUINTANA: "Responsabilidad civil médico-sanitaria: Ejercicio y condicionamiento", *Actualidad Civil*, n° 16/17, 23 de abril de 1.995, pág. 307. No hay que olvidar que las prestaciones sanitarias de la Administración Pública se enmarcan siempre en el seno de relaciones públicas, aunque se ofrezcan a particulares no pertenecientes a la Seguridad Social. El artículo 121 del C.P. muestra que la responsabilidad patrimonial de la Administración puede conocerse y consumarse a la par que la propia civil del profesional sanitario.

⁶⁴ Así GONZÁLEZ MORÁN (ab. Cit. Pág. 194).

De la doctrina que ha quedado expuesta se hace eco, en compendiosa y acertada síntesis, la sentencia de 17 de febrero de 1.995 de A.P. de Córdoba, que merece ser transcrita.

1º) La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre de 1.992 así como las normas que la desarrollan en lo relativo a la exigencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el Real Decreto 429/1.993 de 26 de marzo, han cambiado totalmente los procesos en que se demanda a una Administración Pública, ya que bajo el imperio de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1.957, que regía con anterioridad, según su artículo 41, para exigir las responsabilidades por los daños y perjuicios causados por las autoridades, funcionarios o agentes, en los casos en que el Estado actúe en relaciones de derecho privado, habrían de exigirse ante los tribunales ordinarios, pero la referida Ley 30/1.992 de 26 de noviembre, entre otros derechos deroga expresamente el referido artículo, estableciendo en su artículo 144 que cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de derecho privado responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 142 y 143, según proceda, artículos éstos que determinan el procedimiento administrativo a seguir.

2º) Establece el citado Real Decreto de 26 de marzo de 1.993, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, en su Disposición Adicional Primera, que la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de la Salud, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre.

Con esta nueva legislación se suprime la dualidad de jurisdicciones que se daba en la Ley de 26 de julio de 1.957, de la ordinaria y la contencioso-administrativa, según se tratara de relaciones de Derecho Público o Derecho Privado, estableciéndose así como jurisdicción competente sólo la contencioso-administrativa. En consecuencia, cuando un particular reclama frente a la Administración Pública una indemnización por razón del daño sufrido con ocasión de lo que considera una deficiente prestación de un servicio sanitario, ha de acudir, una vez desatendida, en su caso, la reclamación previa, a la jurisdicción contencioso-administrativa. Este sería el supuesto de demandar al Servicio Andaluz de la Salud, Organismo Autónomo de carácter administrativo de la Junta de Andalucía, merecedor, por tanto, de la consideración de Administración Pública (artículo 1 de la Ley de 6 de mayo

de 1.986, del Parlamento de Andalucía y artículo 2 de la Ley ya citada de 26 de noviembre de 1.992).

4º) Sin embargo, en el caso enjuiciado, además de demandarse a la Administración, se dirige la demanda contra personas físicas dependientes o funcionarios del citado Organismo, que encauzan actuaciones médicas y administrativas que la actora considera influyentes en el daño sufrido. Surge, pues, la interrogante de si cuando se exigen responsabilidades a particulares, además de la Administración, dentro de una legítima acumulación, cabe o no la fuerza atractiva de la jurisdicción civil, como tiene declarado el Tribunal Supremo en las sentencias de 2 de febrero de 1.987, 10 de noviembre de 1.990, 17 de julio de 1.992 y 2 de junio de 1.993. La respuesta, al igual que hace el Juzgador de instancia y aun reconociendo que se rusiente de otras resoluciones, ha de ser afirmativa, pues se ha de tener en cuenta que el artículo 146.1 de la Ley de 26 de noviembre de 1.992 dispone que "la responsabilidad civil y penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente", y, por tanto, cabe añadir que si la legislación sustantiva aplicable será la civil o penal será la jurisdicción de estos órdenes la que conozca cuando se demande a personas físicas exigiéndoles su responsabilidad civil o penal, teniendo esta jurisdicción fuerza atractiva si además se le exige responsabilidad a la Administración de la que dependan las personas físicas demandadas o acusadas⁶⁵.

Cabe también que, pese a la absolución del profesional sanitario, considerando su actuación o servicio libre de toda tacha de culpa, la Administración Pública sea condenada al resarcimiento del daño producido al paciente. Así resulta cuando la Administración es codemandada y traída al proceso recabando de ella una responsabilidad patrimonial por hecho propio, reconociendo "deficiencias asistenciales" o "defectuoso funcionamiento de los servicios" fuera de toda eventual negligencia médica. En definitiva aplicando a la responsabilidad de la Administración los rigurosos cánones de objetividad marcados por la ordenación administrativa; o, al menos, las tendencias objetivistas hoy tan enseñoreadas en el ámbito civil de la responsabilidad por culpa. Se ha resaltado respecto a la responsabilidad de los Centros sanitarios que la organización compleja de los mismos y el tipo de asistencia que se presta al enfermo, frecuentemente a través de equipos multiprofesionales, hace sumamente difícil la individualización de las conductas a efectos de exigencia de responsabilidades específicas. De ahí que se hable hoy de una especial responsabilidad institucional que debe ser enfocada con criterios objetivos⁶⁶. Si bien, dado el carácter jurídico-público de los Centros de la Seguridad Social, condenada la misma -ordinariamente a través del INSALUD por causa de las deficiencias asistenciales prestadas -con absolu-

ción del profesional sanitario- no es atinente la invocación del artículo 1.903 del C.C., referente a la responsabilidad por hecho ajeno⁶⁷. En la línea expuesta se sitúan las sentencias de la Sala Primera del T.S. de 29 de octubre de 1.992, relativa a deficiencias en cuidado y atención del paciente en período postoperatorio con falta del máximo control de asepsia; y sentencia de 6 de marzo de 1.995, atribuyendo al Centro del INSALUD la omisión negligente de no proporcionar el medio adecuado -personal especializado sustituto del titular- para poder efectuar electroencefalogramas que hubieran proporcionado pruebas del diagnóstico. La jurisprudencia española enfoca el problema de la reparación de los daños producidos en servicios hospitalarios dependientes del INSALUD -comenta MUÑOZ MACHADO con una amplitud suficiente para que pueda decirse realmente que la responsabilidad médica y hospitalaria por lesiones producidas en los establecimientos públicos tiene el sentido de una responsabilidad- aseguramiento, que ofrece a los pacientes una cobertura prácticamente integral por las lesiones que se les pueden ocasionar con ocasión de la asistencia médica que reclaman⁶⁸. Llamándose la atención de que la imputación de la Administración sanitaria no desaparece por la circunstancia de que la lesión no derive de lo que pudiéramos llamar "fase dinámica" del servicio o de la gestión pública, bastando que las lesiones deriven de la mera estancia del particular en instalaciones hospitalarias, concurrentes los demás requisitos⁶⁹.

Se acusa, pues, una escisión entre la responsabilidad médica en el acreditamiento de cuantos requisitos condicionan la responsabilidad por negligencia, y la responsabilidad de las instituciones sanitarias públicas, incardinadas en los moldes de la más acusada objetividad imperante en el régimen de las Administraciones Públicas. Con independencia de que la actuación individual del profesional sanitario resulte correcta, pueden originarse daños a un paciente por causas externas ligadas a problemas de organización o coordinación del Centro que ofrezca la asistencia sanitaria. Así como daños no relacionados con la actuación sanitaria pero acaecidos con ocasión de ésta. A ello se refiere CONDE⁷⁰, compendio de supuestos que, no justificando responsabilidad alguna del médico o sanitario, sí pueden motivar condena patrimonial de resarcimiento a cargo de la Administración sanitaria.

⁶⁷ Cfr. LLAMAS paMBA: "Comentario a sentencia de 4 de noviembre de 1.992", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, septiembre-diciembre de 1.992, págs. 995 y ss.

⁶⁸ MUÑOZ MACHADO: "Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración sanitaria (algunas reflexiones de las funciones actuales de la responsabilidad civil)", *Responsabilidad del Personal Sanitario*, Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1.995, pág. 217.

⁶⁹ Cfr. GARCÍA MANZANO: "Recientes criterios jurisprudenciales en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración", *La Ley*, 5 de febrero de 1.996, pág. 48.

⁷⁰ CONDE: "La responsabilidad de la Administración y de los profesionales en la práctica médica", en V arios: *La responsabilidad de los médicos y Centros Hospitalarios frente a los usuarios de la Sanidad Pública y Privada*, Fundación de Ciencias de la Salud, Madrid, 1.994, pág. 18.

⁶⁵ Véase en *Actualidad Civil*, nº 11/1, 15 de junio de 1.995, pág. 1.232.

⁶⁶ Véase sentencia de 28 de abril de 1.993 de la A.P. de Córdoba en *Actualidad Civil*, nº 15/1, 15 de agosto de 1.993, pág. 1.429.

Todo paciente que entre en relación con la Administración a través de sus centros asistenciales u hospitalarios ha de contar con que, de sufrir cualquier daño o lesión que razonablemente se estime no tenga el deber de soportado, ha de ser debidamente indemnizado. Y ello ya se llegue al postrer dictado condenatorio a través de un reproche culpabilístico individual de médicos o sanitarios intervinientes, ya queden éstos al margen de toda tacha de negligencia. La legalidad de la actuación administrativa no exime al ente público de la obligación de reparar los daños que pueda causar. Sólo se produce la exclusión de este deber cuando concurre una causa de justificación que expresamente obligue al dañado a soportar el perjuicio que le ha causado la Administración⁷¹. En definitiva sólo devienen indemnizables los daños sufridos sobre el presupuesto o base de antijuridicidad. MUÑOZ MACHADO destaca certeramente como razones más principales que abonan y robustecen el sesgo de objetividad que preside la responsabilidad civil de las instituciones sanitarias públicas y, en definitiva, de la Administración Pública: 1ª) La circunstancia de que la generalización de los servicios sanitarios y su publicación masiva ha convertido a los médicos y sanitarios en personal dependiente (con un status muy próximo al funcional) de los hospitales para los que trabajan,

siendo difícil que puedan desarrollar una medicina no defensiva, si el sistema de responsabilidad se organiza de modo que se tenga básicamente en consideración la conducta culposa de los sanitarios, y se exija de ellos directamente las indemnizaciones. 2ª) La medicina se practica actualmente en equipos, siendo muy difícil individualizar y medir la responsabilidad de cada uno de los intervinientes en un acto médico, desde las estructuras y servicios hospitalarios a los asistentes sanitarios que participan en el diagnóstico o en ola terapéutica. 3ª) En los servicios sanitarios públicos existe una tendencia a limitar la libertad de decisión de los médicos por razón de la necesidad de detener el crecimiento de los gastos, constriñendo a los médicos a que empleen medios de diagnóstico y terapéuticos tasados⁷². Especial complejidad reviste el trabajo en equipo, muy frecuente en el ejercicio actual de la medicina hospitalaria, y en el que prima el principio de confianza, dificultando la definición de una responsabilidad individualizada⁷³. DE ÁNGEL Y AGÜEZ nos recuerda que no es posible desconocer que la medicina es hoy, en buena parte, hospitalaria. Ya no es mi médico el que actúa sino un médico. Un médico, además, que puede cambiar de cara dos o tres veces al día; tan "anónimo" como el paciente es en ocasiones, el propio profesional para el enfermo. Y un médico en fin, al que casi nunca se elige y al que, por si fuera poco, se ve como miembro de un equipo⁷⁴.

⁷² MUÑOZ MACHADO (trab. cit. 278).

⁷³ Cfr. ROMEO CASABONA: "Las actuaciones de los profesionales sanitarios y sus repercusiones en la esfera penal", en Varios: La responsabilidad de los profesionales y de las Administraciones sanitarias, Junta de Andalucía, Consejería de Salud, 1.994, pág. 26.

⁷⁴) DE ÁNGEL YAGÜEZ: "La responsabilidad civil de los profesionales y de las Administraciones sanitarias", en Varios: La responsabilidad de los profesionales y de las Administraciones sanitarias, Junta de Andalucía, Consejería de Salud, 1.994, pág. 39

⁷¹ Así VILLAR ROJAS (ob. cit. 33).

LA SUPRESION DEL DELITO DE PROPAGACION MALICIOSA DE ENFERMEDADES Y EL DEBATE SOBRE LA POSIBLE INCRIMINACION DE LAS CONDUCTAS QUE COMPORTAN RIESGO DE TRANSMISION DEL SIDA

Luis Arroyo Zapatero

Catedrático de Derecho Penal Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: 1. Introducción; 2. El programa eugenésico de los años 30 y el Derecho penal; 3. Razón y fundamento del delito de contagio venéreo; 4. El delito de propagación maliciosa de enfermedad transmisible del art. 348 bis del viejo Código penal; 5. La transmisión del Sida como lesiones típicas en el Código penal anterior y en el de 1995; 6. El contagio de enfermedades en los proyectos de reforma penal; 7. Sobre la inconveniencia de castigar conductas que comporten mero riesgo de contagio de sida y el acierto del Código penal de 1995.

1. INTRODUCCIÓN

En 1630, en el Milán de la dominación española bajo nuestro Rey Felipe IV, los jueces de la ciudad, asolada por la peste, quisieron procurar remedio a tan grave mal, y no encontraron más saludable medida que acusar y, tras atroces suplicios, condenar a varios pobres e indefensos ciudadanos con la imputación de haber propagado la peste mediante procedimientos tan necios como siniestros: untando con misteriosa pez las paredes de algunas solitarias callejas. Sobre estos acontecimientos se pronunció como primer crítico nuestro bien conocido Pietro Verri en sus *Observaciones sobre la tortura*, y años más tarde Alessandro MANZONI, nieto de su amigo y rival Cesare de BECCARIA, y padre de las letras italianas, compuso un aleccionador opúsculo al que daba comienzo alegando que los dichos jueces creyeron haber hecho cosa muy digna de memoria, ya que en la misma sentencia, después de añadir a los suplicios y la muerte la demolición de la casa de uno de los condenados, decretaron todavía más: que en aquél lugar se levantara una columna, la cual debería llamarse infame, con una inscripción que llevase a la posteridad la noticia del crimen y la pena. Y, concluye Manzoni en su inicial párrafo, en esto no se engañaron: aquel juicio fue verdaderamente memorable.

La *Storia della Colonna infame* es una buena historia y un excelente libro para presidir una reflexión jurídica y

social sobre la propagación de enfermedades, más aún cuando la que más nos preocupa, la del Sida, reviste en ocasiones las características que atribuyó Boccaccio a la mortífera pestilencia que castigó a Florencia "por obra de los cuerpos celestes o enviada sobre los mortales por la justa ira de Dios para escarmiento de nuestros inicuos actos". Y todo ello porque como bien advierte Leonardo SCIASCIA en su introducción a la versión española de la obra: "los errores y los males del pasado no son nunca pasado, y es preciso vividos y juzgarlos de continuo en el presente", si queremos aprender de la historia para guiar nuestro futuro¹.

Es el Sida lo que ha revitalizado la preocupación por la intervención del Derecho penal frente a la transmisión o contagio de las enfermedades infecciosas en general y de las de transmisión sexual en particular. Es por ello por lo que para abordar el examen del delito de propagación maliciosa de enfermedades hemos de tener bien en cuenta, además de la transmisión de enfermedades comunes, la de las sexuales o venéreas. La ley sólo se pue-

¹ Alessandro MANZONI, *Historia de la columna infame*, con una nota de Leonardo Sciascia, Barcelona 1984. La atribución de las epidemias al castigo divino por los pecados de los hombres es una constante de nuestra cultura, así Barrionuevo en sus *A visos* informaba que entre las causas de la peste italiana de 1656 se encontraba la de andar las mujeres descubiertos los pechos, provocando a los hombres a pecar; V. amplias referencias en MARTINEZ GIL, *Muerte y Sociedad en la España de los Austrias*, Madrid 1993, p.132 y ss.

de interpretar con sentido desde los problemas por los que la ley nos preocupa.

Ya el Código de 1822, en el art. 378 previó el castigo, como delito contra la salud pública, a quien introdujere o propagare enfermedades contagiosas o efectos contagiosos, quebrantaren las cuarentenas o se evadieran de los lazaretos. Pero esta cláusula desapareció en los Códigos posteriores. GROIZARD manifestó su preocupación por esta carencia², preocupación que ejemplifica en el caso de quien introduce en casa ajena las ropas de un enfermo de cólera "con el depravado fin de llevar a ella la desolación y la muerte". Estimó que tal carencia obedecía a una ingenua creencia del legislador de que "no había entre los hombres ninguno tan malvado que a tal extremo le condujesen sus desapoderadas pasiones". Pero nada proponía para los supuestos no intencionales. La acción legislativa contra las enfermedades contagiosas comunes solamente fue abordada más tarde y como asunto puramente organizativo, sin más medida de aseguramiento o sancionadora que el aislamiento forzoso del sujeto en periodo de contagio³. La primera manifestación sistemática y de resonancia en favor de incorporar al Código la transmisión de enfermedades contagiosas en general, y entre ellas también las venéreas fue obra de FRANCOS RODRIGUEZ en su conferencia y opúsculo de 1920 sobre el delito sanitario⁴.

2. EL PROGRAMA EUGENÉSICO DE LOS AÑOS 30 Y EL DERECHO PENAL

La preocupación desde el Derecho penal por las enfermedades de transmisión específicamente sexual tiene su origen en el pensamiento "eugenésico" que se desarrolla a partir del segundo decenio del presente siglo. JIMÉNEZ DE ASUA fue una vez más pionero y maestro en esta materia en España. El programa eugenésico, programa para lograr un pueblo sano, presentaba en su opinión para el político y para el jurista tres grandes sectores de trabajo: a) El logro de una progenie sana, que implica la lucha contra la prostitución y contra las enfermedades venéreas; b) La consecución de matrimonios eugenésicos; c) y la paternidad y maternidad conscientes, que se extendía a la anticoncepción, la esterilización y el aborto⁵.

Asúa comenzaba su reflexión jurídica sobre las enfermedades venéreas resaltando el sentido específico que tiene la preocupación jurídica por éstas, a diferencia de otras enfermedades infecciosas: aun cuando las tradicionales enfer-

medades han sido derrotadas, existen aún tres enormes plagas que cada año destruyen la vida de miles de seres humanos, la tuberculosis, la sífilis y el cáncer, pero "el flagelo social de la sífilis, a diferencia de los otros dos terribles morbos, tiene su origen directo en un acto fisiológico y necesario para la especie, acto placentero que la poesía ha sembrado de flores, algunas de trazo, *al cantar* al amor. Por ello, la profilaxis de la sífilis y otras enfermedades venéreas no se refiere al puro campo de la higiene y de la medicina... sino que trasvasa ese recinto y entra de lleno en las meditaciones del sociólogo y hasta del jurista". En definitiva, lo que singulariza la preocupación de los juristas por las enfermedades de transmisión sexual frente a otras es que el contagio es plasmación directa de una conducta humana consciente que produce en otro la enfermedad.

La lucha "antivenérea" comprendía cuatro elementos: la educación sexual, el tratamiento médico obligatorio, la abolición de la prostitución reglamentada y la creación del delito de contagio venéreo, en lo que este último aparece como cláusula de cierre de la mencionada política. Numerosos países incorporan a su ordenamiento leyes de profilaxis venérea, Dinamarca 1906, Suecia 1919, Alemania 1927, Argentina 1936, Chile 1931, Venezuela 1941. En España quedó en proyecto una pieza legislativa sistemática elaborada entre otros por Jiménez de Asúa en 1932, sin perjuicio de intervenciones sectoriales que se fueron produciendo con el tiempo.

Los elementos comunes del proyectado sistema legal de lucha antivenérea eran los siguientes: a) tratamiento médico obligatorio para el portador de la infección cuyo incumplimiento se sanciona, deber de denuncia por parte del médico del sujeto infectado, levantando el secreto profesional, sancionando la omisión de denuncia; y b) penalidad del contagio venéreo. Prácticamente todos los países incorporan los dos primeros elementos en la legislación administrativa sanitaria, con un grado de aplicación muy desigual. Menos llevaron la conducta de contagio a la categoría de delito, bien en el Código penal, bien en las leyes especiales. En todo caso, desde que se generalizaron los recursos terapéuticos accesibles y eficaces contra las enfermedades venéreas parecían haber sido vencidas.

En España fue el Código de 1928 el que introdujo el delito de propagación maliciosa de enfermedad en general y, por vez primera, el delito de contagio venéreo. El primero entre los delitos contra la salud pública, y el segundo entre los delitos contra la vida, la integridad corporal y la salud de las personas. En el primero, previsto en el art. 549, se castigaba

"Al que maliciosamente propagare una enfermedad peligrosa y transmisibile a las personas". El segundo, en el art. 538 se disponía que "Quien sabiendo que se encuentra atacado de una enfermedad sexual en su periodo contagioso infectare a otro por vía intersexual o de otra manera será castigado con la pena de 2 meses y un día a 1 año de prisión. Si el hecho se realizase entre cónyuges

² El Código penal de 1870 concordado y comentado, IV, Salamanca 1891, p. 30.

³ Decreto de 10 de enero 1919, de disposiciones generales sobre prevención de las enfermedades infecciosas, art. 3.

⁴ FRANCOS RODRIGUEZ, *El delito sanitario*, Madrid, Reus, 1920.

⁵ JIMÉNEZ DE ASUA se ocupó por vez primera

solamente podrá ser perseguido a instancia de parte". Este precepto se complementa con otros tres, dedicados a tipificar un supuesto agravado para el contagio a menores de 16 años y los llamados contagios nutricios, es decir, contagio de nodriza a niño y de quien entrega niño infectado a nodriza sana. Una Real Orden de 26 de julio de 1930 estableció las bases de la lucha antivenérea en la que se regulaba la hospitalización forzosa de quien pudiera "constituir un peligro social" por incumplir el tratamiento, todo ello "sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar", es decir, las penales previstas en el Código de 1928, como expresamente proclama la Base final de la citada disposición.

La vigencia de estos preceptos terminó con el advenimiento de la República que declaró nulo el Código de la Dictadura. El Gobierno republicano preparó un proyecto para la lucha antivenérea en los años 1931 - 1932 cuyo precepto punitivo fundamental era el que sigue: Art. 30, *"El que practique relaciones sexuales sabiéndose afecto de una enfermedad venérea en periodo contagioso será castigado con las penas de presidio menor en su grado mínimo (seis meses a dos años) y multa, a no ser que el Código penal imponga a los hechos sanción más alta. Si el delito se perpetrare por culpa las penas serán de arresto mayor (de un mes a seis) y multa, cuando los hechos no estuvieren castigados más severamente en el Código penal..."* Este precepto se completaba con la incriminación del incumplimiento malicioso del tratamiento obligatorio impuesto, así como de la omisión de cuidado de padres o tutores sobre hijos o pupilos enfermos y de las variantes del contagio nutricional. La omisión de denuncia a la autoridad sanitaria del abandono de tratamiento por parte del enfermo se configuraba como infracción administrativa y se autorizaba la hospitalización forzosa para los refractarios al tratamiento.

3. RAZÓN Y FUNDAMENTO DEL DELITO DE CONTAGIO VENÉREO

Las razones de la intervención penal exclusivamente frente a las enfermedades contagiosas de carácter venéreo y no a las restantes se encuentran en el pensamiento de ASUA antes enunciado: se trata de un modo de transmisión de una enfermedad grave, expresión de un comportamiento humano consciente ante el que no basta la higiene y la medicina.

El contagio venéreo había sido castigado en nuestros Tribunales de Justicia en diversas ocasiones como delito doloso de lesiones, así puede verse en las sentencias siguientes del TS: 4-5-1881, 16-1-1890, 22-4-1903, 6-10-1917, 29-11-1921- 4-11-1925, 26-3-1926. Sin embargo, ya al tiempo del Código de 1928 y de la elaboración de la legislación de la república se apreciaba la limitación del delito de lesiones para afrontar las conductas de contagio. Y así debe advertirse que las conductas violentas, delitos

de violación cometidos por portadores de enfermedades venéreas, lo que representa una limitadísima porción de los responsables de contagio venéreo y, además, un reducido grupo de casos en los que por las características violentas de la acción la prueba del dolo y la de la relación de causalidad no presenta problemas⁶.

ASUA conocía bien las limitaciones del tipo de lesiones para castigar el contagio venéreo y en la superación de estas limitaciones asentaba su propuesta de delito de contagio venéreo contenido en el Proyecto citado: un delito de peligro para la salud pública. La conducta típica consistía en practicar relaciones sexuales a sabiendas ("sabiéndose afecto") de que se adolece de una enfermedad venérea, a lo que se añade una cláusula por la que con menor pena se castiga la misma conducta "perpetrada por culpa", es decir, sin saber que se adolece de la enfermedad, pero debiendo saberlo. Se trata, pues, de un delito de peligro, de acción peligrosa para el bien jurídico de la salud individual de otro y de la colectiva o pública. Expresamente renunciaba a requerir el "contagio", para evitar los azares de la prueba del dolo sobre el contagio así como de la relación de causalidad (6 bis). Interesa añadir por razones de interés posterior que el autor, al examinar la legislación argentina estimaba como delito la fórmula de "propagar la enfermedad", alternativa a la de lesión, que era la elegida por la ley argentina al requerir el contagio.

Tras la guerra civil la reacción legislativa se mantiene en el plano administrativo tanto frente a las enfermedades contagiosas en general como a las venéreas, sin más intervención que el tratamiento obligatorio y el aislamiento de "los más socialmente peligrosos" y de los "indisciplinados" respecto del tratamiento⁷. De este régimen interesa señalar que el legislador de la época ha separado siempre el tratamiento normativo y organizativo de las enfermedades infecciosas en general de las venéreas, para lo que no se dan razones explícitas, pero todo parece indicar que se ha sido bien consciente de las diferencias en los mecanismos sociales de la transmisión.

⁶ De las ocho que se conocen sólo las de 25 de enero 1900 y 4 de noviembre 1925 están exentas de violencia o abuso sexual, o dicho de otra manera, no hay ni *maltrato de obra*.

⁷ Orden de 14 de mayo de 1941, Dice. Ar. 18940, de normas para la lucha antivenérea, arto 3 y 4; Decreto de 26 de julio de 1945, con Reglamento para la lucha contra enfermedades infecciosas, Dice. Ar. 18942, arto 3, 11, y 13, sancionándose además al médico que no denuncia una enfermedad contagiosa de la que tenga conocimiento; Ley de 25 de noviembre de 1944, de Bases de la Sanidad Nacional, Dice. Ar. 27017, base 11^a.

4. EL DELITO DE PROPAGACIÓN MALICIOSA DE ENFERMEDAD TRANSMISIBLE DEL ART. 348 BIS DEL VIEJO CÓDIGO PENAL

La novedad se produce con la reforma del Código por la Ley de 24 de abril de 1958⁸ que introduce como art. 348 bis el delito de propagación maliciosa de enfermedades, novedad que aparece relacionada con la prohibición de la prostitución operada por el Decreto-Ley de 3 de marzo de 1956 "sobre abolición de casas de tolerancia y otras medidas relativas a la prostitución". Ambas intervenciones están inspiradas en una misma y doble preocupación: la de la "moral social" y la de las enfermedades venéreas⁹. Sin embargo, ni el texto del art.348 bis ni la exposición de motivos de la Ley reformadora dan indicación alguna al respecto y se proyecta sobre todas las enfermedades transmisibles¹⁰.

El art. 348 bis, al que se ubica como último entre los delitos contra la salud pública y tras la cláusula agravatoria del art. 348, tiene el siguiente tenor: *"El que maliciosamente propagare una enfermedad transmisible a las personas será castigado con la pena de prisión menor (seis meses a seis años). No obstante, los Tribunales, teniendo en cuenta el grado de perversidad del delincuente, la finalidad perseguida o el peligro que la enfermedad entrañare podrá imponer la pena superior inmediata (seis años a doce), sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyere delito más grave"*. No llevaremos a cabo un análisis dogmático minucioso del tipo penal. Me remito para ello a dos cuidadosos trabajos, además de lo manifestado en Manuales y Comentarios, el primero de SAINZ CANTERO y el segundo de BOIX REIG¹¹. Pero ante todo conviene advertir de

dos notas singulares de este precepto del art. 348 bis. La primera es su total inaplicación por los tribunales desde su aparición en 1958, y la segunda su general descalificación doctrinal. Salvo CUELLO CALON - implicado quizás en su redacción- cuantos autores se han manifestado sobre el precepto lo han hecho poniendo de relieve que su defectuosa construcción técnica hace inaplicable el tipo en la vida práctica, defectos que se identifican en la exigencia de "propagación" de la enfermedad y que la propagación sea "maliciosa".

En efecto, en primer lugar el tipo objetivo requiere el efectivo contagio a tercera persona, contagio apto además para propagar la enfermedad ulteriormente y afectar así a la salud pública que es el bien jurídico formalmente objeto de protección, lo que representa tanto, al menos, como requerir la efectiva lesión de la salud de otro, todo lo cual excluye la aplicación del tipo a los supuestos de actuar peligroso por parte del portador de la enfermedad, que es la conducta de interés político-criminal para la tutela de la salud pública, pues la lesión efectiva individual podría resolverse mediante los tipos de lesiones, que no pocos autores consideraban aplicables, a pesar del catálogo cerrado de medios comisivos que presentaban estos delitos hasta la reforma de 1989¹².

En 1977 Javier BOIX publica su citado nuevo examen del art. 348 bis, en el cual propone una ampliación del significado de los términos "propagar una enfermedad transmisible", de tal modo que daría cabida en el tipo a toda extensión de una enfermedad transmisible a otro sin requerir que este tercero quede directamente infectado, pero sí portador de los agentes de la enfermedad, quien a su vez podría infectar a otros. Esta interpretación amplía la tradicional en el sentido de que no requiere el "contagio" o lesión efectiva del tercero, sino la mera transmisión del principio activo de la enfermedad, lo que en relación a determinadas enfermedades puede ser un mecanismo real, pero una vez más criminológicamente irrelevante.

En concreto, no parece que sea éste el mecanismo del virus del Sida. En un primer momento del conocimiento del síndrome se creyó que se podía tener el estatuto permanente de portador del virus sin desarrollar la enfermedad, pero hoy sabemos, desgraciadamente, que el no desarrollo de la enfermedad no es más que el silencio clínico de la misma, que a la postre termina manifestándose con estrépito.

A lo anterior se ha de añadir otro elemento perturbador de la aplicabilidad del tipo penal: La relación de causalidad entre el comportamiento del autor y la efectiva transmisión y contagio de la enfermedad es frecuente-

⁸ La reforma sirvió fundamentalmente a la adecuación del texto punitivo al Concordato con la Santa Sede de 1953, a lo que se añadieron nuevos tipos entre los delitos contra la salud pública, entre los cuales el que comentamos, y otras cuestiones técnicas. Vid. al respecto QUINTANO RIPOLLES, en ADP 1958, p. 67 y ss.

⁹ El Decreto-ley en cuestión, en cuyo art. 10 declara que "velando por la dignidad de la mujer y en interés de la moral social se declara tráfico ilícito la prostitución" dispone en su art. 60 que "las medidas para la lucha contra las enfermedades venéreas incumbirá a la Dirección General de Sanidad, la cual, conforme a las normas específicas de aquella, actuará en consecuencia". En la exposición de motivos se hace también referencia a la "actuación de índole sanitaria" entre los medios necesarios para el fin de la norma. En la escasa literatura relevante de la época la estrecha relación entre ambas preocupaciones aparece manifiesta, p.ej., en JIMENEZ ASENJO, Abolicionismo y prostitución, Justificación y defensa del Decreto-Ley de 3 de marzo de 1956. Madrid, Reus, 1963 p.261 Y S.

¹⁰ Sobre el concepto y catálogo de enfermedad transmisible V. PIÉDROLA e. al., **Medicina preventiva y salud pública**, 8ª ed., Barcelona 1989, p. 305 y ss.

¹¹) SAINZ CANTERO, El delito de propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas, en *Rev. de Estudios Penitenciarios*, 1967, p.13 y ss.; BOIX REIG, Consideraciones críticas sobre el artículo 348 bis del Código penal. Propagación maliciosa de enfermedad trans-

misible a las personas, en COBO DEL ROSAL et al., Delitos contra la salud pública, Univ. de Valencia 1977, p.97 y ss.

¹² Vid. BERDUGO, en MUÑOZ CONDE e.al., La reforma penal de 1989, Madrid 1989, p. 76 y ss., con referencias

mente imposible o, al menos, dificultosa, quedando cuando menos al azar la efectiva incriminación del comportamiento sexual o de otra clase del sujeto en cuestión.

En cuanto al tipo subjetivo, el requisito de que la propagación sea "maliciosa" ha hecho entender excluida de la tipicidad no solamente la conducta imprudente, sino también la de dolo eventual. Con ello queda fuera de la incriminación la conducta criminológicamente más relevante para el bien jurídico de la salud pública: la de quien sin querer ni pretender la propagación de la enfermedad actúa a pesar de ser plenamente consciente del alto riesgo de que contagiará a otro¹³. Con ello lo que criminológicamente queda en la esfera típica es la conducta del malvado "untador" de la historia de la columna infame, tipo coincidente con el perverso introductor de las ropas del cólico en morada ajena que tanto preocupara a GROIZARD, un personaje criminológicamente existente pero ajeno a la dañosidad específica de los delitos contra la salud pública y epidemiológicamente irrelevante, cuya conducta y desvalor, además, puede ser alcanzada sobradamente y con una pena más adecuada al grado de lo injusto por los tipos de lesiones, hoy al menos sin discusión alguna.

Como ya había advertido JIMENEZ DE ASUA en su momento, nada podía esperarse político-criminalmente de un precepto construido sobre el contagio o lesión efectiva y la malicia o dolo directo para una lucha más eficaz contra la propagación de las enfermedades transmisibles en general y, particularmente, de las venéreas.

5. LA TRANSMISIÓN DEL SIDA COMO LESIONES TÍPICAS EN EL CÓDIGO PENAL ANTERIOR Y EN EL DE 1995

Aun cuando ya lo hemos ido adelantando en la exposición conviene en este punto manifestar que la transmisión dolosa o imprudente del Sida constituye en la legislación vigente ordinariamente delito de lesiones graves del art. 421, 2º, toda vez que desapareció con la reforma de 1989 toda hipotética limitación de los medios típicos de causación. En caso de transmisión de propósito constituirá lesión muy grave del art. 418. La sentencia del T.S. de 18 de nov. de 1991 (Pon. De Vega Ruiz) confirma esta afirmación sobre la tipicidad, sin que merezca el asunto aquí otra consideración, salvo la de advertir sobre los problemas de la prueba de la relación de causalidad¹⁴ y de la posibilidad teórica de calificar la

conducta en determinados supuestos como homicidio o tentativa de homicidio¹⁵.

Otra advertencia resulta también muy procedente: La lesión típica se produce ya con la transmisión del virus, que es el agente determinante del "menoscabo de la salud" que comporta la inmunodeficiencia. Es decir, la lesión no viene constituida y no comienza sólo con las enfermedades derivadas de dicha inmunodeficiencia y con las que ésta se manifiesta, con independencia de que en términos médicos se conozcan estos síntomas como SIDA, síndrome de inmunodeficiencia adquirida¹⁶.

Lo mismo rige en el Código penal de 1995, en el que las lesiones dolosas graves como las que nos ocupan se castigan con una pena de prisión de seis a doce años, art. 149, y si son imprudentes, de uno a tres años, art. 152, con la accesoria de inhabilitación en el caso de imprudencia profesional, que interesa en nuestro tema para los supuestos de transmisión de sida por parte de personal sanitario.

6. EL CONTAGIO DE ENFERMEDADES EN LOS PROYECTOS DE REFORMA PENAL

Tanto el Proyecto de nuevo Código penal de 1980 como el Anteproyecto de 1983 dejaron de lado la previsión de un delito como el de 348 bis o similar; se vivía todavía en la fase del optimismo terapéutico que había relegado la preocupación por las enfermedades transmisibles, particularmente las sexuales. Tras la irrupción del Sida, el prelegislador no pudo sustraerse a la nueva situación y el Proyecto de 1992, ya en su versión de Anteproyecto, reflejaba la preocupación por el asunto y, si bien no recuperaba el delito de propagación, sí introducía un elemento novedoso en el delito de lesiones. Así, en el artículo 157, en el que se tipifican las lesiones más graves no se satisfacía con la cláusula más abierta para designar los medios típicos -"por cualquier medio", sino que además añadía la indicación de "incluso por contagio": "*El que causare a otro, por cualquier medio, incluso por contagio,... una grave enfermedad somática,... será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años*". Del debate parlamentario puede destacarse que los grupos de Euzkadiko Ezquerria e Izquierda Unida propugnaron la supresión de este inciso (EM. 290 Y 711), mientras el Grupo Popular propuso su inclusión en los demás tipos de lesiones (Enm. 1001 Y 1004).

¹³ Sólo LUZON PEÑA acepta que el término malicia admita el dolo eventual, en Problemas de la transmisión y prevención del sida en Derecho penal español, en *JANO XLIV* (1993), p. 66. Cuestión distinta es la que plantea la tesis general de CEREZO MIR para quien el término malicia comprende todas las clases de dolo, vid. Curso de Derecho penal español, 1, 3ª ed., p. 363 Y 376 Y ss.

¹⁴ Vid. BOTTKE, en SCHÜNEMANN, ob. cit. p. 180, con referencias; LUZON PEÑA, Problemas de la transmisión..., cit., p. 60.

¹⁵ Vid. SCHÜNEMANN, ob. cit. p. 483 Y ss.; LUZON PEÑA, cit., p.61.

¹⁶ Así ROMEO CASABONA, C., Prevención médico-sanitaria de la transmisión del Sida, en *JANO, XLIV* (1993), p. 84, con referencias en nota. Una información básica sobre los aspectos biomédicos del problema con completas referencias puede encontrarse en NAJERA, R., SIDA. De la Biomedicina a la sociedad. Madrid 1992.

La cláusula en cuestión, en términos puramente técnicos, era pura tautología, pues si ya resultaba típica la causación de una enfermedad grave "por cualquier medio", la adición del contagio nada añade a lo anterior, salvo alguna confusión, como la que indujo a creer al Grupo Popular que la hipótesis del contagio estaba excluida en los restantes tipos de lesiones. Sin duda alguna la tautología responde a la preocupación por dar alguna respuesta penal al problema del Sida, y se escogía una respuesta puramente simbólica como era la mencionada.

El Proyecto de 1994 se sustrajo por completo a cualquier tentación y, en consecuencia, el nuevo Código de 1995 carece de alusión al contagio en los delitos contra la vida y contra la salud, así como del delito de contagio contra la salud pública. Sin embargo, es bien probable que el debate esté tan sólo aletargado, por lo que conviene reproducir su esencia, de tal modo que los argumentos se encuentren disponibles cuando cualquier caso de los que producen alarma social despierte las propuestas criminalizadoras.

7. SOBRE LA INCONVENIENCIA DE CASTIGAR CONDUCTAS QUE COMPORTEN MERO RIESGO DE CONTAGIO DE SIDA y EL ACIERTO DEL CÓDIGO PENAL DE 1995

La pregunta que se formularon los legisladores fue la siguiente: ¿en la lucha contra el sida resulta de justicia, de necesidad o de conveniencia alguna solución distinta a la que deriva del texto de los delitos de lesiones? o ¿resulta necesario un tipo penal que castigue la conducta que comporte mero riesgo de transmisión del sida? Algunos autores, españoles y extranjeros, han propuesto con diversas variantes la creación de un tipo de puesta en peligro que castigue al portador del Sida y a cualquier persona que ponga a otra en grave peligro de contagio de esta enfermedad. Se trata, en definitiva, de la recuperación de la vieja propuesta del delito de peligro de contagio venéreo, ampliado para captar además de la transmisión por vía sexual las restantes vías de transmisión del Sida hoy reconocidas¹⁷.

La Ciencia del Derecho penal ha desarrollado un complejo argumental teórico para responder razonablemente y no por mera intuición a la cuestión de la justicia y la utilidad del castigo, cuyo principio más general es preci-

samente el postulado de que el castigo penal ha de ser justo y, a la vez, socialmente útil o conveniente¹⁸.

Parece evidente que sería justo, o proporcionado, el castigo de quien olvidando el cuidado debido a la salud de los demás realiza una conducta que es sabido que pone en grave peligro la salud o la vida de otro, como es la del portador del virus del Sida que mantiene con otro relaciones sexuales sin protección y con 'desconocimiento por éste de su infección (I), o la del que proporciona a otro un instrumento contaminado y para un uso adecuado a transmitir el Sida, como el toxicómano seropositivo que cede a otro la jeringuilla por él usada (II), o la del profesional sanitario que interviene a un paciente con instrumentos o sustancias sin asegurar su no contaminación por el virus, o que sabiéndose portador de vrn realiza por sí mismo prácticas invasivas que poseen riesgo de autolesiones originarias de infección (III). Las tres conductas presentan un desvalor y un grado de riesgo para la vida y la salud merecedor de castigo penal, equivalente, al menos, al que conduce su automóvil temerariamente en una carretera de escasa visibilidad. Si la función del Derecho penal se justificara y fundamentara tan sólo en el hacer justicia, en dar a cada cual lo que se merece, podría aceptarse la incriminación de conductas como las mencionadas.

Pero para que sea legítima una incriminación tiene que ser, además de justa, útil a la sociedad, lo que en el caso que nos ocupa quiere decir que debe ser útil a la *política general de contención de la extensión del Sida*, que persigue reducir el número y clase de conductas apropiadas a producir contagio y el número de nuevos infectados. Elementos clave de dicha política son: instruir a los portadores conscientes del virus para realizar su vida social con exclusión de prácticas de riesgo; detectar a los portadores no conscientes para que se cercioren de ello y adopten pautas que excluyan las prácticas de riesgo; aleccionar a los no portadores que tienen prácticas de riesgo a que adopten las medidas que permitan neutralizar éste.

Pues bien, en términos sociales, que atienden a la tipología de sujetos y grupos antes catalogados (I, II, III) que se encuentran en las situaciones que se acaban de indicar, no puede estimarse que la incriminación de las prácticas de riesgo comporte un efecto motivador de la renuncia a las mismas. Es más, es altamente probable que dicha incriminación comporte una inmersión de los portadores conscientes y, más aun, de los que no tienen la seguridad de ello, en la "clandestinidad" frente a la terapia, frente a la detección de la enfermedad, en definitiva frente al acceso a la información y a la responsabilidad individual frente a sí mismos y respecto de los demás.

¹⁷ Entre nosotros LUZON PEÑA, MIR PUIG Y SIL V A SANCHEZ, en MIR PUIG (ed.) Problemas jurídico penales del Sida, Bosch, Barcelona 1993; su texto concreto puede verse en p. 173 y ss.

¹⁸ Una buena síntesis sobre la teoría de la legitimación de la incriminación en la actualidad v. en SILVA SANCHEZ, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Barcelona 1992, esp. p. 285 y ss.

Todo ello como consecuencia no sólo de que el peso de la pena *natural* se incrementa con el de la legal, sino sobre todo del efecto estigmatizante y marginador propio de la intervención penal, tremendamente desmoralizador. La suma del castigo a la situación de desesperanza es el camino inverso a la autoresponsabilidad. Esta requiere información, formación y solidaridad.

Con razón afirma Arthur KREUZER que "mientras no haya procedimientos sanitarios o de prevención efectivos, mientras no se pueda excluir el resultado mortal, se buscarán sencillamente cabezas de turco y soluciones sustitutivas y aparentes y se traficará con el tentador activismo de la política criminal"¹⁹. La lucha contra el Sida nada tiene que esperar de medidas penales extraordinarias, distintas de las comunes hoy vigentes con el nuevo Código de 1995 para la protección de la vida y la salud.

Esta es la conclusión a la que llego, y por si fuera necesaria aún alguna justificación más, terminaré con una nueva cita al príncipe renacentista: Tras la célebre descripción de los estragos de la peste en Florencia en 1348, lo que más impresionaba a Boccaccio - como ha sabido ver Fernando SAVATER²⁰ - no eran, con ser terribles, los perjuicios físicos, el súbito brotar de la enfermedad, la dolorosa y acelerada agonía, el hacinamiento de los muertos, la amenaza funesta del contagio... No, lo que le resultaba aterrador era la degradación moral de una ciudad unida por fuertes lazos éticos y de civilización: las fúnebres francachelas de los supervivientes, escalofriantemente entregados al *Carpe diem*, la insolidaridad con los apesadados, los padres huyendo de los hijos, los cónyuges olvidando sus mutuos deberes de asistencia, la inoperancia de toda organización pública... La solidaridad y la responsabilidad son hoy el único instrumento de política social contra la plaga de nuestro tiempo.

BIBLIOGRAFÍA

BOIX REIG, J., **Consideraciones críticas sobre el artículo 348 bis del Código penal (Propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas)**, en AA VV, **Delitos contra la salud pública**. Universidad de Valencia 1977, p. 96 y ss.

FRANCOS RODRIGUEZ, **El delito sanitario**, Madrid 1920.

GÜNTER, A.F., **Die Strafbarkeit des AIDS-Infizierten beim sexuellen Verkehr** Disertación, Kiel 1988.

HORMAZABAL MALARE, H., **Sida y Derecho penal**, en *Cuadernos Jurídicos*, 1, 1992, p.6 y ss.

JIMENEZ DE ASUA, **Libertad de amar y derecho a morir**, Buenos Aires, 7ª ed. 1984 (La última revisión del autor es de 1946).

JIMENEZ ASENJO, **Abolicionismo y prostitución. Justificación y defensa del D.L. de 3 de marzo de 1956**, Madrid 1963.

KREUZER, A., **El Sida y el Derecho penal. Anotaciones de Criminología para la discusión de Derecho penal y Política Criminal**, en "*Papers d'estudis iformació*" n° 6 (1991).

LUZON PEÑA, D.M., **Problemas de la transmisión y prevención del sida en el Derecho penal español**, en *JANO*, XLIV (1993), p. 59 y ss.

MIR PUIG, S., (Ed.) **Problemas jurídico penales del sida**, Bosch, Barcelona 1993, con contribuciones de LUZON PEÑA, SILVA SANCHEZ, SCHÜNEMAN, HERZBERGER y BURGSTALLER.

NAJERA, R., **SIDA. De la Biomedicina a la sociedad**. Madrid 1992.

PRITTWITZ, **Aids Bekämpfung - Aufgabe oder selbsaufgabe des Strafrechts?**, en *Kritische Justiz*, 1988, p. 304 y ss.

ROMEO CASABONA, C., **Prevención médico-sanitaria de la transmisión del Sida**, en *JANO*, XLIV (1993), p. 83 y ss.

SAINZ CANTERO, **El delito de propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas**, en *Rev. de Estudios Penitenciarios*, 1967, p.13 y ss.

SCHEUERL, W., **Aids uns Strafrecht**, Munster y Hamburgo. 1992.

SCHÜNEMANN / PFEIFFER (EdiL). **Die Rechtsprobleme von AIDS**, Nomos, Baden-Baden 1988.

SILVA SANCHEZ, J.M., **El Sida en la cárcel: Algunos problemas de responsabilidad penal**, en *La Ley*, 1-12-1992.

VINCENEAU, M., (Coord.) **Le SIDA. Un défi aux droits**, Bruselas. 1991.

¹⁹ El Sida y el Derecho penal. Anotaciones de criminología para la discusión de Derecho penal y de política criminal, en "*Papers d'estudis iformació*" n° 6 (1991).

²⁰) Vid. Apóstatas razonables, Madrid 1990, p. 50.

