



Revista Latinoamericana de Derecho

Social

ISSN: 1870-4670

revistaderechosocial@yahoo.com.mx

Universidad Nacional Autónoma de

México

México

BAYLOS, Antonio; TERRADILLOS, Juan
DERECHO PENAL DELTRABAJO: UNA REFLEXIÓN GENERAL A PARTIR DE LA
EXPERIENCIA NORMATIVA ESPAÑOLA

Revista Latinoamericana de Derecho Social, núm. 7, julio-diciembre, 2008, pp. 3-26
Universidad Nacional Autónoma de México
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=429640262001>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

DERECHO PENAL DEL TRABAJO: UNA REFLEXIÓN GENERAL A PARTIR DE LA EXPERIENCIA NORMATIVA ESPAÑOLA

Antonio BAYLOS*
Juan TERRADILLOS**

Resumen. El artículo expone, a partir de la experiencia normativa europea y específicamente del ordenamiento jurídico español, el ámbito de la tutela penal de los derechos fundamentales de los trabajadores y confronta esta tipificación penal con los principios básicos del derecho penal democrático, el principio de lesividad y de la trascendencia de los ataques contra los bienes jurídicos lesionados y el principio de *última ratio*, razonando sobre la eficacia preventiva del derecho penal laboral como razón de ser del mismo en un Estado social de derecho. Se analizan, asimismo, algunos factores que pueden desdibujar y anular la función de garantía de la norma penal en esta materia.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La emergencia en los ordenamientos democráticos avanzados de una especialidad del derecho penal dedicada a la tutela penal de los derechos de los trabajadores ha de analizarse en el contexto de los principios que informan el derecho penal de las modernas sociedades democráticas. Por tanto, el diseño de estrategias político-criminales que se pretenden acordes con el modelo de Estado democrático, debe estar particularmente atento al umbral que define las vías por las que han de discurrir los sucesivos procesos de criminalización-descriminalización.¹ De esta manera, con un riguroso respeto al prin-

* Catedrático de derecho del trabajo en la Universidad Castilla-La Mancha (*antonio.baylos@uclm.es*).

** Catedrático de derecho penal en la Universidad de Cádiz (*juan.terradillos@uca.es*).

¹ Terradillos Basoco, J. M., “La Constitución penal. Los derechos de la libertad”, en Capella, J. R., (ed.), *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Trotta, 2003.

cipio de intervención mínima —y sus corolarios inmediatos: principios de *ultima ratio* y lesividad— plantearse, en cada caso, la necesidad, merecimiento y oportunidad de intervención penal.

Proceder así no supone sino recuperar las grandes propuestas del pensamiento penal ilustrado: sólo está justificado el recurso al derecho penal en la medida en que venga exigido por la tutela de bienes jurídicos esenciales.

La consecuencia es un sistema penal de mínimos: frente a expansionismo, intervención fragmentaria; frente a punitivismo, intervención necesaria; frente a despliegue simbólico, prevención; frente a “huida al derecho penal”, políticas sociales de amplio espectro. En definitiva, derecho penal democrático.

En ese contexto, cada propuesta criminalizadora carga con la obligación de probar su necesidad e idoneidad. Desde esta perspectiva “neutra”, desconectada de una realidad social cada día más compleja y muy alejada de los presupuestos clásicos de la criminalización penal, no resulta sorprendente que suscite recelo la reivindicación de un “derecho penal del trabajo”, que se presenta como una opción político-criminal expansiva y, por lo mismo, no legitimada. Ciertamente que este tipo de argumentación la suelen hacer las mismas opiniones que defienden con ardor la consolidación del pensamiento penal de la emergencia, en cuya virtud se ha desmantelado el modelo garantista sobre el que, al menos teóricamente, se construyeron nuestros sistemas jurídico-penales y que no ha merecido la censura de los sectores, académicos o políticos, que a la vez alzan sus voces contra la presencia del derecho penal en el ámbito laboral.²

El “derecho penal del trabajo”³ no propone ni una expansión del *ius puniendi* ni una reformulación de los principios de imputación penal ni una nue-

² El “derecho penal del enemigo”—que sintetiza el desarme de las garantías del ciudadano, al que incluso se niega su condición de tal, conforme al “modelo Guantánamo” (Muñoz Conde, F., *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005 y Zaffaroni, E. R., *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2006)— se ha consolidado en nuestros sistemas a través de reformas legales que traducen sus propuestas en la práctica (Terradillos Basoco, J. M., “Las reformas penales españolas de 2003: valoración político-criminal”, *Nuevo Foro Penal*, Medellín, núm. 67, 2006). Es en ese ámbito —y en los que son su consecuencia— donde corresponde al pensamiento democrático elevar muros de resistencia con las únicas armas de las que dispone: la argumentación. Pero no cuando se discute la pertinencia de un “derecho penal del trabajo”.

³ Baylos Grau, A. y Terradillos Basoco, J. M., *Derecho penal del trabajo*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 1997.

va disciplina académica, con contenidos y metodología propios. Tampoco la transformación de la ley penal en herramienta emancipadora o superadora de desigualdades sociales con causas estructurales, puesto que el derecho penal, que actúa a través de la pena, sería un instrumento demasiado limitado para afrontar tan ambiciosos objetivos.⁴

Mucho más modestamente, reivindica una mayor atención del legislador a los bienes jurídicos más gravemente puestos en peligro en el marco de la relación laboral. Lo que implica la obligación de meditar y decidir sobre las técnicas —jurídico-penales o no— más idóneas para combatir los delitos contra las condiciones laborales básicas, contra la discriminación laboral, contra la vida y salud de los trabajadores, contra la libertad sexual o contra el ejercicio de los derechos sindicales. Es decir, se trata de considerar, con rigurosa observancia del principio del bien jurídico, o de lesividad, que el marco socio-laboral reúne características específicas, cuyo desconocimiento o preterición son prenda de ineeficacia preventiva y de desconocimiento de valores democráticos básicos en el Estado social y democrático de derecho.

La reflexión sobre la pertinencia del “derecho penal del trabajo” debe, pues, centrarse en analizar la relevancia de los bienes jurídicos afectados (principio de lesividad), la trascendencia de los ataques que sufren (carácter fragmentario del derecho penal), las limitaciones de los instrumentos pre-penales de protección (el derecho penal como *ultima ratio*), y, finalmente, las características propias del ámbito laboral que pueden aconsejar un tratamiento penal específico de los comportamientos nacidos en su seno (principio de prevención).

II. PRINCIPIO DE LESIVIDAD

La primera condición de admisibilidad del “derecho penal del trabajo” es que respete escrupulosamente los límites fijados por el principio del bien jurídico.⁵ Sin embargo, en el derecho penal del trabajo, los bienes jurídicos pue-

⁴ Cervini, R. y Adriasola, G., *El derecho penal de la empresa desde una visión garantista*, Montevideo, B de F, 2005.

⁵ Respeto a los límites fijados por este principio, que no es precisamente el santo y seña de las actuales corrientes político-criminales, en las que, como ha denunciado Hassemer, la refe-

tos en juego distan mucho de ser creaciones artificiales del legislador: vida, salud, libertad, dignidad, honor, igualdad, libertad de asociación, de reunión y de expresión no son bienes jurídicos que puedan pasar a un segundo plano sólo por el hecho de que su titular sea, no el abstracto ciudadano, sino el concreto trabajador. Al contrario, es un hecho generalmente aceptado que los derechos económicos, sociales y culturales tienen un *status equiparable* a los derechos civiles y políticos. Y ello sin perjuicio de que lo que aquí está en juego son derechos humanos tan paradigmáticamente representativos de los de la primera generación como son el derecho a la vida, la salud o la igualdad.

A efectos expositivos y ejemplificatorios, el hilo conductor de esta intervención será el modelo español, en el que se encuentran “fijados” buena parte de los elementos caracterizadores de este *constructum* teórico. Así, en el Código Penal (CPE) se puede encontrar un título —el XV del libro II— que responde a la rúbrica de “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en el que, como tales, se recogen los siguientes: imposición y mantenimiento de condiciones de trabajo ilegales (artículo 311), tráfico ilegal de mano de obra y migraciones ilegales (artículos 312-313), discriminación laboral (artículo 314) delitos contra la libertad sindical y el derecho de huelga (artículo 315), y delitos contra la vida y la salud de los trabajadores (artículos 316 y 317). No se trata, pues, de arbitrarias creaciones de un legislador penal inquisitorial, como querría el pensamiento neoliberal. Se trata de una relación de bienes jurídicos de importancia tan obvia que excusa el recurso a mayores alegatos.

Si nadie niega hoy la relevancia de los bienes jurídicos afectados por las conductas universalmente rechazadas como el trabajo forzoso —en la Declaración de la OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998, o en el *Global Compact* de la ONU— y en donde por tanto se incluyen todas las formas de esclavitud, incluida la “esclavitud por deudas”,⁶ el mismo consenso negativo debería suscitar, desde esta limitada perspectiva, la

rencia al bien jurídico, otrora prohibición condicionada de penalización, se ha transformado en un criterio positivo de justificación de decisiones criminalizadoras.

⁶ Así, por ejemplo, en el caso Saipan (Estados Unidos), en el que el Tribunal entendió que la esclavitud por deudas, aunque existiera un principio de voluntariedad en las personas que aceptan inicialmente el trabajo, debía ser incluida en la noción de trabajo forzoso. Sobre el tema, más en detalle, Baylos Grau, A., “La responsabilidad legal de las empresas transnacionales”, *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, núm. 1, 2006.

imposición de condiciones ilegales de trabajo, del artículo 311⁷ del CPE, que afectan a bienes jurídicos tan importantes como los consagrados por los artículos 10.1, 35 o 40 de la Constitución Española.⁸

Por su parte, los derechos de los ciudadanos extranjeros, que pueden resultar negativamente afectados por alguna de las conductas de los artículos 312⁹ y 313¹⁰ CPE, también han de ser valorados a la luz del artículo 13.1 de la Constitución Española (“Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas...”) y del artículo 3o. de la Ley Orgánica 4/2000, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, que declara que “los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el título I de la Constitución... Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley

7 “Artículo 311. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses: 1o. Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de seguridad social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. 2o. Los que en el supuesto de transmisión de empresas, con conocimiento de los procedimientos descritos en el apartado anterior, mantengan las referidas condiciones impuestas por otro. 3o. Si las conductas reseñadas en los apartados anteriores se llevaren a cabo con violencia o intimidación se impondrán las penas de superiores en grado.

8 Constitución Española, artículo 10.1: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes... son el fundamento del orden político...”; artículo 35.1: “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia...”; artículo 37.1: “La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral... así como la fuerza vinculante de los convenios”.

9 “Artículo 312. 1. Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra. 2. En la misma pena incurrirán quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”. Un reciente estudio sobre esta problemática en Rodríguez Mesa, M. J., “Ámbito punible de la mediación en la colocación y la interposición en el contrato de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 39, 2007.

10 “Artículo 313. 1. El que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior. 2. Con la misma pena será castigado el que, simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país”.

en igualdad con los españoles”, precisión que ha sido reafirmada en la última jurisprudencia constitucional española al declarar inconstitucional la reforma de la Ley 4/2000, orientada por la derecha política española, que restringía el ejercicio de importantes derechos fundamentales a los extranjeros que carecieran de autorización para trabajar.¹¹

El principio de igualdad jurídica, consagrado por el artículo 14 de la Constitución, es criterio conformador del ordenamiento jurídico y valor superior del mismo, que se manifiesta en la prohibición específica de discriminación y en la correspondiente intervención frente a conductas anti-igualitarias particularmente rechazables. En el mismo sentido venía presionando el derecho comunitario, especialmente a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.¹² Concretamente el derecho de los trabajadores a no ser discriminados —para el empleo o una vez empleados— por razones de sexo, estado civil, edad, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, afiliación o no a un sindicato, o lengua dentro del Estado español, es proclamado con carácter general por el artículo 4.2.c) del Estatuto de los Trabajadores, y reforzado por su artículo 17. En ese marco, el bien jurídico “igualdad” no puede ser preterido por el CPE, y su artículo 314¹³ castiga la discriminación en el ámbito laboral.¹⁴

El artículo 315¹⁵ tipifica impedir o limitar el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga, con lo que no hace sino dar respaldo al artículo 28 de

¹¹ Se trata de la STC 236/2007, del 7 de noviembre, reiterada en la STC 254/2007, del 18 de diciembre.

¹² Baylos Grau, A., “Algunas notas sobre la evolución del derecho del trabajo español en los últimos 30 años”, *Derecho Laboral*, Montevideo, t. XLIX, núm. 221, 2006.

¹³ “Artículo 314. Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses”.

¹⁴ El tema ha sido desarrollado en sus múltiples variantes por la doctrina española. Véase Terradillos Basoco, J. M., “El delito de discriminación laboral”, *Revista de Derecho Social*, núm. 7, 1999.

¹⁵ “Artículo 315. 1. Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses los que mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impi-

la Constitución, que proclama el derecho a la libre sindicación —clarando que “la libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y afiliarse al de su elección”— y reconoce “el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses”. Se trata, obviamente, de la tutela penal de los ataques más graves a ambos derechos fundamentales de carácter colectivo que se deriva necesariamente de la garantía de su ejercicio prometida, en todos los ámbitos de eficacia, por el sistema constitucional español.

Los artículos 316 y 317¹⁶ CPE tutelan bienes jurídicos tan tangibles y de tal entidad como son la vida y la salud de los trabajadores. Sería ocioso argumentar sobre su respaldo constitucional español.¹⁷ Pero no debe olvidarse que también la Carta de Derechos Fundamentales de los Ciudadanos de la Unión Europea, aprobada en Lisboa solemnemente el 12 de diciembre de 2007, establece de forma inequívoca: “Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad” (artículo 31). Con ello se reconoce un derecho de los ciudadanos europeos al máximo nivel que ha sido desarrollado previamente por una copiosísima normativa comunitaria que tiende a asegurar unos niveles mínimos de seguridad en el trabajo, abriendo la puerta a la adopción de medidas europeas de tutela, entre las que no se pueden excluir las penales.¹⁸

dieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga. 2. Si las conductas reseñadas en el apartado anterior se llevaren a cabo con fuerza, violencia o intimidación se impondrán las penas superiores en grado. 3. Las mismas penas del apartado segundo se impondrán a los que, actuando en grupo, o individualmente pero de acuerdo con otros, coaccionen a otras personas a iniciar o continuar la huelga”.

¹⁶ “Artículo 316. Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”.

“Artículo 317. Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometá por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado”.

¹⁷ Sobre el que hay muchas y relevantes aportaciones doctrinales. Puede verse una síntesis de la elaboración teórica al respecto en Martín Hernández, Ma. L., *El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2006.

¹⁸ Terradillos Basoco, J. M., “La Constitución para Europa. ¿Las bases del derecho penal europeo?”, en Velásquez Velásquez, F. (coord.), *Derecho penal liberal y dignidad humana. Libro homenaje al doctor Hernando Londoño Jiménez*, Bogotá, Temis, 2005.

De esta forma puede deducirse que el “derecho penal del trabajo” no se lanza a la búsqueda de objetos de protección de dudosa existencia o admisibilidad, sino que se limita a intentar la tutela de bienes jurídicos de relevancia constitucional, ampliamente acogidos en derecho internacional y comparado, con tradición en el derecho penal interno, dentro del que no pueden perder importancia por el hecho de que su titular, individual o colectivo, sea contemplado en su específica faceta de trabajador.

III. CARÁCTER FRAGMENTARIO

No es suficiente, sin embargo, para justificar la criminalización de una conducta, que ésta afecte negativamente a bienes jurídicos esenciales. El derecho penal no puede pretender la tutela de todos ellos frente a todas las posibles amenazas, sino sólo frente a los ataques más relevantes.

De ahí que no toda forma de afectación a los bienes jurídicos a los que se ha aludido sea susceptible de criminalización: el ámbito de lo punible queda limitado cuando, junto al resultado, se integran en el tipo de injusto, concretos instrumentos o medios comisorios. En su ausencia —o, lo que es lo mismo, en ausencia del desvalor de hecho que puede comportar su empleo—, la afectación al bien jurídico deviene atípica. Este razonamiento es fácilmente rastreable en la experiencia normativa española.

Así, el artículo 311 CPE exige que la imposición de condiciones ilegales se realice con determinados medios. En realidad, cuando el precepto emplea el verbo “imponer” está indicando que no basta con la presencia de condiciones de trabajo por debajo de los mínimos normativamente previstos; imponer es tanto como “poner carga, obligación u otra cosa”, y la carga se impone contra la voluntad de quien la ha de sufrir. Pero incluso el resultado “imposición” sólo adquiere relevancia típica cuando es el fruto de determinados medios legalmente acotados: “engaño o abuso de situación de necesidad... violencia o intimidación”. El artículo 313.2 exige la concurrencia de engaño, en términos semejantes a los de los clásicos delitos de estafa.

Cuando el artículo 314 castiga la discriminación laboral, recorta tajantemente el ámbito de lo punible al exigir que los responsables del acto discriminatorio inicial mantengan la situación de desigualdad “tras requerimiento o

sanción administrativa". De suerte que —al contrario de lo que ocurre en otros preceptos del CPE¹⁹ en los que basta el acto discriminatorio—, cuando está en juego la igualdad del trabajador, el campo de lo punible se acota objetivamente: sólo habrá delito si a la discriminación se añade la contumacia.²⁰

En el caso de los delitos de los artículos 316 y 317, lo relevante no es el medio: basta con que, además de infringir la normativa laboral en materia de prevención, se genere un peligro grave para la vida o la salud de los trabajadores. Pero a pesar de que el CPE ha recurrido a tipos abiertos, no puede ser acreedor de la tacha de desmesura. La visión de la realidad social que ofrecen las estadísticas, lamentablemente, deja poco lugar para la duda.

En efecto, aunque a partir de las reformas legales introducidas en España a partir de 2004 y que fundamentalmente afectan a sectores "de riesgo" como la construcción y obras públicas la siniestralidad tiende a reducirse, las cifras son elocuentes. En 2005 se produjeron en España un total de 1,661,582 accidentes laborales; 999,041 provocaron la baja del trabajador y 990 resultaron mortales. Las enfermedades profesionales alcanzaron, en el mismo periodo, la cifra de 28,904. En 2006, los accidentes con baja ascendieron a 1,603,132, de los que 907 resultaron mortales; y entre enero y noviembre de 2007 la cifra de accidentes con baja repuntó a 1,668,349, pero sin embargo disminuyó la de las muertes, 791 personas.²¹ Las enfermedades profesionales se redujeron también: 20,577 en 2006, 15,821 en el periodo referido de 2007. Si los números son contundentes, la realidad lo puede ser más, ya que, de acuerdo con el "Informe Durán", nuestras estadísticas dejan sin contabilizar por diversas causas el 13.6% de los accidentes.²²

Junto a los perjuicios de naturaleza personal se sitúan los económicos; nada desdeñables y que en recientes estudios han sido cuantificados en torno a tres variables: la pérdida de jornadas no trabajadas, la prestación de la asistencia sanitaria y la sustitución del salario no percibido durante el tiempo de baja. Lo que arrojaba —en el 2003— una cifra exorbitante de seis mil quinientos

¹⁹ Artículos 511 y 512.

²⁰ Baylos Grau, A., *op. cit.*, nota 3.

²¹ A ello hay que añadir los accidentes "*in itinere*", que producen también un rastro de muertes yendo o viniendo del trabajo: 346 en 2006, 313 entre enero y noviembre de 2007.

²² Durán López, F., *Informe sobre riesgos laborales y su prevención*, Madrid, Presidencia del Gobierno, 2001.

millones de euros, que casi se duplica en atención a otros factores o costes implícitos hasta alcanzar los doce mil millones.²³ Con el añadido de que aproximadamente el 16% de los procesos que llegan al sistema público de sanidad, tiene un origen laboral. Lo que supone una financiación pública, vía impuestos, superior a 2,000 millones de euros, de gastos cuyo origen laboral no es reconocido (o sufragado) ni por empresarios ni por mutuas.²⁴ Y tampoco deben desconocerse, a pesar de no ser susceptibles de monetarización directa, las perniciosas consecuencias que, en todo el entramado económico, multiplican los denominados “efecto resaca” y “efecto espiral”, cuya relevancia nadie discute desde las investigaciones empíricas de Sutherland en los años cuarenta.

No parece por tanto que ante la entidad de los ataques típicos a los derechos de los trabajadores sea posible descalificar, como expansiva, a la intervención penal en la materia.

IV. *ULTIMA RATIO*

No basta para legitimar la presencia del aparato estatal punitivo en el ámbito laboral —*rectius*, “derecho penal del trabajo”— con constatar la relevancia de los bienes jurídicos afectados y la lesividad de los ataques típicos que sufren. Los datos son difícilmente discutibles. Pero, aceptando ese primer paso, se cuestiona el acierto de recurrir al derecho penal para poner coto a un fenómeno que, como el de la explotación o la siniestralidad laboral, tiene raíces estructurales. Pretender afrontarlo —se afirma— mediante delitos y penas sería tanto como incurrir en una clamorosa, e inadmisible, “huída al derecho penal”. Esa objeción crítica sería superable por un sistema en el que el derecho penal asumiese estrictamente su papel de *ultima ratio*: un sistema en el que sólo pueda intervenir cuando se haya constatado la impotencia o inidoneidad de las ramas pre-penales del ordenamiento jurídico. A reflexionar sobre este punto se dedican las siguientes formas de enfocar el tema, en el que el eje de argumentación se apoya en la tutela penal de la salud y seguridad

²³ Nieto Sainz, J. y García Jiménez, J., “Aproximación a los costes de la siniestralidad laboral en España”, *Revista de Derecho Social*, núm. 24, 2003.

²⁴ *Idem*.

en los lugares de trabajo, como “núcleo duro” del *constructum* normativo al que llamamos derecho penal del trabajo.

1. La “cultura” de la prevención

Si exemplificamos con los delitos contra la vida y la salud de los trabajadores, como se ha indicado, la primera conclusión a extraer debería ser la inclusión de la prevención entre los objetivos básicos de la estrategia de los agentes implicados. Y el primer paso a dar será la consolidación y el reforzamiento de una cultura de prevención, como marco compartido por empresarios, trabajadores y administración. En este sentido son muchas las iniciativas que en la experiencia española se han ido realizando al respecto a través del diálogo social fundamentalmente. Pero, como es bien sabido, la aceptación social de valores no garantiza que cada comportamiento individual o colectivo traduzca en la práctica su prevalencia y correcta jerarquización. Es necesario incorporar esos objetivos generales a las estrategias sectoriales.

2. La prevención de riesgos laborales y la organización de empresa

En primer lugar, la prevención en materia de seguridad laboral ha de incardinarse, como un elemento más, en la estrategia empresarial. Como corresponde a la aceptación, estadísticamente ratificada, de presencia objetiva de riesgo en los lugares de trabajo.

Es, además, necesario superar la falacia que comporta identificar estrategias de lucha contra la siniestralidad con incremento de costes empresariales. El respeto a las normas de seguridad no es la opción menos competitiva.²⁵ Por el contrario, la falta de seguridad en el trabajo se traduce, en lo económico

²⁵ Es interesante constatar que para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia del 14 de junio de 2007, el principio sobre el que debe basarse la exigencia de responsabilidad empresarial es el de la máxima seguridad tecnológicamente factible, en detrimento del principio —tradicional en el derecho inglés, por ejemplo— de la seguridad razonablemente factible en función de los costes económicos de la misma. Sobre el tema, Rodríguez Sanz de Galdeano, B., “El alcance de la obligación de seguridad del empresario en la directiva-marco: la disyuntiva entre la seguridad tecnológicamente factible y la razonablemente factible”, *Revista de Derecho Social*, núm. 39, 2007.

co, en reducción de la capacidad productiva —500 millones de jornadas perdidas en 1999 en la Unión Europea— y gastos de indemnización y de prestaciones de todo orden, cuya financiación pesa, en buena medida, sobre las empresas. A lo que hay que sumar las más de 350,000 personas obligadas a cambiar de empleo o de lugar de trabajo, o a disminuir la duración de su jornada laboral, y las casi 300,000 que sufren diversos grados de incapacidad permanente, entre las que destacan los más de 15,000 definitivamente excluidos del mundo del trabajo. “Más allá de los dramas humanos —ha observado la Comisión de la Unión Europea— he aquí un dispendio de recursos”.

Resulta obvio que allá donde confluyen beneficio y capacidad organizativa surge la obligación de hacer frente a los costes. Y resulta igualmente evidente, desde el punto de vista económico, que si los costes no se pueden transferir a otros, lo auténticamente rentable es minimizarlos mediante la prevención.²⁶

Estas líneas de actuación, privada y pública, han de estar en el origen de la lucha contra la siniestralidad laboral. Pero no pueden ser hipervaloradas, porque invertir (a veces dinero público) en prevención no significa asumir la totalidad de responsabilidades en la materia. Y, de hecho, se trata de una política limitada, dada la magnitud, al menos a corto plazo, de los beneficios que reporta la infracción.

La competencia —salvaje en un mercado desregulado— casa mal con la conveniencia de inversiones en seguridad, y refuerza la tentación de minimizar los costes propios a corto plazo, aunque sea al precio de afectar de manera irreversible a bienes jurídicos fundamentales o al de multiplicar los costes sociales hasta cifras astronómicas.

3. Los mecanismos resarcitorios por el daño causado a la vida y a la salud

De aquí que resulte indispensable —si seguimos en el ámbito de la protección de la vida y salud de los trabajadores— asegurar, cuando lo preventivo

²⁶ En refuerzo de las estrategias empresariales preventivas, correspondería a los poderes públicos asumir tareas de incentivación que, acudiendo a los importantes instrumentos de que dispone la administración —por ejemplo, políticas fiscales o de subvenciones— consiguieran hacer atractivas a los empresarios las inversiones en seguridad. Frente a los modelos “reglamentaristas”, basados en imperativos y prohibiciones, el modelo “de instrumentos económicos” podría garantizar un menor costo global y una más dinámica incentivación hacia las prácticas preventivas.

fracasa, la indemnización de los perjuicios producidos. El resarcimiento cerraría así el círculo de la prevención (privada), por cuanto no sólo tendría la función objetiva de cauterizar —frente a los damnificados— las consecuencias negativas del siniestro, sino también porque podría desempeñar la función preventiva inherente a toda conminación de asumir los altos costes que se generan cuando el “accidente” se ha producido.²⁷

La obligación de indemnizar, en el más amplio sentido del término, asumiría la función que, en el marco de las infracciones medioambientales, se exemplifica con el principio de que el que contamina, paga. Lo que no debe suponer una patente de corso para el contaminador que asume el pago del perjuicio causado, sino que significa que, al menos, los costes de la contaminación (aquí siniestralidad) deben ser asumidos por quien los genera. Cuestión distinta es que el sistema público asegure el cobro por los damnificados de las correspondientes indemnizaciones, pero siempre repitiendo de manera eficaz sobre los responsables, pues de otro modo desaparecería en éstos el incentivo para comprometerse con la prevención.

4. La monetarización de la lesión como solución limitada

Hay que reconocer, con todo, que la eficacia preventiva así lograda puede ser muy escasa, por cuanto la mera amenaza de aumento de costes finales en caso de siniestro es tan sólo amenaza de un mal posible, no cierto. Además de que, de producirse el mal prevenido, su coste puede haber quedado ampliamente compensado por el ahorro anterior en medidas de prevención.

Poca eficacia preventiva puede, pues, esperarse de estos mecanismos que no rebasan el marco de lo económico. Somos conscientes de que no es éste el

²⁷ En el supuesto español, la obligación de indemnizar tiene un régimen jurídico fragmentado entre el orden civil y el social, afectado además por una jurisprudencia contradictoria. Una exposición clarificadora del tema en Aparicio Tovar, J., “La obligación de seguridad y los sujetos obligados: la panoplia de responsabilidades y los sujetos responsables”, en Sáez Valcárcel, R. (coord.), *Siniestralidad laboral y derecho penal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005. Sobre la última —e interesante— jurisprudencia unificada del Tribunal Supremo español (dos sentencias de Sala General del 17 de julio de 2007) véase Alfonso Mellado, C., “Determinación de la cuantía de las indemnizaciones por accidentes de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 39, 2007.

enfoque que mantienen algunos planteamientos políticos asentados en la desregulación propia de los modelos liberales. Desregulación que se manifiesta, en el caso de la siniestralidad laboral, en la inhibición pública, acompañada de la potenciación de los mecanismos privados de resarcimiento; y todo ello asentado sobre la confianza ciega en la eficacia preventiva de la amenaza de cargas económicas cuantiosas en caso de siniestro.

Así, en el imaginario mercantilizado de la sociedad neoliberal, toda lesión de intereses es compensable mediante la correspondiente contraprestación económica, en un mundo formado no por personas sino por patrimonios y sumas dinerarias virtuales o efectivas y en el que quienes carecen de solvencia presente o futura son arrojados a la exclusión social y se les arranca de cualquier situación jurídicamente definible en términos de derechos ciudadanos. Ello supone la monetarización de bienes jurídicos que, como la vida o la salud —pero podrían añadirse la igualdad o la libertad sexual—, no son reducibles a un puñado de euros, y la opción por un sistema legal de impronta individualista y patrimonialista que sustituye los derechos de los trabajadores por los deberes empresariales de resarcimiento de un daño irremediablemente causado.²⁸

La solución que confía de manera exclusiva como “cierre” del sistema en los mecanismos indemnizatorios por los daños causados a la vida o a la salud de los trabajadores degrada la garantía estatal de estos derechos y está avocada a la ineeficacia, en un ámbito caracterizado por la magnitud de los beneficios que reporta la infracción —lo que permite al infractor convertirse en pagador sin grave costo— y por la irreversibilidad de buena parte de los perjuicios causados, socialmente intolerables.

²⁸ No es este discurso algo ajeno a las tendencias políticas en acto en países democráticos, pese a su potencial degradatorio de los derechos ciudadanos. Así, en alguna ocasión, es la propia ley penal la que parece decantarse por opciones mercantilistas que chocan abiertamente con los principios básicos del derecho penal democrático. Un posible ejemplo lo brinda el artículo 314 CPE, cuando, para castigar por el delito de discriminación laboral, exige, como se vio, no sólo contumacia sino también que los autores “...no restablezcan la situación de igualdad ante la ley... reparando los daños económicos que se hayan derivado”. Lo que parece sugerir que el grave y reiterado ataque a un bien jurídico de la significación que tiene —o debe tener— el derecho a la igualdad, es susceptible de compensación económica. La doctrina penal ha ensayado en España otras interpretaciones, pero no puede dejar de resaltarse esta concepción del legislador de 1995 a la trivialización de los derechos fundamentales.

5. *La intervención de la administración pública*

Si resulta necesario superar el plano puramente económico, que no garantiza el respeto a los derechos básicos de los trabajadores, el paso siguiente ha de ser la intervención pública con sus instrumentos de control y sanción.

Intervención administrativa, directa y contundente que, en tantas ocasiones, se nos presenta como paradigma de eficacia frente a los inconvenientes que comporta la jurisdicción penal: lenta, garantista, formalizada y contraproducente.

La reiteración de esta línea argumental en determinada doctrina y en ciertos planteamientos políticos “despenalizadores” no la hace más sólida. Ni siquiera es sostenible. Es cierto que la administración goza de posibilidades de actuación sancionadora no desdeñables. Baste recordar que, en España, la multa por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales puede llegar a 601,012 €. Las cifras sobre actuaciones sancionadoras de la inspección de trabajo son también expresivas: en 2006, se apreciaron 34,404 infracciones, sancionadas con multas por un monto total de 115,997,060 €, y entre enero y septiembre de 2007 se constataron 24,873 infracciones en salud y seguridad laborales, sancionadas con 91,394,153 €.

Frente a esta contundencia, imprescindible —según se argumenta— para poder disuadir, la conminación con penas, por puramente simbólica, sería inidónea.

Pero más allá de lo apabullante de las cifras absolutas, resulta clarificadora una simple comparación: poco más de cien millones de euros en sanciones, cuando los costes de la no prevención ascienden a doce mil millones. Cualquier insistencia en la contundencia (y, según se argumenta, en la eficacia derivada) de lo administrativo sancionador, puede, por tanto, ser cuestionada.

Además, esos datos deben ser complementados con otros: las cifras de las sanciones propuestas por la Inspección de Trabajo no son definitivas, ni se aplican a las empresas en su totalidad. El grado de litigiosidad es muy elevado, y los recursos ante la jurisdicción contencioso-administrativa son prácticamente automáticos en los casos de sanciones graves y muy graves con la dilatación en el tiempo de su efectividad —o la imposibilidad de realizarlos ante la desaparición en ese tiempo de la razón jurídica de la empresa— y con una relativamente elevada tasa de fracaso de la actividad sancionatoria admi-

nistrativa ante la apreciación por los tribunales de prescripción de las faltas u otros defectos en el acta de inspección. Por otra parte, hay una cierta incomunicación entre esta actuación administrativa y la del Ministerio Fiscal. En 2005, la Inspección de Trabajo investigó 15,162 accidentes, de ellos 990 mortales. Remitió al Ministerio Público, para que investigara las posibles responsabilidades penales, 579. Y las estadísticas sobre los accidentes mortales con infracción de las medidas de seguridad siguen siendo, como se ha visto, extraordinariamente altas.

6. *La tutela penal de los derechos laborales no desmiente el rol de “ultima ratio” del derecho penal*

Si la lesividad de los delitos contra los derechos de los trabajadores permite afirmar que no estamos ante injustos meramente formales; si los instrumentos puramente económicos de prevención e indemnización son de eficiencia limitada; si las facultades sancionadoras de la administración se han mostrado ineficaces, sobre todo en áreas tan sensibles como la siniestralidad laboral, en el que la infracción resulta económicamente rentable, procede reivindicar de los poderes públicos una actuación dirigida a lograr que el derecho penal, sin perder su rol de *ultima ratio*, asuma las funciones preventivas que en el Estado de derecho no puede delegar.

V. PRINCIPIO DE PREVENCIÓN

1. *La sanción penal tutela preventivamente los derechos de los trabajadores*

Se puede, pues, avanzar en la línea de admitir la legitimidad —democrática— de un derecho penal que, como *ultima ratio*, pretenda la tutela preventiva de los derechos de los trabajadores frente a los ataques más graves que puedan amenazarles. Porque de prevención se trata. La observación, por más que obvia, es importante, pues enfatiza la función preventiva de la pena, que puede ser útil para potenciar, como amenaza previa al comportamiento delictivo, un nivel de protección que no alcanzan indemnizaciones ni sanciones administrativas. Con las que, por otra parte, la pena no resulta necesariamente incompatible.

Ello supone abandonar la trasnochada visión de la intervención penal como recurso exclusivamente punitivo, cuando no directamente vindicativo. Así considerado, el sistema penal estaría privado de racionalidad y se deslegitimaría, como también, en el sentido opuesto, en las propuestas más nihilistas que niegan cualquier atisbo de eficacia preventiva al derecho penal.²⁹ Se trata de percepciones —descalificantes *in totum*— con escaso fundamento. El derecho penal no es una imposible e inadmisible retribución, ni tampoco un inútil catálogo de preceptos sin función; la función del derecho penal, y así lo impone la racionalidad de nuestros días, no puede ser sino la prevención.³⁰

La cominación real de la pena tiene, inicialmente, una función didáctica: muestra a la colectividad que la vida y salud de los trabajadores —o la libertad sindical, la igualdad y otros de igual valor constitucional— no son valores triviales, sino que se integran en el catálogo de bienes jurídicos de primer orden, de irrenunciable protección pública. Por otra parte, despliega un efecto preventivo de difícil cuantificación, pero en todo caso cierto. La eventual pena a sufrir, que se une a los estigmas del proceso, es un factor más, aunque no sea el único, que tiene en cuenta el sujeto a la hora de decidirse por la observancia de la normativa laboral. Y más en estos casos que, normalmente, responden a la tipología criminológica de la delincuencia de cuello blanco.

La ejecución de la pena impuesta puede, además, generar efectos preventivo-generales, ya que prueba que la amenaza de la ley penal es suficientemente seria y debe ser tenida en cuenta en el futuro. Además de los obvios efectos de prevención especial que pueden desplegar ciertas penas inocuadoras, como las inhabilitaciones para profesión u oficio.

2. *El diseño de las estrategias preventivas como diseño global*

La tutela de los derechos de los trabajadores requiere programas de actuación que contemplen la globalidad del mundo del trabajo y la pluralidad de factores concurrentes en el tipo de delincuencia que nos ocupa. Estos factores actúan en un contexto de involución de las relaciones laborales, vinculado

²⁹ Pesce Levaggi, E. A., “Criminalización de los delitos culposos: despenalización real”, *Revista de Derecho Penal*, Montevideo, núm. 12, 2001.

³⁰ Cervini, R. y Adriásola, G., *El derecho penal de la empresa...*, cit., nota 4.

(pero no sólo) a un proceso de revolución tecnológica, que se traduce directamente en la precarización del trabajo.³¹

La relación precariedad laboral-siniestralidad, por ejemplo, resulta hoy obvia. En España basta proyectar sobre los datos de temporalidad —4,368,500 asalariados con contrato temporal sobre un total de 13,750,000, en el tercer trimestre de 2007— los de siniestralidad: el 43% de los accidentes mortales, el 48% de los graves y el 53% de los accidentes con baja, los sufren trabajadores con contrato temporal.³²

En ese universo, no puede garantizarse un nivel mínimo de tutela pública de los derechos de los trabajadores. Es en este sentido en el que se ha denunciado que las facilidades que el derecho español ofrece para recurrir al *outsourcing* con fines precarizadores o degradatorios de las condiciones de trabajo son tan tentadoras que las empresas que no las utilizan están en franca desventaja respecto a sus competidores que sí lo hacen. De este modo, pocos frutos pueden lograr las políticas de retórico fomento del trabajo estable que pretendan convivir con un *status quo* favorecedor de la externalización y, con ella, de la inestabilidad.³³

La invitación a degradar las condiciones de trabajo es particularmente significativa en el caso de trabajadores inmigrantes irregulares. En 2005, más de la mitad de los extranjeros que, en Andalucía, realizaban una prestación laboral por cuenta ajena, no habían firmado contrato alguno, lo que supone ausencia de control público sobre sus condiciones de trabajo y, en la práctica, imposición ilimitada de condiciones de trabajo por parte del empleador.³⁴

La indefensión provocada por un sistema que, de hecho, sólo conoce frente al extranjero menesteroso la medida de expulsión, es el mejor caldo de cultivo de una mano de obra “sin derechos”. Máxime cuando la expulsión decretada no es llevada a la práctica, lo que ocurre en más de dos tercios de

³¹ Bilbao, A., *El accidente de trabajo: entre lo inevitable y lo irreformable*, Madrid, Siglo XXI, 1997.

³² Sáez Valcárcel, R., “¿Acaso se suicidan los obreros? El accidente de trabajo y la culpa de la víctima en cierta práctica judicial”, *Revista de Derecho Social*, núm. 33, 2006.

³³ Sanguineti Raymond, W., “Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿términos incompatibles?”, *Revista de Derecho Social*, núm. 33, 2006.

³⁴ Ruiz Rodríguez, L. R., “Informe sobre condiciones de marginalidad y exclusión de extranjeros en España”, en Ruiz Rodríguez, L. R. (coord.), *Sistema penal y exclusión de extranjeros*, Madrid, Bomarzo, 2006.

los casos. Lo que significa tanto como que el poder público se reserva la posibilidad de expulsión, que, como espada de Damocles, amenaza siempre al inmigrante, y mucho más cuando la orden ha sido ya dictada.³⁵

La amenaza de expulsión, en tantas ocasiones retórica, no supone renuncia a mantener un “ejército de reserva”, integrado por quienes, doblemente segregados, y en situación de indefensión absoluta, constituyen garantía de mano de obra barata y sumisa: “Nos invaden —se ha dicho gráficamente— pero les necesitamos, eso sí, mejor sometidos”.³⁶

La justificación de la existencia misma de un derecho penal del trabajo le impone una orientación preventiva, que ha de diseñarse a la vista de las peculiaridades propias del orbe laboral. La política criminal de tutela de derechos de los trabajadores ha de ser, por tanto, política global. Y cuando se reivindica la vigencia del principio de *ultima ratio* no sólo ha de entenderse en el sentido de limitar la intervención del derecho penal a los ámbitos residuales a los que no llegan los instrumentos jurídicos de control y sanción pre-penales. Se reivindica también el compromiso real de los poderes públicos en esos ámbitos.

VI. CONCLUSIÓN: LA PERTINENCIA DEL DERECHO PENAL DEL TRABAJO

El recurso al derecho penal para tutelar los derechos de los trabajadores parece, a pesar del contexto desregulador en que todavía se sigue moviendo

³⁵ Terradillos Basoco, J. M., “Inmigración, mafias y sistema penal. La estructura y la pátina”, en Ruiz Rodríguez, L. R. (coord.), *Sistema penal y exclusión de extranjeros*, cit., nota anterior.

³⁶ Existen, sin embargo, contradicciones en este punto en el último periodo en España. La regularización masiva de emigrantes en el primer trimestre de 2005 hizo que ingresaran al sistema de seguridad social —es decir, que “emergieran” a la formalidad— más de 750,000 personas, ciertamente que bajo la forma de contratados temporales y trabajadores autónomos en su gran mayoría. Por otra parte, la acción de los sindicatos en este terreno —y la paulatina habituación de éstos a los medios de autotutela colectiva— ha ido avanzando en los últimos tres años, como se evidencia de la mayor afiliación de inmigrantes y su participación en las elecciones a comités de empresa y delegados de personal en los centros de trabajo entre 2006 y 2007. La declaración de inconstitucionalidad de las restricciones que a estos derechos había incluido el Partido Popular a la Ley de Extranjería en las citadas sentencias de noviembre y diciembre de 2007 van a tener también en este ámbito efectos igualitarios importantes. Una visión específica de la relación entre inmigración y derechos sindicales, en Baylos Grau, A., “Inmigración y derechos sindicales. Un análisis del modelo legal español”, *Revista de Derecho Social*, núm. 34, 2006.

el pensamiento de los juristas, pertinente por estar directamente ligado a la eficacia de los valores democráticos del Estado social de derecho. Pero la experiencia española ilustra cómo la traducción práctica de previsiones legales —o, al menos, de cómo entiende las previsiones legales el lector ingenuo o no suficientemente advertido— puede sufrir significativas limitaciones. A veces inducidas por el propio texto legal, siempre susceptible de revisión,³⁷ pero en otras ocasiones la efectividad de un diseño legal correcto deviene imposible por condicionantes externos que es preciso remover, para no asistir complacientemente a la despenalización que, *de facto*, puede estarse produciendo. Dos ejemplos, ambos de un estudio encargado por el Consejo General del Poder Judicial. En 2005, las audiencias provinciales aplicaron los artículos 316 o 317 en sólo sesenta casos, y sólo si concurrían homicidio o lesiones imprudentes; la sentencia fue absolutoria en 23 casos, y de condena en 37; han comparecido las organizaciones sindicales como partes acusadoras tan sólo en dos casos. Segundo ejemplo: en ausencia de homicidio o lesiones imprudentes, los tribunales han aplicado el artículo 316, como delito de peligro —que es lo que pretendía el legislador—, en sólo media docena de ocasiones.

Entre los factores determinantes de esta nada positiva situación, algunos son internos al sistema judicial: lenidad del Ministerio Público, que no inicia la acusación si no media denuncia —no preceptiva— del afectado; pasividad de víctimas y testigos —trabajadores todos—, reticentes a la denuncia por el temor a la pérdida de su trabajo o de sus condiciones laborales; excesiva duración de los procesos, que debilita la capacidad de lucha de quien necesita vitalmente cobrar una indemnización, aunque sea reducida. A todo ello se suman la socialmente difundida complicidad con el delincuente de “cuello blanco” —paradigmáticamente representado por el empresario—; una consolidada inercia entre los aplicadores del derecho, que lleva a rehuir los retos

³⁷ Al respecto, se ha señalado cómo la aplicación del artículo 314 CPE es prácticamente imposible; cómo el artículo 312 rebasa los límites impuestos por el principio de lesividad; o cómo el artículo 313 ha pasado a ser letra muerta a raíz de la entrada en vigor de un criticable, doctrinalmente criticado y jurisdiccionalmente peor aplicado artículo 318 bis. Igualmente, se ha venido poniendo de relieve la necesidad de afrontar la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas, en un marco en el que, normalmente, revisten esa forma los sujetos que protagonizan la actividad económica y también, por tanto, la actividad delictiva (Baigún, D., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Buenos Aires, Depalma, 2000).

inherentes a las nuevas figuras delictivas; o el constatado alejamiento de las posibilidades que abren los delitos de peligro, que sólo se persiguen —en términos prácticamente relevantes— cuando se ha producido el resultado lesivo. Finalmente, hay que apuntar la influencia en la práctica judicial de un cierto alejamiento de las condiciones en que se trabaja en algunos sectores de la actividad. Numerosas sentencias, que admiten la concurrencia de culpas, argumentan presuponiendo una autonomía del trabajador que es irreal: la organización del tiempo de trabajo es, también *de facto*, competencia empresarial, y más en períodos de alta flexibilidad, de desregulación y de precariedad, que obligan a aceptar malas condiciones laborales.³⁸

Para que el sistema penal pueda cumplir sus objetivos deben darse, por tanto, ciertas condiciones que minimicen las consecuencias de los factores causales apuntados.

Ello requiere una implicación del Ministerio Público mayor y mejor que la registrada hasta tiempos bien recientes, tal como se viene impulsando desde la Fiscalía General del Estado. Resulta igualmente imprescindible potenciar una presencia más activa de los trabajadores y sus sindicatos, como agentes institucionales, ante los juzgados de lo penal. Esta presencia debe ser palpable ya en la fase de denuncia, pues dada la inhibición de particulares y autoridades policiales ante situaciones de riesgo, sólo la Inspección de Trabajo —no siempre bien dotada de medios personales— y los trabajadores sindicalmente organizados pueden ser vehículos idóneos para que la *notitia criminis* llegue al Ministerio Fiscal.³⁹ Sobre este tema ha habido recientemente en España un cierto avance, mediante la pactación de medidas orientadas a lograr castigar adecuadamente las infracciones más graves de la normativa legal de prevención de riesgos laborales a través de un uso adecuado de los instrumentos de incriminación penal que hasta el momento habían resultado claramente infrautilizados, como se ha señalado. Este grupo de medidas públicas

³⁸ Sáez Valcárcel, R., “¿Acaso se suicidan los obreros? El accidente de trabajo y la culpa de la víctima en cierta práctica judicial”, *op. cit.*, nota 32.

³⁹ En este sentido se cuenta con textos interesantes en la última experiencia española. Así, la “Estrategia española de seguridad y salud en el trabajo (2007-2012)”, aprobada el 28 de junio de 2007 (acordada por el gobierno español, las asociaciones empresariales CEOE y CEPYME y las centrales sindicales UGT y CCOO en el seno de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo y refrendada posteriormente por el gobierno).

se encuentra recogido en el Protocolo Marco de Colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y la Fiscalía General del Estado para la Investigación Eficaz y Rápida de los Delitos Contra la Vida, la Salud y la Integridad Física de los Trabajadores y la Ejecución de las Sentencias Condenatorias, firmado el 19 de septiembre de 2007.⁴⁰

También es importante la presencia sindical en el proceso, asumiendo, antes de la producción del siniestro irreversible, las funciones, tan gravosas para la víctima individual, de parte acusadora. Si el sindicato tiene la representación de los trabajadores en su conjunto, puede y debe personarse en la causa en calidad de acusación particular, como corresponde a su condición de titular del bien jurídico protegido.

Una policía judicial especializada, que trabajase con protocolos adecuados, podría cerrar el círculo de elementos instrumentales necesarios para que el contenido del CPE no quedase en mera declaración de intenciones.

Finalmente, la eficacia requiere, en lo dogmático, avanzar hacia el consenso sobre los criterios que permitan distinguir lo penalmente relevante de lo que no lo es, a partir de una doctrina consistente, que dote de contenido al principio de seguridad jurídica, en su doble faceta de definir y acotar lo típico y de garantizar que, cuando concurren los elementos del delito, se va a producir una sentencia que valide la vigencia fáctica de la ley.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- APARICIO TOVAR, J., “La obligación de seguridad y los sujetos obligados: la panoplia de responsabilidades y los sujetos responsables”, en SÁEZ VALCÁRCEL, R. (coord.), *Siniestralidad laboral y derecho penal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005.
- ALFONSO MELLADO, C., “Determinación de la cuantía de las indemnizaciones por accidentes de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 39, 2007.

⁴⁰ Un comentario del mismo en Martín Hernández, Ma. L., “Inefectividad de la normativa de prevención de riesgos laborales y siniestralidad laboral en España: una relación de causa-efecto”, *Revista de Derecho Social*, núm. 40, 2007.

- BAIGÚN, D., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Buenos Aires, De palma, 2000.
- BAYLOS GRAU, A., “Algunas notas sobre la evolución del derecho del trabajo español en los últimos 30 años”, *Derecho Laboral*, Montevideo, t. XLIX, núm. 221, 2006.
- _____, “Inmigración y derechos sindicales. Un análisis del modelo legal español”, *Revista de Derecho Social*, núm. 34, 2006.
- _____, “La responsabilidad legal de las empresas transnacionales”, *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, núm. 1, 2006.
- _____, y TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Derecho penal del trabajo*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 1997.
- BILBAO, A., *El accidente de trabajo: entre lo inevitable y lo irreformable*, Madrid, Siglo XXI, 1997.
- CERVINI, R. y ADRIASOLA, G., *El derecho penal de la empresa desde una visión garantista*, Montevideo, B de F, 2005.
- DURÁN LÓPEZ, F., *Informe sobre riesgos laborales y su prevención*, Madrid, Presidencia del Gobierno, 2001.
- HASSEMER, W., “Viejo y nuevo derecho penal”, en HASSEMER, W. y MEINI MÉNDEZ, I., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.
- MARTIN HERNÁNDEZ, Ma. L., *El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2006.
- _____, “Inefectividad de la normativa de prevención de riesgos laborales y siniestralidad laboral en España: una relación de causa-efecto”, *Revista de Derecho Social*, núm. 40, 2007.
- MUÑOZ CONDE, F., *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.
- NAVARRO CARDOSO, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- NIETO SAINZ, J. y GARCÍA JIMÉNEZ, J., “Aproximación a los costes de la siniestralidad laboral en España”, *Revista de Derecho Social*, núm. 24, 2003.
- PESCE LEVAGGI, E. A., “Criminalización de los delitos culposos: despenalización real”, *Revista de Derecho Penal*, Montevideo, núm. 12, 2001.

- RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., “Informe sobre condiciones de marginalidad y exclusión de extranjeros en España”, en RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. (coord.), *Sistema penal y exclusión de extranjeros*, Madrid, Bomarzo, 2006.
- RODRÍGUEZ MESA, M. J., “Ámbito punible de la mediación en la colocación y la interposición en el contrato de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 39, 2007.
- RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., “El alcance de la obligación de seguridad del empresario en la directiva-marco: la disyuntiva entre la seguridad tecnológicamente factible y la razonablemente factible”, *Revista de Derecho Social*, núm. 39, 2007.
- SÁEZ VALCÁRCEL, R., “¿Acaso se suicidan los obreros? El accidente de trabajo y la culpa de la víctima en cierta práctica judicial”, *Revista de Derecho Social*, núm. 33, 2006.
- _____, “Morir en el trabajo. Política criminal frente a los accidentes laborales”, en SÁEZ VALCÁRCEL, R. (coord.), *Siniestralidad laboral y derecho penal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005.
- SANGUINETI RAYMOND, W., “Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿términos incompatibles?”, *Revista de Derecho Social*, núm. 33, 2006.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M., “El delito de discriminación laboral”, *Revista de Derecho Social*, núm. 7, 1999.
- _____, “Inmigración, mafias y sistema penal. La estructura y la pátina”, en RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. (coord.), *Sistema penal y exclusión de extranjeros*, Madrid, Bomarzo, 2006.
- _____, “La Constitución para Europa. ¿Las bases del derecho penal europeo?”, en VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (coord.), *Derecho penal liberal y dignidad humana. Libro homenaje al doctor Hernando Londoño Jiménez*, Bogotá, Temis, 2005.
- _____, “La Constitución penal. Los derechos de la libertad”, en CAPELLA, J. R. (ed.), *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Trotta, 2003.
- _____, “Las reformas penales españolas de 2003: valoración político-crimeinal”, *Nuevo Foro Penal*, Medellín, núm. 67, 2006.
- ZAFFARONI, E., *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2006. 