



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID  
FACULTAD DE DERECHO  
TESIS DOCTORAL

## **RIESGOS PENALES LABORALES**

Un análisis crítico sobre el art. 316 del CP español y una propuesta de tipo penal de peligro para el ordenamiento jurídico argentino

S. PATRICIA GALLO  
Director: Prof. Dr. h. c. mult. MANUEL CANCIO MELIÁ

MADRID, 2017

## ÍNDICE

	Págs.
ABREVIATURAS	13
 <i>CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LOS RIESGOS LABORALES</i>	
I. Presentación del tema de investigación	14
I.1 Objetivo de la investigación	19
II. El delito contra la seguridad de los trabajadores en el C.P. español	21
III. Introducción a la problemática de los riesgos laborales	22
IV. Siniestralidad laboral en Argentina	26
IV.1 Introducción	26
IV.2 Contexto socio-cultural y económico en Argentina	28
IV.2. a Factor normativo	28
IV.2. b Factor cultural	29
IV.2. c Factor socio-económico	33
IV.2. d Reflexiones sobre el contexto socio-cultural y económico argentino	36
V. Evolución histórica del tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral	37
V.1 El Derecho Penal Laboral	41
VI. Sociedad de riesgo como contexto del delito de riesgos laborales	46
VI.1 Introducción	46
VI.2 Adecuación del discurso de modernización del Derecho penal a las nuevas necesidades sociales	49
VII. Notas características del delito de riesgos laborales	54
VII.1 Introducción	54
VII.2 Incremento del riesgo por encima del nivel permitido	56
VII.3 Delito del empresario	59
VII.4 Dependencia/subordinación del trabajador	62
VII.5 Delito de peligro en el marco de la sociedad de riesgo	64
VII. 6 Globalización y necesidad de regionalización	66
VII.6.a Flujos migratorios de trabajadores entre los países latinoamericanos de la Región Sur	68
VII.6.b Las obras en construcción	69
VII.6.c Los Talleres Textiles Clandestinos	73

VIII. Tendencia legislativa a incorporar el delito de riesgos laborales en América Latina	77
VIII.1 Anteproyecto de reforma del CP argentino de 2013	77
VIII.2 La situación en Perú	78
VIII.3 La situación en Uruguay	84
VIII.4 La situación en Paraguay	87
VIII.5 La situación en Chile	92
VIII.6 La situación en Venezuela	95
VIII.7 La situación en Cuba	98

*CAPÍTULO II: TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA SINIESTRALIDAD LABORAL EN ARGENTINA. NECESIDAD DE UN DELITO DE PELIGRO.*

I. Reconocimiento de los derechos sociales en Argentina	100
I. 1 Constitucionalismo social	100
I. 2 El artículo 14 bis de la Constitución Nacional argentina y los Instrumentos Internacionales	103
II Protección administrativo-laboral de la seguridad e higiene en el trabajo en Argentina	108
II. 1 Introducción	108
II. 2 Sistema de prevención de riesgos en el ámbito laboral	111
II.2.a La ley básica de higiene y seguridad en el trabajo (n° 19.587)	112
II.2.b Ley de Riesgos del Trabajo (LRT) (n° 24.557)	113
II.2.c Leyes n° 25.212 y n° 25.877	116
II.2.d Análisis crítico del sistema de prevención de riesgos laborales	118
III. Respuesta penal a la siniestralidad laboral y riesgos del trabajo	122
III.1 Introducción	122
III. 2 El delito de abandono de personas (art. 106 CP)	124
III.2. a Introducción	124
III.2.b Análisis del tipo penal del art. 106 CP	125
III. 3 Otras normas penales relativas a los riesgos laborales	130
III.3.a Los tipos penales de la ley de migraciones (n° 25.871)	130
III.3.b El delito de trata de personas con fines de explotación (arts. 145 bis y 145 ter CP)	134
III.3.b.1 Explotación laboral	135
III.3.b.2 Reducir o mantener a condiciones de servidumbre o esclavitud	136
III.3.b.3 Obligar a una persona a realizar trabajos o servicios forzados	137
III.3.c Delitos conexos al delito de trata de personas	138
III.3.c.1 Delito de “reducción a servidumbre” (art. 140 CP)	138
III.3.c.2 Tráfico ilegal de inmigrantes (ley n° 25.871)	139

III.3.d Inadecuación de los delitos de trata y reducción a servidumbre para abarcar la problemática de los riesgos laborales	140
IV Necesidad de un delito específico	142
IV.1 Introducción	142
IV.2 Legitimidad del objeto de protección en el ámbito de los riesgos laborales	145
IV.3 Contenido y alcance de las “condiciones dignas de labor”	148
IV.4 Los arts. 14 y 19 de la Constitución Nacional	152
IV.5 Necesidad de la protección penal	153
IV.6 Adecuación de la respuesta penal	164

**CAPÍTULO III: DETERMINACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DEL ART. 316 CP ESPAÑOL**

I. Interpretación doctrinaria del objeto de protección del art. 316	168
I. 1 Introducción	168
I. 2 Posiciones doctrinarias sobre el bien jurídico protegido en el art. 316 CP español	169
II. Problemática propia de las tesis “colectivistas”	177
II.1 Introducción	177
II.2 “ <i>Ratio legis</i> ” y objeto de protección	178
II. 3 La seguridad laboral y el “referente individual”	180
III. La seguridad en el trabajo como objeto de protección: concepto y críticas	183
III.1 Introducción	183
III. 2 Contenido de la “seguridad laboral”	184
IV. El carácter <i>colectivo</i> de la “seguridad laboral”	189
IV.1 Los bienes jurídicos colectivos	189
IV.2 Función social de los bienes jurídicos colectivos	192
IV. 3 La seguridad laboral como “bien jurídico colectivo”	193
IV.3.a Introducción	193
IV.3. b Excurso: la salud pública como posible bien jurídico colectivo	194
IV.3. c La seguridad laboral y la función positiva	196
IV. 4 Carácter individual del bien jurídico protegido	198
V. La modalidad plural del ataque al bien jurídico protegido	202
V.1 Consideraciones previas	202
V. 2 El objeto de acción	205
VI. Titularidad del bien jurídico protegido: el trabajador individualmente considerado	209

VII. Conclusiones	211
VII.1 Verdadera función de la “seguridad en el trabajo”	211
VII.2 La vida, salud e integridad física como objeto de protección del art. 316	214
VII.2.a. La salud	215
VII.2.b La vida	216

*CAPÍTULO IV: EL PELIGRO COMO TÉCNICA DE TIPIFICACIÓN PARA LA INTERVENCIÓN PENAL EN EL MARCO DE LOS RIESGOS LABORALES*

I. Opciones legislativas de protección de los trabajadores ante los riesgos laborales	218
I.1 Introducción	218
I.2 Formas de intervención penal	221
I.2.a Análisis de las diferentes opciones	222
I.2.b El delito de peligro como la opción más eficaz	230
II El art. 316 como delito de peligro	233
II.1 El peligro común	233
II.2 El art. 316: ¿delito de peligro común o individual?	234
III. El peligro común y la exigencia del “peligro grave” del art. 316	241
III.1 Introducción	241
III.2 El art. 316 como delito de peligro concreto	241
III.3 El peligro común y el peligro concreto	245
III.3.a La teoría de los Bienes Jurídicos Intermedios	245
III.3.b El peligro concreto como “grado de afectación al bien jurídico”	249
III.3.b.A Introducción	249
III.3.b.B. Inconsistencias de esta exégesis	252
III.4 Incompatibilidad del peligro común y el peligro concreto en el art. 316	255
III.4.a Introducción	255
III.4.b Estado de “incontrolabilidad”	257
IV. El peligro abstracto como técnica de tipificación correcta	259
IV.1 La problemática de los delitos de peligro abstracto	259
IV.2. Delitos de peligro hipotético o de aptitud.	260
IV.3 El delito de peligro hipotético en el CP español	266
IV.4 Toma de posición: El art. 316 como delito de peligro	

abstracto-concreto o de aptitud	267
IV.5 El peligro “grave”	275
IV.6 Situaciones de peligro individual	279
V. Consecuencias de interpretar al art. 316 como delito de peligro abstracto-concreto	284
V. 1 irrelevancia de la tipificación imprudente del delito de peligro (art. 317)	288
V.2 La problemática concursal entre el delito de peligro (art. 316) y el delito de lesión	291
V.2.a El concurso ideal y el peligro común	295
V.2.b Situación de múltiple resultado de peligro	300
VI. Conclusiones	305

*CAPÍTULO V: PRESUPUESTOS NORMATIVOS PARA LA DELIMITACIÓN DE ÁMBITOS DE RESPONSABILIDAD DENTRO DE LA EMPRESA Y FRENTE AL TRABAJADOR IMPRUDENTE*

I. Introducción	309
I.1 Objetivos propuestos	312
II. Contextualización de la problemática de los delitos imprudentes de resultado en el ámbito laboral: el Derecho penal de empresa	314
III. El riesgo y su atribución al empresario: problemas esenciales de la imputación objetiva en este ámbito	319
III.1. Consideraciones básicas sobre la teoría de la imputación objetiva	319
III. 2 Aproximación a la dogmática de la comisión por omisión	325
III.3 Fundamento de la posición de garante	328
III.4 Delegación de competencias	333
III.4 .a Delegación en el marco de los riesgos laborales	338
III.5 Fundamento de la posición de garante del empresario	339
III.5.a Introducción	339
III.5.b Competencia por organización	343
III.5.c Competencia por organización en el marco de los riesgos laborales	346
IV. Peculiaridades en la definición de la conducta	349
IV. 1. Introducción	349
IV.2. Distinción de las esferas de competencia (sector “directivo” y sector “subordinado”)	350
IV.3. Características propias de las conductas de cada sector: los “actos” y las “condiciones inseguras de trabajo”	351
IV.4. Estructura del deber de seguridad del empresario	353

IV. 5. Una distinción previa: peligro y resultado	354
IV.6 Un resultado particular: La problemática de la imputación de las enfermedades laborales	360
IV.6.a Introducción	360
IV.6.b Modo de comisión y consumación del delito de lesiones en el caso de las enfermedades laborales	363
IV.6.c Las enfermedades laborales y el delito de peligro	365
V. Presupuestos organizativos de la responsabilidad penal por accidentes laborales: Delimitación de las esferas de competencias entre empresario y delegado e imputación de resultados lesivos	368
V.1. Introducción	368
V.2 .El encargo de ejecución de tareas	369
V.3 Infracción de los deberes residuales de control y vigilancia	372
V.3.a Introducción	372
V.3.b Delimitación de las infracciones de los deberes del delegante y delegado	373
V.4. Participación por <i>omisión</i> del empresario-garante	378
V.5. Solución propuesta: infracción del deber de vigilancia del empresario como estructura de “delito de favorecimiento”	383
V.6. Competencia por arrogación: la figura del “encargado” o “apoderado”	387
V.7. Puntos de partida para la tipificación del delito de peligro	393
VI. Presupuestos estructurales de la desigual relación laboral: Delimitación de las esferas de responsabilidad del empresario y del trabajador	394
VI.1. Introducción	394
VI.2. Deber de vigilancia (primario) como parte del deber de seguridad del empresario	395
VI.2.a Introducción	396
VI.2.b Ejes temáticos en la delimitación del deber de seguridad del empresario	396
VI.2.c Distinción entre imprudencia temeraria y profesional del trabajador	399
VI.2.d Imprudencia profesional del trabajador	404
VI.2.e El “acto inseguro” del trabajador como imprudencia profesional	407
VI. 3.Habilitación de la competencia del trabajador sobre su vida y salud	414
VI.4. El deber de vigilancia del empresario en la LPRL	418
VI.4. a Introducción: El acto inseguro del trabajador	418
VI.4.b Deber general de vigilancia	419
VI.4.c. Deber específico de vigilancia	420
VI.4.d Esquema general propuesto	424

VI.4.e. Caso paradigmático de uso de equipo de protección personal	429
VI.5. Conducta <i>imprudente</i> del trabajador: autopuesta en peligro y concurrencia de riesgos	432
VI.5.a. Introducción	432
VI.5.b. Autorresponsabilidad del trabajador como sujeto integrante de la relación laboral estructuralmente asimétrica	433
VI.5.c. Esferas de organización del empresario y del trabajador	436
VI.5.d. Relevancia del consentimiento del trabajador a las “condiciones inseguras de trabajo”	442
VI.5.e. Autopuesta en peligro del trabajador: <i>ámbitos “concéntricos” de organización</i>	445
IV.5.f. Infracción del <i>deber de intervención</i> del empresario ante la autopuesta en peligro del trabajador	450
VI.6. Concurrencia de riesgos introducidos por el empresario y por el trabajador	452
VI.6.a. Consideraciones previas	452
VI.6.b. Esquema propuesto	454
1) Primer juicio de imputación	454
<u>a. Introducción</u>	454
<u>b. Casos de imprudencias “simultáneas” de empresario y trabajador</u>	456
2) Segundo juicio de imputación	460
<u>a. Criterio Jurisprudencial en la concurrencia de riesgos</u>	465
<u>b. Gravedad de la imprudencia</u>	465
<u>c. Solución a la concurrencia de riesgos</u>	467
VI.6.c. Un caso paradigmático de “imputación de resultado”	472
VI.6.d. La imprudencia del trabajador en la jurisprudencia argentina	477
<b>CAPÍTULO VI: ANÁLISIS CRÍTICO DE LA ESTRUCTURA TÍPICA DEL ART. 316 CP ESPAÑOL. PAUTAS PARA EL DISEÑO DEL DELITO DE PELIGRO PROPUESTO</b>	
I. La “construcción” del delito de peligro	481
I.1. Introducción	481
I.2. Relación entre el delito de resultado imprudente y el delito de peligro	482
I.2. a. Consideraciones previas	482
I.2. b. Del resultado al riesgo	483
I.2. c. Estructura del delito de peligro	485



II. Análisis de los elementos típicos del art. 316	496
II. 1 Introducción	496
II. 2 Infracción de la norma de prevención (cláusula de bloqueo)	497
II.2.a Introducción	497
II.2.b El delito del art. 316 y la norma de prevención administrativa	501
II.2.c Peligro grave administrativo y peligro grave penal	504
II.2.d Solución propuesta ante la imposibilidad de distinguir el “peligro grave penal” del “peligro grave administrativo”	510
II. 2.e El art. 316 como ley penal en blanco	513
II.2.f Remisión a la infracción de los convenios colectivos	518
II.2.g Condiciones de legitimidad del art. 316 como ley penal en blanco	521
II.3 Fórmula del sujeto activo: “Legalmente obligados”	527
II.3.a Introducción	528
II.3 .b Sujetos obligados según la normativa extrapenal	529
II.5.c Responsabilidad penal de los sujetos que no son “el empresario”	532
II.3.c Legalmente obligados y la figura del “encargado”	535
II. 3. d Propuesta de interpretación de la fórmula “legalmente obligados”	537
II.3.e Consecuencias de la delegación de competencias en la determinación del sujeto activo	541
II.3.f “Encargo de tareas” en el ámbito del delito de peligro (art.316)	543
II.3.g “Delegación de funciones” en el ámbito del delito de peligro (art. 316)	545
II. 2.h Propuesta de la fórmula de descripción del sujeto activo	549
II.2.i Criterio definitorio propuesto: el “organizador”	552
II.2.j Fuentes a las que responde el concepto de “organizador”	555
II.3 Fórmula de especificación de la conducta en el art. 316: “No facilitar los medios”	558
II.3.a Introducción	558
II.3.b Interpretación de la cláusula de especificación en el art. 316	559
II.3.c Interpretación del término “medios”	560
II.3.d Criterio real de especificación de la conducta en el art 316	563
II.3.e Interpretación propuesta de “no facilitar los medios”	565
II.3.f Diseño inadecuado de la fórmula “no facilitar los medios”	568
II.3.g Criterios propuestos para una adecuada cláusula de Especificación de la conducta	570
II.3.h Infracción del deber de vigilancia	573
II. 4 Cláusula de nivelación del peligro: “la puesta en peligro grave”	575
II. 4. a Introducción	575
II. 4.b Deber de vigilancia (remisión al capítulo V)	577
II.4.c El art. 316 como delito de peligro concreto	580

II.4.d El peligro concreto como adelanto de la barrera de punición respecto del delito imprudente de resultado	581
II.4.e Peligro concreto versus peligro abstracto-concreto	585
II.4.f Tensión entre “no facilitar los medios” y el peligro concreto	588
II. 4.g Interpretación propuesta del estadio de evolución del peligro típico	590
III. Enfermedades laborales	592
III.1 Introducción	592
III.2 El caso paradigmático del amianto: “el enemigo invisible”	595
III.3 Las enfermedades laborales en la jurisprudencia	598
IV Caracterización dogmática del tipo penal del art. 316	605
IV.1 Introducción	605
IV.2 El art. 316 como “omisión pura de garante”	606
IV. 3 El art. 316 como delito especial	608

*CAPÍTULO VII: ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO.  
PROPUESTA DE TIPO PENAL PARA EL C.P. ARGENTINO*

I. Análisis de los tipos penales de peligro mencionados en el capítulo I	610
I.1 Art. 124.3 del Anteproyecto de Reforma al Código Penal argentino	610
I.2 Art. 168 A del Código Penal de Perú	612
I.3 Art. 1° de la Ley n° 19.196, de “Responsabilidad penal del empleador” de Uruguay	617
I.4 Art. 205 del Código Penal de Paraguay	621
I.5 Art. 220 del Anteproyecto de Reforma al Código Penal de Chile	624
II. Propuesta de tipo penal para el ordenamiento jurídico argentino	625
II.1 Introducción	625
II.2 Tenor literal del tipo penal propuesto	626
II.3 Estructura típica del precepto postulado	627
II.3.a Apartado 1°	627
II.3.b Apartado 2°	645
II.3.c Apartado 3°	646
II.3. d Apartado 4°	647
CONCLUSIONES	651
ANEXO	675
BIBLIOGRAFÍA	677

## ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
ART	Aseguradoras del Riesgo del Trabajo
ATS	Auto del Tribunal Supremo
CE	Constitución española
CEACR	Comisión de Expertos en Aplicación de Convenio y la Recomendación
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CNCP	Cámara Nacional de Casación Penal
Coord./s	Coordinador/es
CP	Código Penal
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
Dir./s	Director/es
DRAE	Diccionario de la Real Academia Española
Ed./s	Editor/es
ET	Estatuto de los Trabajadores
INDEC	Instituto Nacional de Estadística y Censo
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
LISOS	Ley sobre infracciones y sanciones en el Orden Social
LO	Ley Orgánica
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales
LRT	Ley de Riesgos del Trabajo
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
OIT	Organización Internacional del Trabajo
RECPC	Revista electrónica de ciencia penal y criminología
RD	Real Decreto
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SIDITYSS	Sistema Integral de Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social
SJP	Sentencia Juzgado de lo Penal
SJS	Sentencia del Juzgado de lo Social
SRT	Superintendencia de Riesgos de Trabajo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
Trad.	Traducción
TTC	Talleres Textiles Clandestinos
UE	Unión Europea

## CAPÍTULO I

### ***INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LOS RIESGOS LABORALES***

***La siniestralidad laboral en Argentina. Características del delito de peligro postulado, en el contexto de la “sociedad de riesgo”. Derecho comparado en los países de América Latina.***

En este capítulo se hará un abordaje introductorio del tema relativo a los riesgos laborales y la evolución histórica del tratamiento jurídico del accidente laboral. También se abordará esquemáticamente el fenómeno de la siniestralidad laboral en Argentina y sus posibles factores causales, aspectos que se tendrán en cuenta en el diseño del tipo penal que se propondrá en el capítulo VII. Asimismo, se analizarán las características propias de la “sociedad de riesgo”, como contexto en el que se genera la necesidad de la intervención penal en el ámbito de los riesgos laborales a través de un delito de peligro y el incipiente movimiento legislativo que se vislumbra en ese sentido, en algunos países de la América Latina.

#### **I. Presentación del tema de investigación**

En Argentina existe un alto índice de siniestralidad laboral que el sistema de la Ley de Riesgos del Trabajo (LRT) creado en 1996, no ha logrado reducir adecuadamente. El problema de la inseguridad y los infortunios en el trabajo están instalados en la sociedad argentina. Sin embargo, los medios de comunicación no se hacen eco de esa situación. Aunque con bases reales, los contratiempos cotidianos son amplificadas diariamente en las noticias; permanentemente se hace referencia a la “inseguridad en las calles” -delitos de robos, violencia, secuestros, etc.- y a la corrupción política, sin embargo la cuestión relativa a los riesgos laborales y sus nefastas consecuencias para los trabajadores, está ausente de la agenda mediática y ciudadana, aun cuando los resultados lesivos son consecuencia de flagrantes incumplimientos de la norma de prevención por parte de los empleadores. Estos comportamientos no son concebidos aun como “delictivos” para la opinión pública.

Frente a esa realidad, es necesario concientizar sobre la existencia de esta problemática, y sobre su real dimensión. En este orden de ideas, se requiere revisar la antinomia: “monetización de riesgo versus transformaciones productivas”, ya que existen numerosas experiencias donde las empresas ofrecen -y los sindicatos reclaman- aumentos de salario como *compensación monetaria* a la nocividad y los riesgos laborales. Si bien en el problema de la siniestralidad laboral en Argentina intervienen múltiples factores, como un diseño inadecuado del sistema de prevención administrativo-laboral y la falta de una “cultura de prevención de riesgos”, entre otros, pareciera que el principal obstáculo proviene de la vigencia de una visión “compensatoria del riesgo”, que genera acciones individuales reparadoras sindicales, empresariales y gubernamentales, en las cuales “se cambia la vida por un plus económico por riesgo”. Desde esta perspectiva, se pretende compensar o indemnizar el daño ocasionado, soslayando la gestión de acciones colectivas de carácter preventivo que incorporen mejoras en las medidas de seguridad laborales.<sup>1</sup>

Detrás de esta actitud subyace la idea de la “inevitabilidad del riesgo”, considerando por ello, que el hecho de sufrir un accidente de trabajo o contraer una enfermedad profesional es un *suceso inherente a las relaciones de producción*, que no es prevenido sino *indemnizado*.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> SILVA, M., Arriesgarse para no perder el empleo: las secuelas en la salud de los obreros de la construcción del Mercosur, *Sociologías*, año 4, n°8, Porto Alegre, 2002, pp.371/72. En este sentido, se ha destacado que “Hoy, en determinados ámbitos laborales, algunos trabajadores negocian su salud por dinero” (Del Águila, A. *Homo constructor. Trabajadores Paraguayos en el Área Metropolitana de Buenos Aires*, Bs. As., 2017, p.167). En esta exégesis, se ha señalado que los trabajadores metalúrgicos realizan tareas en acerías que son consideradas “penosas, mortificantes o riesgosas” (ley n° 11.544), a raíz de lo cual el convenio colectivo de trabajo de ese gremio establece que si el trabajador se encuentra expuesto a “altas calorías” su salario se incrementa en un 20% por trabajar en esas condiciones. Del mismo modo, ese convenio permite el pago de otro 20% para aquellos trabajadores que realizan “tareas peligrosas”, como por ejemplo el traslado manual de material fundido. Es decir que es preferible pagar un 20% más y que el trabajador corra el riesgo de accidentarse, en lugar de evitar ese tipo de trabajo peligroso a través de su mecanización. El cambio de salud por dinero ha sido una constante durante años en Argentina, lo sigue siendo y a eso se le considera un “beneficio para el trabajador”. Permitir que las personas se enfermen o mueran por el 20 % más de salario no es precisamente fomentar y preservar los derechos humanos de los trabajadores y en particular de aquel derecho que corresponde a preservar la salud y la vida, único capital que aporta el trabajador al proceso productivo (Salud laboral y medio ambiente en Argentina (páginas sin numerar), disponible en [www.trabajoyambiente.com.ar](http://www.trabajoyambiente.com.ar)).

<sup>2</sup> “Una especie de tributo existencial que es necesario pagar para el progreso de las sociedades civilizadas”, en términos de LOZANO LARES, quien refiere así al modelo “productivista” de tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral, que se caracteriza por una función de tutela del trabajador que se traducirá, básicamente, en la adopción de medidas que contribuyan a paliar el sufrimiento de las personas que, por *desgracia*, hayan sido víctimas de la siniestralidad laboral, orientando su actuación de forma prioritaria, hacia la reparación de las consecuencias lesivas. En el plano jurídico, este modelo *productivista* no hará demasiado hincapié en la vertiente preventiva de la gestión de la siniestralidad laboral, volcando casi toda su atención, en la vertiente reparadora. La posición del empleado en este

En el sistema de indemnidad del trabajador, puede distinguirse un doble aspecto, por un lado la política de prevención, con la que se procura satisfacer una exigencia de carácter general, más allá de los intereses del trabajador individual. Se responde así a un interés público. Aquí se incluyen las medidas de seguridad del ordenamiento administrativo, laboral y penal. El segundo aspecto, refiere a la normas sobre reparación, aquí prevalece la consideración del concreto trabajador. Se trata así, de satisfacer un interés privado. En Argentina, se ha desarrollado este segundo aspecto, pero no el primero.

Conectado con ese proceso de “normalización de los siniestros laborales”, existe también una tradición judicial que contempla la imprudencia como una infracción menor (que los jueces experimentan personalmente a partir del hecho de la circulación vehicular). Esta perspectiva podría justificar cierta “comprensión” de las imprudencias de los empresarios y sus delegados en materia de seguridad del trabajo, en la que además influye el elevado “status social” del empresario.<sup>3</sup> Nótese que se sigue hablando de “accidentes” de trabajo, aunque hayan sido causados por infracción de las medidas de seguridad. En este esquema de pensamiento, en Argentina sólo un porcentaje mínimo de las lesiones y muertes de trabajadores generadas por incumplimientos de las medidas de prevención, llegan a sede penal y de esos casos, muy pocos terminan en condena. Creo que esa estadística se explica también por el desconocimiento de las instancias judiciales, de las notas características de los riesgos laborales. En efecto, jurisprudencialmente se tiende a construir la figura del trabajador/víctima como la de un actor libre, autónomo y responsable, que puede rechazar órdenes, exigir medidas de seguridad o cuestionar las decisiones del empresario o de sus mandos intermedios y de ese modo, se coloca el foco del análisis en la conducta “descuidada” de la víctima que “consintió” condiciones peligrosas de labor. Sin embargo, no se repara en la posición dependiente y subordinada del trabajador, que se acentúa en períodos de alta flexibilidad, de desregulación y de precariedad laboral, como el que se está viviendo en Argentina, y que lo “obligan” a aceptar condiciones laborales muy desfavorables. Tampoco se tiene en cuenta que el trabajador/víctima carece de facultades para decidir

---

esquema jurídico es de plena subordinación, sin que pueda incumplir las órdenes del empleador escudándose en la inexistencia de medidas reglamentarias de protección o por entender que existe un peligro inminente y grave para su integridad psico-física. El trabajador ha de asumir el riesgo inherente a las relaciones de producción, reconociéndosele en contrapartida, un derecho subjetivo a reparación en caso de actualización del peligro, siempre latente en el medio de trabajo (*El tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral*, Albacete, 2015, p. 362).

<sup>3</sup> SAÉZ VALCÁRCEL, J., Morir en el trabajo. Política criminal frente a los accidentes laborales, *Cuadernos de Derecho Judicial*, n° 15, 2005, p. 39.

la organización del trabajo, que obedece a pautas y criterios que se le imponen jerárquicamente, mediante la disciplina y los poderes de dirección que el patrón retiene y a los que está sometido.<sup>4</sup>

En mi opinión, la creación de un delito de peligro, ayudaría a cambiar la visión sobre la necesaria seguridad en el trabajo, generando la *percepción social* de los riesgos laborales, que ahora no tienen. Desde esta lógica, en un ámbito como el laboral, donde el riesgo es estructural, donde el deber de cuidado está ya previsto en la norma de prevención administrativo-laboral, sería un paso importante para erradicar la idea de la “inevitabilidad” del accidente laboral, convertir en *delito doloso el incumplimiento de esas normas de seguridad, cuando generen un peligro grave para vida y/o salud de los trabajadores*.

En efecto, se debe partir de que el riesgo, aun siendo inherente a las relaciones de producción, es *controlable*, por lo que cabe adoptar una actitud tanto desde instancias privadas como por parte de los poderes públicos, de que la prevención es necesaria y además, rentable, por lo que la inversión en medidas de seguridad y salud laboral debe pasar a ser parte integrante esencial de la estrategia productiva. En esta concepción, la vertiente preventiva del tratamiento técnico-jurídico de la siniestralidad laboral se escinde, adquiriendo autonomía funcional y financiera, de su vertiente reparadora y de los sistemas de protección social de contingencias profesionales.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup>SAÉZ VALCÁRCEL, CDJ-15, 2005, pp. 48/49.

<sup>5</sup> LOZANO LARES, F. *El tratamiento jurídico...*, p.363, en referencia al modelo “tecnocrático” de tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral. En esta concepción hay una “objetivación del cuerpo del trabajador en la ejecución del contrato de trabajo”, así, el “dominio que el empresario adquiere sobre el cuerpo productivo del trabajador”, se convertiría en “condición necesaria para proteger su persona”, lo que en este modelo tecnocrático de tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral se traducirá en el establecimiento de una obligación legal de protección psicofísica que, por ello mismo, tendrá una finalidad exclusivamente prevencionista. Este deber general de prevención es de naturaleza *gerencial*, puesto que su contenido abarca una amplia gama de obligaciones específicas del empresario que tendrán por objeto la adopción de las medidas preventivas necesarias para controlar el riesgo presente en el medio de trabajo. Sin embargo, se trata de una obligación de medios y no de resultado, puesto que su alcance no es ilimitado sino que se encuentra acotado por el parámetro de lo *razonablemente posible*. La responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación general de prevención no será, pese a desplegar sus efectos en ese ámbito, de índole contractual, sino de naturaleza civil, administrativa o penal, consistiendo básicamente en una sanción punitiva de finalidad meramente disuasoria. Para el empleado, este modelo *tecnocrático* supondrá ante todo la asunción de un genérico deber de cooperación con el empresario que tendrá por objeto facilitar a éste el cumplimiento de sus obligaciones preventivas. Al trabajador se le exigirá así una actitud reactiva que tendrá como contrapartida lógica el reconocimiento de su derecho a autoprotección, pudiendo llegar a *desobedecer* las órdenes empresariales cuando éstas entrañen un manifiesto peligro para su integridad psicofísica (*Ibidem*, p. 364).

De un planteamiento similar a éste, parte el ordenamiento español. En efecto, tanto la normativa extrapenal de prevención,<sup>6</sup> como el Código Penal (arts. 316 y 317), entienden que la siniestralidad laboral no es tanto un resultado accidental, en el sentido de casual o contingente, como una consecuencia de factores causales, y desarrollan coherentemente esta idea programática. Al margen de que, en la práctica del trabajo asalariado y más en el contexto actual de la sociedad de riesgo, es ineludible la aparición de ciertos resultados dañosos, otros son previsibles y por ende, evitables. Esas normas básicas, comparten el principio, receptado en la Constitución Española y en los Tratados Internacionales, de que la vida y la salud de los trabajadores han de ser objeto de protección especial, como especiales son los riesgos que genera la prestación laboral.<sup>7</sup> “En este esquema, el siniestro no se manifiesta como *factum* frente al que no cabe más que la resignación, sino como evitable producto de comportamientos infraccionales y en la medida en que es evitable, el sistema jurídico penal pretende, mediante el recurso a la pena, si no eliminarlo en términos absolutos, sí reducir su frecuencia y dañosidad.”<sup>8</sup> La exigencia de responsabilidades penales se integra así en la estrategia preventiva diseñada por el sistema administrativo-laboral, y el círculo de sanciones allí previstos, queda cerrado por las penas establecidas en los arts. 316 y 317 del CP español.<sup>9</sup>

Del panorama descrito, se desprende que el ordenamiento español ha logrado evolucionar en la idea de la prevención de los riesgos laborales como un objetivo posible -y necesario-, a través de la intervención de las diferentes ramas del Derecho -administrativo, laboral y penal-, respecto de la que impera actualmente en Argentina.

Si bien el problema de la siniestralidad laboral en Argentina requiere una profunda modificación cultural, social, económica y jurídica, comenzando por la Ley de Riesgos Laborales y el sistema administrativo de inspección laboral y sanciones, esta meta “global” no es incompatible con la *urgente necesidad de la intervención penal*, mediante la creación de un delito de peligro.

---

<sup>6</sup> Esencialmente la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) y la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS).

<sup>7</sup> TERERADILLOS BASOCO, J., Prólogo del libro de GALLARDO GARCÍA, R., *Protección Jurídica de la vida y salud de los trabajadores*, Granada, 2016, donde agrega que: “La protección eficaz pasa por la identificación de las fuentes de riesgo, por su neutralización o control, por la implementación de protocolos que minimicen los daños ya producidos; por la disponibilidad de medios de prevención; por la identificación en sus distintos niveles de los sujetos deudores de seguridad; por el compromiso con la prevención de empresarios, trabajadores y Administraciones públicas, etc.”

<sup>8</sup> TERERADILLOS BASOCO, *Ibidem*.

<sup>9</sup> TERERADILLOS BASOCO, *Ibidem*.



A partir de ello, considero que analizar la experiencia española en materia de protección jurídico-penal de la vida y salud de los trabajadores, que ya alcanzó más de veinte años, puede ofrecer información útil para diseñar una estrategia jurídico-penal tuitiva en el mismo sentido, teniendo en cuenta que ambos países presentan sistemas jurídicos similares y comparten una tradición dogmático-penal común.

Sin embargo, como acertadamente ha señalado TERRADILLOS BASOCO, “no es aconsejable que el legislador penal ni el intérprete, incorpore acríticamente soluciones foráneas, hayan resultado exitosas o no en su lugar de origen, porque la mimesis hace tabla rasa de las diferencias de todo orden que separan a un Estado de otro”.<sup>10</sup> En este sentido, especial cuidado se debe poner en valorar el grado de permeabilidad que la realidad nacional (argentina) -normativa y social- ofrece a las innovaciones ya probadas en otros entornos.<sup>11</sup>

### **I.1 Objetivo de la investigación**

A la luz de los parámetros antes expuestos, el objetivo de esta investigación se enmarca en el diseño de un tipo penal que abarque *el peligro grave generado para la vida y salud de los trabajadores en relación de dependencia, por el incumplimiento doloso de las normas administrativas de prevención laboral, en el marco de la empresa*.<sup>12</sup> Ese tipo penal propuesto será la síntesis de un estudio previo que capitalice los aciertos -y las consecuencias de los errores- del legislador español en la redacción del art. 316 C.P., pero teniendo en cuenta las características propias del fenómeno de la siniestralidad en Argentina -y de su sistema de prevención extrapenal vigente-.

Hacia esa dirección, en el estudio previo a la elaboración del precepto postulado, se analizará la experiencia española desde un punto de vista integral, profundizando en las notas que caracterizan al fenómeno de los riesgos laborales, y que configurarán los ejes temáticos de cada uno de los capítulos que integran esta tesis:

Este primer capítulo, consistirá en una introducción a la problemática de los riesgos del trabajo, en general y en concreto respecto de Argentina, con la fisonomía propia que le confiere el particular contexto social, económico y cultural de este país. Además, se hará una sucinta exposición de los tipos penales de peligro introducidos en los

---

<sup>10</sup> Protección jurídico-penal de la vida y salud de los trabajadores. Ley uruguaya N° 19.196 y experiencia española, *Revista de Derecho Penal* N° 22, 12/2014, p. 62.

<sup>11</sup> TERRADILLOS BASOCO, *Ibidem*.

<sup>12</sup> Ello descarta el estudio del art. 317, en tanto configura la versión imprudente del delito de peligro tipificado en el art. 316, ambos del C.P. español.

ordenamientos jurídicos de algunos Estados latinoamericanos, como correlato de un incipiente movimiento legislativo regional, tendente a proteger al trabajador en relación de dependencia, frente a los incumplimientos del empleador de las medidas de seguridad.

En el capítulo II, se intentará demostrar la necesidad y legitimidad de la intervención penal como herramienta de prevención frente a los riesgos laborales en Argentina, teniendo en cuenta la ineficacia del sistema de prevención administrativo-laboral, la coherencia del tipo penal aquí postulado, con la Constitución Nacional (arts. 14 bis, 14 y 19) y la imposibilidad de prevenir adecuadamente las lesiones y muertes de los trabajadores, mediante la aplicación los tipos penales vigentes en el C.P. argentino y sus leyes accesorias (principalmente, delitos imprudentes de homicidio y lesiones).

En el capítulo III, se hará un análisis del bien jurídico protegido en el art. 316, resumiendo las diferentes posturas de la doctrina española y tomando posición por la vida y salud de los trabajadores. Este análisis es fundamental, en tanto se parte aquí de la concepción del bien jurídico protegido, como núcleo de la justificación de la prohibición de la conducta.

En el capítulo IV, se efectuará un estudio sobre la clase de peligro que desvalora el art. 316. Si bien la doctrina y jurisprudencia españolas casi unánimes consideran que se trata de peligro concreto, sobre la base de los elementos que allí se exponen, se intentará brindar una interpretación diferente, como de peligro abstracto-concreto.

En el capítulo V, se realizará un análisis sobre la empresa, en tanto estructura compleja que requiere especiales criterios de imputación, con relación a la responsabilidad penal por las lesiones y muertes de los trabajadores (delitos de homicidio y lesiones imprudentes). Este estudio, aunque pueda parecer *a priori* ajeno al objetivo de esta investigación (propuesta de un delito de peligro), nos brindará la posibilidad de extraer importantes conclusiones para la elaboración de los parámetros a los que debe responder el diseño de un tipo penal de peligro, que sea eficaz para prevenir esos resultados lesivos.

En el capítulo VI, se profundizará en un análisis crítico y pormenorizado de cada uno de los elementos típicos que integran el art. 316, para determinar si, teniendo en cuenta las conclusiones a la que se arribará en el capítulo V, la fórmula del precepto citado, responde a dichas pautas.

Finalmente, en el capítulo VII se analizarán brevemente los tipos penales de peligro de los países latinoamericanos, mencionados en el capítulo I y se ofrecerá la redacción de

un tipo penal para el ordenamiento argentino, como corolario de lo reflexionado a lo largo de toda la investigación.

Sólo resta poner de resalto -y advertir al lector-, que conforme se desprende de la breve síntesis anterior, no se trata aquí de una investigación *sobre el art. 316 del CP español*. Ello descarta un estudio exhaustivo -doctrinal y jurisprudencial- respecto del “delito contra la seguridad de los trabajadores”, que normalmente contienen las tesis doctorales con ese objeto de estudio; se trata más bien de un análisis comparativo entre ese precepto y el que creo sería conveniente introducir en el ordenamiento jurídico penal argentino. En ese sentido, no se abordarán aquí todos los aspectos sobre el tipo penal español, sino sólo aquellos que he considerado relevantes, teniendo en cuenta la consigna propuesta, las características propias del fenómeno de siniestralidad laboral en Argentina y su ordenamiento jurídico.

## **II. El delito contra la seguridad de los trabajadores en el C.P. español**

El Código penal español vigente, aprobado por Ley Orgánica n° 10/1995, de 23 de noviembre, dedica el Título XV del Libro II al desarrollo “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, incluyendo entre sus arts. 311 a 318, una amplia descripción de conductas típicas. En ese contexto se enmarca el delito contra la seguridad de los trabajadores.

Art. 316 “Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”.<sup>13</sup>

El antecedente inmediato del art. 316, fue el art. 348 bis a) introducido en 1983 - Reforma Urgente y Parcial del Código Penal- dentro del capítulo dedicado a los “Delitos de riesgo en general”, en una nueva sección, la 3°, llamada “Delitos contra la seguridad en el trabajo”, incriminados en ese único artículo.

Art. 348 bis a “Los que estando legalmente obligados no exijan o faciliten los medios o procuren las condiciones para que los trabajadores desempeñen una actividad con las medidas de seguridad e higiene exigibles, con infracción grave de las normas reglamentarias y poniendo en peligro su vida o integridad física, serán castigados con la pena de arresto mayor o multa de 100.000 a 500.000 pesetas”

---

<sup>13</sup> Por su parte, la versión imprudente del delito establece que: art. 317 “Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado.”

Con la reforma de 1995, el legislador se ha hecho eco de las críticas doctrinales y ha refundido en un mismo título autónomo las diversas conductas atentatorias contra los derechos de los trabajadores, que de forma dispersa se distribuían a lo largo del código anterior, refiriéndolos a un objeto de protección unificado: los derechos de los trabajadores. Con esa iniciativa legislativa se hace efectiva en España la existencia de un auténtico Derecho penal del trabajo, que hasta ese momento podía concebirse sólo de modo fragmentario e incompleto. Asimismo, con la nueva rúbrica “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, se reconoce la existencia de una determinada clase social: los trabajadores por cuenta ajena, que intervienen en el mercado de trabajo en condiciones de inferioridad respecto de los empresarios.<sup>14</sup>

La doctrina ha señalado dos grandes aciertos de este tipo penal (art. 316), con relación a su antecedente: el aumento de la penalidad, ya que el precepto anterior suponía penas irrisorias y una mejor redacción.<sup>15</sup>

### **III. Introducción a la problemática de los riesgos laborales**

Es incuestionable la dialéctica entre Derecho y realidad. Y en ese sentido, el Derecho penal no es una disciplina estática, sino un fenómeno histórico-cultural sujeto al devenir y a las transformaciones debidas a factores externos de carácter social, político y cultural<sup>16</sup>. La modificación de la realidad incide en la alteración del cuerpo normativo que la tutela, bajo pena de producir la ineptitud de las previsiones de las acciones por el Derecho, teniendo en cuenta que es ésta su principal finalidad.<sup>17</sup>

En el marco de esas transformaciones, surgen nuevos ámbitos necesitados de la intervención penal, ya que se generan nuevas realidades o nuevas valoraciones de realidades preexistentes que ameritan una protección penal. Ciertamente uno de esos ámbitos es el referido a la seguridad en el trabajo.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> De VICENTE MARTÍNEZ, R., *Seguridad en el trabajo y Derecho Penal*, Barcelona, 2001, pp. 67/68.

<sup>15</sup> De VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad...*, pp.68/69.

<sup>16</sup> Las leyes penales incorporan, en negativo, los criterios valorativos esenciales en torno a los que se constituye un consenso político y social. En la medida en que esos criterios evolucionan, también lo hacen los instrumentos de protección jurídica del conjunto de principios, valores, derechos y bienes jurídicos que configuran el umbral sentido colectivamente como el mínimo irrenunciable (TERRADILLOS BASOCO, *Cuestiones actuales de Derecho penal económico y la empresa*, Lima, 2001, p. 61.).

<sup>17</sup> SALVADOR NETTO, A., Reflexiones sobre la dogmática penal, la imputación objetiva y la sociedad de riesgo, *Revista de Derecho Penal- Delitos de peligro- III-2*, 2008-2, pp.687 y ss. El Derecho Penal se limita a recoger los bienes jurídicos que el desarrollo social va determinando y la realidad social es la que en última instancia determina tanto los bienes a proteger, como la jerarquía entre ellos (*Ibidem*).

<sup>18</sup> ARESE, C., Derecho penal del trabajo y la seguridad social, *Revista 14 bis*, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo, Córdoba, 2005, pp. 2 y ss. Cualquier manual de historia registra el camino

No hay duda de que el trabajo constituye una actividad peligrosa, en la medida que el proceso de producción y transformación de bienes y servicios exige la interacción del trabajador en un entorno que puede resultar riesgoso para la salud e incluso la vida. Es cierto que lo mismo puede decirse de otros comportamientos humanos, pero en este caso tiene perfiles especiales que aconsejan una observación y un tratamiento individualizado. En primer lugar, la sofisticación de la actividad laboral, en aumento permanente, provoca la inmersión del trabajador en un universo de relaciones -con sustancias, máquinas, fuentes de energía, etc.- completamente diferente a su hábitat natural en que se manifiestan los peligros comunes. Esos mismos elementos, dan lugar a notables alteraciones de las condiciones físicas en que se desenvuelve la actividad humana; artificialmente, se generan temperaturas, radiaciones, vibraciones, impactos acústicos, etc., que pueden encontrarse fuera de los límites aconsejables o admisibles para el ser humano. Por otro lado, la posición desde la que el trabajador interactúa con el riesgo también es peculiar ya que se encuentra inmerso en una relación de dependencia, ya que está sujeto a las instrucciones empresariales, fruto natural del poder de dirección del empleador.<sup>19</sup>

La siniestralidad laboral es un problema mundial que afecta no sólo a los países industrializados, sino también a los que se encuentran en vías de desarrollo y a los subdesarrollados. En efecto, la existencia de relaciones laborales y consigo el desempeño de actividades productivas generadoras de riesgos, es una característica ineludible al progreso económico de las sociedades. Fenómenos como la globalización, tecnificación, informatización, *outsourcing*, la reestructuración organizacional y el *downsizing*, han posibilitado un cambio en las reglas del mercado y, por tanto, la incorporación de nuevas formas de producción y riesgos que suelen afectar los bienes jurídicos esenciales de los trabajadores.<sup>20</sup>

La necesidad de la intervención del Derecho penal en el ámbito de los accidentes de trabajo parte de la constatación de una realidad fáctica. Esta realidad se refiere en primer lugar a la *desigualdad* de las partes que intervienen en la relación laboral<sup>21</sup> y en

---

ascendente del reconocimiento de los derechos sociales hasta su constitucionalización y universalización actual. Ese reconocimiento debe completarse con la incorporación de la protección penal. (*Ibidem*)

<sup>19</sup> SEMPERE NAVARRO/GARCÍA BLASCO/GONZÁLEZ LABRADA/CARDENAL CARRO, *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, Madrid, 2001, p.19.

<sup>20</sup> RAMÍREZ BARBOSA, P., *El delito contra la seguridad y la salud en el trabajo*, Madrid, 2007, p. 34.

<sup>21</sup> Se habla de una “desigualdad negocial inicial y un estado de hiposuficiencia económica en que se encuentra la parte más débil de la relación subordinada” (LESCANO CAMERIERE/TULA, *Derecho penal del trabajo: lineamientos básicos para su comprensión*, *Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del departamento judicial de San Isidro*, n° 19, San Isidro, 2006, pp. 11 y ss.).

segundo término, al elevado número de accidentes que ocurren en su seno, *como consecuencia del incumplimiento de las normas que regulan las condiciones de seguridad*, en las que debe desarrollarse la prestación laboral.<sup>22</sup>

Podría alegarse que esta pretensión de poner coto a un fenómeno como el de la siniestralidad laboral, con raíces estructurales, sería incurrir en una inútil “huida al Derecho penal”. Sin embargo, cabe responder que no se trata de pretender la transformación de la ley penal en herramienta emancipadora o superadora de desigualdades sociales históricas, porque la pena, sería un instrumento demasiado limitado para afrontar tan ambiciosos objetivos. Más modestamente, lo que se postula es una mayor atención del legislador a los bienes jurídicos más gravemente puestos en peligro en el marco de la relación laboral.<sup>23</sup>

Es verdad que la reflexión fundamental para solucionar el problema de la siniestralidad laboral no es técnico-jurídica, sino política, económica y social. Como señala LASCURAÍN SÁNCHEZ, el que haya menos accidentes de trabajo debido a un mayor respeto por la norma de seguridad en materia laboral, va a depender principalmente de factores tales como que el empleo sea más estable, que existan sindicatos fuertes, que se refuercen los sistemas de controles en los centros de trabajo, de que se regule el derecho de los trabajadores de paralización en caso de riesgo grave e inminente, etc.<sup>24</sup> Pero también, la existencia de un mayor o menor riesgo laboral en el proceso de producción, depende fundamentalmente de una decisión social acerca de qué procesos productivos se permiten y acerca de dónde se fija la frontera del riesgo permitido en los procesos productivos que se admiten. Pero una vez fijada esa frontera, deben establecerse los mecanismos adecuados para hacerla respetar y es aquí donde el Derecho penal puede jugar un papel importante.<sup>25</sup>

Además, la siniestralidad no es sólo fruto de las condiciones -peligrosas- de trabajo, sino de comportamientos personales que se despliegan en el marco de esas condiciones. El perfil jurídico del trabajador sometido a un riesgo alto, afecta sobre todo a quienes, como los jóvenes, los inmigrantes o los temporales, tienen una menor capacidad de negociación, “por eso, no se puede incurrir en la ingenuidad de que sólo a través de políticas laborales dirigidas a una mejor conformación del mercado de trabajo quepa

---

<sup>22</sup> Argentina no está exenta de la siniestralidad laboral, basta consultar el índice anual de accidentes laborales publicado por la Superintendencia de los Riesgos de Trabajo, para constatar esta realidad.

<sup>23</sup> TERRADILLOS BASOCO, *Estudios sobre Derecho penal de la empresa*, Bs As, 2006, pp.79 y ss.

<sup>24</sup> La imputación penal del accidente de trabajo, en Tutela penal de la seguridad en el trabajo, *Cuadernos penales José María Lidón*, Núm. 3, Bilbao, 2006, pp. 41 y ss.

<sup>25</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Ibidem*.

esperar soluciones. Por el contrario, cabe entender que sólo si van acompañadas de políticas penales, intransigentes con las prácticas más perversas instaladas en el mercado de trabajo, pueden dar frutos. Así planteadas las cosas, la necesidad de acudir a los instrumentos que brinda el Derecho penal, no debería ser objeto de discusión.”<sup>26</sup>

El análisis de la legitimidad de la intervención penal en este ámbito, debe partir de la consideración del bien jurídico a proteger. Pocas dudas puede generar la necesidad de proteger la vida y la salud de las personas. Pero sí podría cuestionarse que la protección se efectivice a través de un delito de peligro en el marco de los riesgos laborales, aun cuando haya consenso en que la seguridad en el trabajo configura un aspecto esencial de las relaciones laborales. Sin embargo, creo que la configuración de ese tipo penal representa la concreción del mandato protectorio del trabajador establecido en la Constitución Nacional argentina e implica la valoración y reconocimiento de las condiciones esenciales en las que el orden jurídico ha decidido que debe desarrollarse la prestación laboral.<sup>27</sup>

En este sentido, no se requiere mucha reflexión para concluir que el trabajo constituye un factor importantísimo para el desarrollo de la persona y el bienestar de la comunidad. Además de ser el medio más primario con el que el ser humano cuenta para subsistir, el trabajo compromete íntegramente a quien lo realiza, por lo que se relaciona estrechamente con su dignidad humana. Por otro lado, constituye la vía más usual de establecimiento de las relaciones humanas y de participación en la vida pública, lo que contribuye finalmente a la integración social de la persona.<sup>28</sup>

Sentado lo expuesto, la respuesta del legislador a la realidad aquí descrita debe partir de dos decisiones valorativas:

---

<sup>26</sup> TERRADILLOS BASOCO, *Estudios sobre Derecho penal...*, pp.79 y ss.; el mismo autor, Respuesta penal frente a la siniestralidad laboral, en Tutela penal de la seguridad en el trabajo, *Cuadernos penales José María Lidón*, Núm. 3, Bilbao, 2006, pp. 15 y ss.).

<sup>27</sup> TERRADILLOS BASOCO, *Estudios sobre Derecho penal...*, pp.79 y ss. La primera condición de admisibilidad del Derecho penal del trabajo es que respete escrupulosamente los límites fijados por el principio del bien jurídico. Estos bienes jurídicos puestos en juego distan mucho de ser creaciones artificiales del legislador: vida, salud, integridad física no son bienes jurídicos que puedan pasar a un segundo plano sólo por el hecho de que su titular, no sea el abstracto ciudadano, sino el concreto trabajador. Se pretende tutelar la vida y salud de los trabajadores, es decir bienes tan tangibles y de esa entidad. Entonces 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 y con tradición en el Derecho penal interno, dentro del que no pueden perder importancia por el hecho de que su titular, sea contemplado en su específica faceta de trabajador (*Ibidem*).

<sup>28</sup> GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico-Parte Especial*, Lima, 2016, volumen 3, p. 1308.

En primer lugar tomar en consideración la desigualdad de las partes en la relación laboral al momento de establecer las obligaciones de ambas, implicando a la más fuerte en la protección de la más débil y, en segundo término, reconocer que bienes jurídicos esenciales como la vida y salud, deben protegerse penalmente de modo intensificado y específico en el ámbito de las actividades laborales.<sup>29</sup>

#### **IV. Siniestralidad laboral en Argentina**

##### **IV.1 Introducción**

Según el informe anual de accidentabilidad laboral de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT), durante el año 2014<sup>30</sup>, se registraron 427 trabajadores fallecidos, con un total de 467.789 casos de accidentes laborales y enfermedades profesionales. Aunque, según se señala en el informe, la siniestralidad laboral ha descendido respecto de 2013 (2,1%), sigue siendo alta.<sup>31</sup>

Los datos estadísticos ponen de manifiesto la relevancia social que ha alcanzado en la actualidad esta compleja problemática y de lo necesaria que resulta la intervención del Estado en la contención de los numerosos riesgos que amenazan los bienes jurídicos esenciales de los trabajadores, en el desarrollo su prestación laboral a favor del empresario.

Si bien el informe oficial expuesto demuestra *per se* un alto nivel de siniestralidad laboral, es necesario, además, hacerle tres observaciones que ponen de manifiesto que el índice *real* de accidentes y enfermedades profesionales, es aún mayor.

En primer lugar, los datos sobre infortunios laborales que da a conocer la SRT provienen del *sector asegurado*, es decir sólo abarcan a los trabajadores registrados (a los que se les denomina “trabajadores cubiertos”, por contraposición a los no cubiertos, cuya suerte no integra las estadísticas). Esto quiere decir que *oficialmente* no se ofrecen datos del sector no estructurado de la economía. Se calcula que los trabajadores no registrados (“en negro”) son algo más del 33% de la fuerza laboral. Si tenemos en cuenta que en el sector informal, la siniestralidad es mayor que en el sector formalizado,

---

<sup>29</sup>CORCOY BIDASOLO/CARDENAL MONTRAVETA/HORTAL IBARRA, Protección penal de los accidentes laborales [A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 2.º) 2 de septiembre de 2003], *Revista Poder Judicial*, N° 71, 2003, pp. 41 y ss. En este sentido, “El derecho del trabajo es precisamente una técnica de limitación del más fuerte o de control de la fuerza o del salvajismo en las relaciones privadas. Empero ¿no debe pensarse el derecho penal como una técnica que garantice el derecho del más débil? ¿no hace falta un nuevo garantismo penal dirigido ahora a asegurar los derechos de los más débiles sociales, los trabajadores?” (ARESE, *Revista 14 bis, Cba.*, 2005, pp. 2 y ss.).

<sup>30</sup>No se ha brindado todavía el informe correspondiente a 2015.

<sup>31</sup>Ver informe publicado en [www.srt.gob.ar](http://www.srt.gob.ar).



para tener una idea aproximada de la realidad, las estadísticas oficiales deben duplicarse.

Asimismo, en el sector formal, es decir, del trabajo registrado, existen varias fuentes de subregistro, tanto respecto de los accidentes, como de las enfermedades laborales. En este sentido, se ha destacado que son “absolutamente falsos y subregistrados los datos concernientes a las enfermedades profesionales”.<sup>32</sup> En Argentina el sistema oficial de registro de enfermedades profesionales infravalora en gran medida el verdadero impacto de las enfermedades relacionadas con el trabajo. Hay un subdiagnóstico para evitar instancias indemnizadoras.<sup>33</sup>

En tercer lugar, y dado que las Aseguradoras de Riesgo del Trabajo (ART) son compañías de seguros, es sabido que aumentan la alícuota a los empleadores que superan la siniestralidad que ellos por su cuenta definen como “normal”. Esta modalidad es una invitación para que el empleador no denuncie todos los accidentes laborales que se producen en su establecimiento.<sup>34</sup>

Con estas tres observaciones puede concluirse que las estadísticas oficiales, no son fiables.<sup>35</sup>

En este escenario, y ante la afirmación de la SRT acerca de que está descendiendo la siniestralidad laboral, cabe preguntarse si es eso lo que desciende o más bien la *denunciabilidad de los siniestros*, es decir, la decisión de las empresas de no informar

---

<sup>32</sup> Entrevista Carlos Aníbal RODRÍGUEZ (Anexo 1).

<sup>33</sup> SCHICK, H., *Riesgos del trabajo*, Buenos Aires, 2010, .108. Antes de la sanción de la LRT, se distinguía a las llamadas “enfermedades profesionales” como aquellas que se desarrollan en forma directa y exclusiva por el tipo de tareas o por las sustancias que se manipulan. Se consideraban como originadas en el trabajo, aquellas enfermedades comunes, en cuyo desarrollo interviene el trabajo como causa determinante, como puede ser una pulmonía adquirida en el trabajo en una cámara frigorífica o el infarto a consecuencia del trabajo en situaciones estresantes. A estas últimas, la jurisprudencia las denominó “enfermedades accidentes”. La LRT marcó un retroceso en lo relacionado a la consideración de enfermedades profesionales. En su art 6, establece, aplicando un criterio hermético, rígido y autosuficiente, que sólo son enfermedades de trabajo, aquellas que se encuentran incluidas en el listado que elabora y revisa el Poder Ejecutivo Nacional, anualmente conforme al procedimiento del art. 40, apartado 3. Claramente la LRT dejó afuera del ámbito de reparación a las llamadas “enfermedades accidente” (*Ibidem*, pp.114/15). Se ha destacado que desde que se puso en marcha en 1995 el actual sistema de riesgos de trabajo en Argentina, casi no se han diagnosticado casos de cáncer profesional, pese a que varios de ellos han sido previstos en el listado de enfermedades profesionales. El éxito del sistema de prevención argentino se sintetiza en la máxima “menos enfermedades, menos pagos”. En este marco, el sistema centró su labor en omitir la implementación de acciones de detección eficaces en las empresas, emergiendo como contrapartida la existencia de enfermedades profesionales sin la debida contención. Si el sistema implementara una correcta política de detección y prevención, sobrevendría el fracaso económico. Es por eso que se persiste en ocultar la realidad, ya que detectar y atender a un enfermo de cáncer no es rentable. En otros términos, en prevención/compensación sólo se avanza en lo que es económicamente rentable (Salud laboral y medio ambiente en Argentina (páginas sin numerar), disponible en [www.trabajoyambiente.com.ar](http://www.trabajoyambiente.com.ar)).

<sup>34</sup> Entrevista a Carlos Aníbal RODRÍGUEZ (Anexo 1).

<sup>35</sup> *Ibidem*.

los accidentes y enfermedades -omitir la denuncia- y resolver el caso de forma “casera”, mediante médicos o centros médicos contratados por fuera del sistema. Estaríamos así frente a una “siniestralidad laboral negra” que opera fuera de los controles oficiales.<sup>36</sup> Estas prácticas se ven incrementadas por el hecho de que las empresas que presentan una siniestralidad superior a la media de su actividad económica son “marcadas” y estigmatizadas, por eso es que las empresas quieren aparecer con baja siniestralidad y para tales fines este sistema de omisión de denuncia, funciona convenientemente. El costo extra que demanda la cobertura de atención de los siniestros “disimulados”, se compensa con un menor costo de la cobertura de la ART y una menor exposición ante el organismo de control (SRT).<sup>37</sup>

Este mecanismo que genera la “cifra negra” en la producción de accidentes y enfermedades laborales, aprovechado por los empresarios, es posible gracias a las deficiencias del sistema de control implementado por la LRT, que requiere una reestructuración global, ya que incrementa la situación de desprotección de los empleados.

#### **IV.2 Contexto socio-cultural y económico en Argentina**

Gran parte de los accidentes y enfermedades laborales producidos en Argentina son consecuencia del *incumplimiento generalizado* de las normas de orden público respecto de la higiene y seguridad en el trabajo; o más bien, de un “pertinaz incumplimiento”, en términos de LÓPEZ PALOMERO.<sup>38</sup>

El autor citado explica esta situación, señalando la influencia de dos factores -que no resultan del todo independientes- y que refieren tanto a la *idiosincrasia del empleador argentino*, como a las *características propias del sistema normativo nacional*.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> GARCÍA VILLAVERDE, “La fistula siniestral”, 7/12/2015, [www.buenafuente.com](http://www.buenafuente.com).

“En internet puede verse como se ofrecen servicios para resolver casos de siniestros laborales aconsejando no denunciarlos a la SRT” (ibídem).

<sup>37</sup> GARCÍA VILLAVERDE, [www.buenafuente.com](http://www.buenafuente.com). Todo esto señala el fracaso de los que hasta ahora han conducido el sistema y lo han transformado en un sistema originalmente enfocado a los riesgos, hacia la prevención, en un sistema de administración de siniestros, con el consiguiente negocio para los “reparadores” médicos y la desgracia de los trabajadores que sufren los infortunios. Según el Informe de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social de marzo 2012, “Recopilación de los principales indicadores de siniestralidad laboral y enfermedad ocupacional utilizados en Iberoamérica” ([www.oiss.org](http://www.oiss.org)), en todos los países de la Región, los datos oficiales de accidentes laborales se refieren exclusivamente a la población trabajadora formal, es decir afiliada a los sistemas de protección nacionales, no considerando por tanto la siniestralidad de la economía informal. Según datos aportados por CEPAL, la tasa de economía informal no ha descendido del 51% desde 2008, situación que debe tenerse en cuenta a la hora de analizar los datos estadísticos existentes (*Ibídem*).

<sup>38</sup> LÓPEZ PALOMERO, E., *Derecho penal del trabajo*, Bs. As., 2011, pp. 27, 110 y 117/118.

<sup>39</sup> LÓPEZ PALOMERO, *Derecho penal...*, p.27.

Creo que a estos dos factores, corresponde agregar un tercero, que se relaciona con el *contexto socio económico argentino actual* y que tampoco puede considerarse independiente de los dos anteriores.

#### **IV.2. a Factor normativo**

Este primer factor, está configurado por la vaguedad y dispersión con que se ha legislado en materia de seguridad e higiene, lo que trae como consecuencia un relajamiento en el cumplimiento de la norma, causante del alto índice de accidentes y enfermedades del trabajo. En este sentido, se ha señalado que existe en Argentina un “deliberado caos jurídico”, mediante el cual se han beneficiado las empresas privadas de salud y los empleadores.<sup>40</sup>

BISCEGLIA ha destacado que hay un “colorido contraste” entre las normas de prevención laboral y la ley del “animal trabajador” (ley n° 14.346, de 1954). En esta última norma, a diferencia de la normativa de prevención laboral, los incumplimientos patronales se describen de modo claro, sin ambigüedades ni alambicadas remisiones. Ante esta situación, la autora se pregunta “por qué motivo el legislador no es igual de claro y contundente para definir y penalizar la violación de las normas de seguridad e higiene laborales humanas? Acaso es menos repugnante?...las leyes administrativas recurren al vacío conceptual para tipificar las infracciones a la salud e higiene, adicionándoles solamente multas a la puesta en peligro concreto de la vida del trabajador.”<sup>41</sup>

En ese contexto normativo caótico, posee especial incidencia el sistema establecido por la Ley de Riesgos del Trabajo (LRT)<sup>42</sup>, que lejos de estimular al empleador al cumplimiento de sus deberes de cuidado, ha eliminado prácticamente su responsabilidad, vedando al mismo tiempo, al trabajador el acceso a la justicia.<sup>43</sup> La norma citada “ha venido a brindar a los empleadores una sensación de impunidad, sensación corroborada como acertada, pues el pago de las primas lo libera de toda responsabilidad económica, y no existe en la práctica otro tipo de sanciones, salvo las hipotéticas multas de \$ 30.000 del art 5° de la LRT”.<sup>44</sup>

---

<sup>40</sup> BISCEGLIA, V., *La protección penal de la seguridad e higiene del trabajo*, Tesis de posgrado en Derecho penal y criminología, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2006, p.33.

<sup>41</sup> *Ibidem*, pp. 33/34.

<sup>42</sup> La LRT obliga a los empleadores a contratar un seguro de siniestralidad laboral con agencias privadas especialmente habilitadas a tales efectos, las aseguradoras de Riesgos del Trabajo (ART), que tienen como ente de control a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT), entidad autárquica en jurisdicción del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación. Se abordará este tema en el capítulo II, profundizando en el análisis crítico del sistema de prevención administrativo-laboral argentino.

<sup>43</sup> BISCEGLIA, *La protección penal...*, p.61.

<sup>44</sup> LÓPEZ PALOMERO, *Derecho penal...*, pp. 117/18

## IV.2. b Factor cultural

Respecto de la segunda causa, esto es la “idiosincrasia del empresario argentino”, LÓPEZ PALOMERO, trae a colación el razonamiento de NINO, quien alude a la “tendencia recurrente de la sociedad argentina y en especial de los factores de poder - incluidos los sucesivos gobiernos- a la anomia en general y a la ilegalidad en particular”, o sea a la inobservancia de normas jurídicas, morales y sociales, agregando que es “realmente sorprendente que, no obstante la visibilidad de la tendencia argentina hacia la ilegalidad y la estrecha vinculación entre anomia e ineficiencia y entre ésta y el subdesarrollo, ella no ha sido señalada hasta ahora por politólogos, historiadores y economistas para dar cuenta del subdesarrollo argentino.”<sup>45</sup>

En efecto, puede decirse que una característica socio-cultural argentina es la actitud desafiante, de cuestionamiento ante las normas, lo que se traduce en su transgresión.<sup>46</sup>

Señala NINO que la tendencia de la sociedad argentina a la ilegalidad y la anomia resulta fácil de percibir. Si se observa la que tal vez sea la principal obligación cívica, que es la de pagar impuestos, se advertirá que la evasión tributaria en Argentina es una de las más elevadas del mundo. En este sentido, el autor citado expresa que “la disposición a la ilegalidad aparece como bastante significativa, aun en los límites de una encuesta que no garantiza la sinceridad de las respuestas: Como dije, más de un 40% de los encuestados respondió que dejaría de pagar impuestos si no hubiera sanciones. El 25% sostuvo que no pagar impuestos está justificado porque los funcionarios se los roban. El 14 % de los encuestados declaró que no pagar impuestos está justificado puesto que los servicios públicos son malos. Y el 21 % respondió que no pagar impuestos está justificado porque los impuestos son muy altos. Sólo el 40% respondió que no pagar impuestos no está justificado, lo que da un índice de legitimidad bajísimo para el sistema impositivo!”<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> LÓPEZ PALOMERO, *Derecho penal...*, p. 27, con cita de CARLOS NINO. Ver también NINO, *Un país al margen de la ley*, Bs. As.1992, pp. 24 y 25.

<sup>46</sup> “Argentina tiene el record mundial de muertes en accidentes de tránsito. Se pierden 10.000 vidas por año y la mitad de ellas podrían salvarse si simplemente los argentinos cumplieran las normas de tránsito vigentes. Cuando los argentinos viajan a Chile o Uruguay respetan las normas de tránsito como no lo hacen en su país. En este caso no se puede argumentar que se trata de países con fuertes diferencias socio económicas o historias muy distintas, advierte Rosendo Fraga, director del Centro de Estudios Nueva Mayoría. “Argentina tiene un problema particular con el cumplimiento de las normas que no puede explicarse simplemente a través de la tesis de que se trata de un país latinoamericano con un nivel de desarrollo intermedio”, agrega Fraga. Un estudio sobre la situación del Estado de Derecho en Argentina, realizado a pedido del Colegio de Abogados de la Ciudad Autónoma de Bs. As., señala que el 60% de la población considera que el respeto a la ley no es un valor en la sociedad argentina, aunque el 90 % cree que el país funciona mal porque las leyes no se cumplen. El problema de la desobediencia al Derecho, independientemente de su envergadura, es que tiene un efecto multiplicador, pues siempre es invocada por los demás como una manera de justificar su propia desobediencia, dice Carlos Rosenkrantz, profesor de la Universidad de Buenos Aires. Para él, en sociedades plurales como la argentina, donde la gente en general está en desacuerdo acerca de cuáles son los valores correctos o sobre el mejor modo de interpretarlos, el Derecho es la única herramienta con la contamos para organizar nuestra vida en común, por eso la desobediencia no debe ser vista como una manera de desafío a las autoridades, sino que debe ser concebida como un atentado contra nuestra posibilidad de constituirnos como comunidad” (“Argentinos sin ley”, Laura Zommer, *La nación*, 2/4/2006, pp. 5/6).

<sup>47</sup> NINO, *Un país...* pp. 25 y 132

Un rasgo particular dentro de esta tendencia a no respetar las leyes, es el menosprecio -y por ende, el incumplimiento- de los protocolos y normas *de prevención de riesgos* (en general). En este orden de ideas, puede hablarse de una “incultura de la prevención” imperante en la sociedad argentina. Es fácil advertir cómo los argentinos están acostumbrados a convivir con el riesgo generado por la falta de medidas precautorias, subestimando la posibilidad de que se produzca un accidente; es muy común en esas situaciones escuchar la frase, “no va a pasar nada”.<sup>48</sup> Una muestra emblemática de esta particular propensión de la sociedad argentina, está representada por la “tragedia de Cromañón”<sup>49</sup>, en tanto reveló incumplimientos y transgresiones de medidas de seguridad, tanto del Estado como de los empresarios organizadores del evento artístico, y de los ciudadanos que asistieron al espectáculo.<sup>50</sup> El ámbito de la seguridad en el

---

<sup>48</sup> “Tan acostumbrados están los argentinos a vivir al borde del precipicio que han inventado un arte, el de “lo atamos con alambre”, que ha vuelto a este país creativo e ingenioso, sobreviviente y con una capacidad infinita de adaptarse...” (“En otros medios: 12 cosas que aprendí siendo corresponsal en Argentina”, Ignacio de los Reyes, para BBC, *tn.com.ar*).

<sup>49</sup> El día 30 de diciembre de 2004, en un recital del grupo musical “Callejeros” en el local denominado “República Cromañón”, un elemento de pirotecnia encendido impactó contra la media sombra que recubría el techo del local, lo cual originó un foco ígneo que se expandió rápidamente y que generó un humo muy espeso y tóxico que se propagó por todo el salón, acumulándose con más intensidad en los sectores altos más cercanos al techo. Asimismo como consecuencia del fuego, el material que recubría el techo comenzó a derretirse generando, en algunos sectores del local, una especie de “lluvia de fuego” que caía sobre los asistentes al recital. Ante esta situación, el grupo dejó de tocar y las personas presentes en el lugar comenzaron a pugnar por salir. La mayoría de las puertas de acceso al local se encontraban cerradas, al igual que la denominada “salida alternativa de emergencia.” Así, se generaron amontonamientos y avalanchas que dificultaron notoriamente la evacuación del lugar. Además, instantes después de comenzado el incendio se cortó la luz del local, lo que provocó pánico y desesperación en las personas allí presentes.

De modo que la evacuación del inmueble, una vez iniciado el incendio estuvo marcada por una serie de factores que lo convirtieron en una trampa mortal que terminó con la vida de 193 concurrentes y produjo lesiones a otros 1524. Además de los factores ya señalados, la cantidad de asistentes triplicaba el máximo permitido en la habilitación del local, que no estaba preparado ni autorizado para la realización de recitales, tampoco contaba con salidas de emergencia exigidas y las puertas estaban cerradas con trabas. Sólo funcionaba uno de los tres extractores de aire instalados en el local. Los materiales con que estaba revestido el techo del local provocaron una rapidísima propagación del fuego y generaron el humo tóxico. Estos factores motivaron que los concurrentes se agolparan, empujaran y pisaran tratando de salir. En la desesperación por salir muchas personas se “tiraban” desde el primer piso a la planta baja, lo que causó tanto a quienes se arrojaban como a los que estaban abajo, diversas lesiones físicas. Todos estos factores, el exceso de público y la falta de ventilación, dificultaron notoriamente la evacuación, generando así un mayor tiempo de exposición a los gases tóxicos. Esa exposición a los gases tóxicos provocó, a su vez, que gran cantidad de gente se desmayara y quedara tirada en el suelo, lo que además de impedirles salir por sus propios medios del lugar, ocasionó que, ante la falta de luz, se obstaculizara la salida de quienes no se hallaban desmayados. En definitiva, la evacuación completa de las personas que se encontraban en el local recién pudo completarse tres horas después de iniciado el incendio.

<sup>50</sup> Ese desastre “no parece haber provocado un autoexamen de conciencia en la sociedad argentina, que sigue apelando más rápido al recurso de poner el problema en el otro” (“Argentinos sin ley”, Laura Zommer, *La Nación*, 2/4/2006, p. 8).

trabajo no es una excepción a esta actitud de los argentinos de minimizar la necesidad de prevención, frente el riesgo.<sup>51</sup>

En mi opinión, toda disciplina que aborde la problemática del riesgo, desde cualquiera de sus aspectos, debe dar cuenta de los condicionamientos que la dimensión cultural ejerce en la *percepción del riesgo* de todo individuo que vive en comunidad. Los peligros son *seleccionados culturalmente* y a partir de allí se produce su reconocimiento. Desde esta lógica, cabe resaltar que la cultura argentina no ha “seleccionado” hasta el momento el riesgo laboral para la vida y salud de los trabajadores, de ahí *su falta de percepción, lo que coadyuva al menosprecio e incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo, en un entorno social ya predisuesto culturalmente a la transgresión normativa en general*. Creo que la combinación de ambos factores culturales, tendencia a la infracción de las normas y falta de percepción del riesgo laboral, explican el “pertinaz incumplimiento” del empresario argentino de las normas de seguridad e higiene en el trabajo.

En efecto, la cultura es el “principio codificador por el que se reconocen los peligros”, por eso, si queremos investigar la percepción social del riesgo laboral, nuestra atención debe hacer foco no sólo en el peligro en sí mismo, sino también en las instituciones.<sup>52</sup>

Con esa perspectiva, cabe resaltar la influencia del rol del Estado -y sus agencias-, como actor social responsable de la regulación, el control y la sanción de las infracciones, en la subestimación (e incumplimiento) de las medidas de seguridad laboral, por parte del empresario. En esa línea de pensamiento, creo que el Estado no es un “buen comunicador” de la relevancia que cabe darle a ese riesgo, por cuanto, no ha implementado una política preventiva eficaz a través de una campaña educativa que genere conciencia -y responsabilidad- en todos los actores involucrados y que coloque esta cuestión en el centro del debate público y la preocupación social, como sí lo ha hecho con otros riesgos. Tampoco ha desarrollado un efectivo programa de control administrativo del cumplimiento de la normativa de prevención y sanción de las

---

<sup>51</sup> En este sentido se ha dicho que la filosofía argentina de “lo atamos con alambre”, refleja la cultura de la improvisación, contraria a la de la cultura de la prevención. Respecto de la seguridad de los trabajadores no es que no existan normas, sino que se las viola, pero “cuando se quiebra la salud de un trabajador, es inútil que intentemos atarlo con alambre” (“Lo atamo con alambre, lo atamo”, *El Tribuno*, 27/04/2014, [www.tribuno.info](http://www.tribuno.info)).

<sup>52</sup> HELLBUSCH/VICENS, AC/DC: antes y después de Cromañón. Discursos sobre el riesgo y el rock, *Letra, Imagen, Sonido, L.I.S.*, Ciudad Mediatizada, año IV, n°9, Bs.As., 2013, pp. 52 y ss. El “agente racional” es un ser cuyos valores y elecciones están enmarcados en una determinada cultura (*Ibidem*).

infracciones. Ante la ausencia de estas medidas estatales, la sociedad interioriza y reproduce el modelo transmitido: de menosprecio del riesgo que amenaza la vida y salud de los ciudadanos, *en tanto trabajadores* que cumplen su prestación laboral en relación de dependencia.

Con este panorama, creo que la intervención penal mediante un delito de peligro, además de brindar una tutela intensificada de esos bienes jurídicos esenciales de los trabajadores, comunicaría un mensaje institucional claro sobre la relevancia del cumplimiento de las normas de seguridad en la actividad laboral, que permita lograr, con el transcurso del tiempo, la “normalización” de ese acatamiento (prevención) y no la del accidente de trabajo, como ocurre actualmente.

#### **IV.2. c Factor socio-económico**

Además de motivos culturales, existen razones económicas que motivan al empleador a incumplir la normativa de prevención de riesgos laborales. En este sentido, muchas veces brindar condiciones seguras de trabajo representa cierto costo monetario que no siempre el empresario está dispuesto a pagar y de ese modo, “somete” al trabajador -teniendo en cuenta su dependencia en la relación de trabajo-, a desarrollar su actividad en condiciones peligrosas.

Este comportamiento infraccional del empresario se ve exacerbado en el caso de los trabajadores “en negro” o no registrados. Esta circunstancia adquiere una relevancia esencial en el actual contexto del mercado laboral argentino, donde el trabajo informal y precario se ha generalizado, alcanzando niveles históricamente elevados.<sup>53</sup>

Según el Instituto Nacional de Estadística y Censo (INDEC), durante el segundo trimestre de 2016 el 33,4 % de los asalariados trabaja en “negro”.<sup>54</sup> La informalidad laboral constituye el problema más significativo que afecta al mercado de trabajo argentino. Durante los años 2003/2014, a pesar de cierto crecimiento económico, no se ha logrado reducir la informalidad. Tampoco se han logrado efectos contundentes con la sanción en 2014, de la ley n° 26.940, de “Promoción del empleo registrado y prevención del fraude laboral”, que establece un esquema de incentivo y sanciones con el objeto de inducir a los empresarios a contratar asalariados bajo las condiciones exigidas por la normativa. Actualmente la

---

<sup>53</sup> Argentina siempre fue considerada entre los estudiosos latinoamericanos como un país cuya característica era una “relativa menor desigualdad”, con un mercado de trabajo “moderno”, con una situación de relativa formalidad y una institucionalidad mayor que la de otras sociedades latinoamericanas. Esta situación cambia radicalmente en la década de 1970, cuando empiezan a crecer los indicadores de desigualdad laboral y social. La Argentina se “latinoamericaniza” en el peor sentido. El trabajo precario es sin duda el peor problema laboral que enfrenta Argentina. Es el que marca ya no solamente la diferencia cuantitativa de la desigualdad, sino una desigualdad más profunda, que hace a un cambio de patrón en las relaciones sociales y laborales (La precariedad es el peor problema laboral del país, entrevista realizada a Claudia DANANI por el diario *El Economista*, 10/06/2016).

<sup>54</sup>“El 33% de los trabajadores están en “negro”, edición del día, diario *La izquierda*, 25/8/2016.

informalidad afecta a uno de cada tres asalariados. Se concentra particularmente en segmentos críticos, cuya formalización resulta más difícil debido a las características productivas, económicas y sociales.<sup>55</sup>

Según la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el trabajo clandestino incluye todo trabajo remunerado que no está registrado, regulado o protegido por marcos legales o normativos, así como también trabajo no remunerado, llevado a cabo en una empresa generadora de ingresos. Los trabajadores informales no cuentan con contratos de empleo seguro, prestaciones laborales, protección social o representación de los trabajadores. De este modo, se genera la denominada “economía informal”, que es parte de la economía de mercado porque produce bienes y servicios para ser vendidos y no figura en las estadísticas nacionales. Asimismo, el fenómeno de la tercerización a través de empresas eventuales, contrataciones o simple intermediación, ha generado una masa de trabajadores que entrarían dentro de la definición de trabajo informal, ya que si bien aparentemente se encuentran dentro del trabajo formal, por fraude o simulación han creado situaciones de extrema irregularidad.<sup>56</sup>

El trabajador informal desarrolla su actividad en la abrumadora mayoría de los casos, en situaciones de mucha mayor precariedad que los trabajadores formales, es decir, están más expuestos a accidentes y de hecho, éstos se producen. Además de ello, la mayor proporción de trabajadores “en negro” -no cubiertos-, se encuentran en los ámbitos de mayor riesgo: pequeñas y medianas empresas, talleres textiles, sector de la construcción, agrario y minero.<sup>57</sup> Las condiciones del trabajo en negro en Argentina son tales, “que no resulta exagerado sostener que la siniestralidad entre esos trabajadores duplica a la que sufren los registrados.”<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> Balance y perspectivas sobre las políticas de formalización del empleo en Argentina, Conclusiones del IV Seminario sobre Economía Informal en Argentina (OIT), agosto de 2015, [www.ilo.org](http://www.ilo.org), p. 1/2.

<sup>56</sup> CONTINO, L., Trabajo clandestino como virus cultural, *Revista Derecho del Trabajo*, Año I, n°2, Bs.As., 2015, ([www.saij.gob.ar](http://www.saij.gob.ar)), p. 78. El trabajo precario es lo contrario al trabajo decente, concepto que surgió en la memoria del Director General en la 87° reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1999 y encierra cuatro elementos: el empleo, la protección social, los derechos de los trabajadores y el dialogo social, incluyendo en esta noción, la seguridad en el trabajo y las condiciones de trabajo salubres. La legislación internacional se expide en forma insistente sobre la consideración del derecho a un trabajo seguro, como derecho humano por ser inherente a la persona. Es el caso de distintos Convenios Internacionales de la OIT, como el n° 155 -sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo- (año 1981); el n° 161 -sobre servicios de salud en el trabajo- (año 1985); el n° 187 -marco promocional para la seguridad y la salud en el trabajo- (año 2006) y la Recomendación n° 197 -sobre el marco promocional para la seguridad y la salud en el trabajo- (año 2006) (MALET VÁZQUEZ, M., Accidentes laborales: análisis del delito previsto en la Ley N° 19.196, *Revista de Derecho Penal*, N° 22, Montevideo, 12/2014, p. 21 y nota 11).

<sup>57</sup> LÓPEZ PALOMERO, *Derecho penal...*, p. 116.

<sup>58</sup> CORNAGLIA, R., Licencia patronal para matar, *Revista Le monde diplomatique*, n° 61, 7/2004, pp. 4/6. El sector compuesto por los trabajadores no registrados, o registrados pero no cubiertos por el seguro,



En este escenario, de informalidad generalizada, se asiste a un proceso de *doble subordinación* del trabajador “en negro”.

En efecto, actualmente se ha pasado del sistema de la responsabilidad extracontractual basada en la *culpa* a la responsabilidad contractual fundada en la *obligación* del empleador de brindar al trabajador seguridad. Ese cambio de enfoque surge a partir de una transición hacia la idea de *riesgo creado*, entendido como riesgo que no se le presenta al trabajador por causas naturales, sino a partir de que un empleador lo contrata para tareas determinadas y obtiene con esto, ciertos beneficios. Pero la contractualización del deber general de prevención, se está difuminando paulatinamente a medida que las grandes empresas fueron acogiendo la estrategia de externalizar las distintas fases del proceso productivo. El uso generalizado del mecanismo de la subcontratación y la denominada *flexibilización* del mercado de trabajo, que sustituye la clásica figura del contrato de trabajo por fórmulas de contratación de carácter temporal o a tiempo parcial, han ido desmigajando el contenido y alcance de la obligación general de prevención de riesgos que recae en el empleador.<sup>59</sup>

En este esquema, a partir de la generalización de la informalidad y precarización laboral, se va instalando la idea de que es el trabajador el que libre y voluntariamente acepta el riesgo, como dimensión que inevitablemente traen aparejadas ciertas tareas y de la cual el trabajador es consciente de forma previa a su inserción laboral.<sup>60</sup> Esta situación contribuye a ocultar el proceso de *transferencia de riesgo de parte del sector*

---

no deja constancia de procesamiento de los infortunios y no son las ART las capacitadas para dar informes al respecto. Las pésimas condiciones en que se trabaja en el país provocan enfermedades invalidantes que alcanzan números aterradores. Así, en la construcción y en la minería el 65% de las jubilaciones que se otorgan son anticipadas, por causa de invalidez. El sistema previsional debe así hacer frente a las pésimas condiciones de trabajo (*Ibidem*) El autor citado señala que según un estudio realizado por Carlos Rodríguez, médico laboralista, ex Director Nacional de Seguridad e Higiene, “si se estudian los datos oficiales de la siniestralidad en el sector agrario, todos mueren víctimas de un rayo. Si bien hay obviamente regiones con descargas eléctricas, hay otras causas de mortalidad (como envenenamiento por plaguicidas) que nunca aparecen; en el campo argentino es común el uso de agroquímicos prohibidos en otros países, como los arsenicales, mercuriales, estricnina y sulfato de talio” (*Ibidem*).

<sup>59</sup> LOZANO LARES, *El tratamiento jurídico...*, p. 365.

<sup>60</sup> Para Claudia DANANI, doctora en ciencias sociales y docente de la Universidad de Buenos Aires, la instalación del régimen neoliberal en los 90 dejó una “naturalización” del espacio ocupado por el trabajo precario. Desde ese momento se acepta que el trabajo es la obligación de cada uno de mantenernos por nosotros mismos, pero sin generar compromisos y no se trata solamente de un comportamiento empresario o de falta de cumplimiento de los funcionarios estatales: esto se ha hecho carne en la sociedad, se ha convertido en un hecho de cultura y en ese sentido tiene una enorme capacidad para transformar de manera regresiva las relaciones sociales. Hay un consenso en torno a la idea de que el trabajo formal, protegido y asociado a derechos, es algo del pasado, trabajar significa ahora cumplir con una obligación individual orientada a la subsistencia, esto es el “legado neoliberal”. (La precariedad es el peor problema laboral del país, entrevista realizada por el diario *El Economista*, 10/06/2016).

*empresario hacia los trabajadores.* En este contexto, el trabajador contrariamente a ser “libre”, se convierte en doblemente subordinado: a la dependencia propia que le confiere la relación laboral, se le suma que no puede hacer uso eficaz de los instrumentos jurídicos y extrajurídicos existentes para velar por sus intereses, de ese modo queda sometido de forma *absoluta* a las políticas empresariales relacionadas con la reducción de costes y maximización de los beneficios económicos, entre las que se incluye la *omisión de las medidas de seguridad e higiene laborales exigidas legalmente.*

En un contexto de informalidad laboral, el incumplimiento de las normas de prevención por parte del empresario, adquiere así un carácter “perverso”, porque implica un *aprovechamiento* de esa doble subordinación del trabajador.<sup>61</sup> Por eso creo que el Derecho penal debe intervenir ante la infracción de la normativa de seguridad e higiene en el trabajo, cuando genere un peligro grave para la vida y salud de los trabajadores, pero además *corresponde desvalorar con mayor intensidad esa conducta, cuando se lleve a cabo en el marco de una relación laboral informal.* Este mayor disvalor debe tener su correlato en el tipo penal de peligro que aquí se diseñará, para que resulte una herramienta eficaz para disuadir ese comportamiento propio del empresario argentino.

#### **IV.2. d Reflexiones sobre el contexto socio-cultural y económico argentino**

La complejidad del panorama descrito, que en mi opinión explica el incumplimiento del empresario argentino de la normativa de prevención laboral, requiere la elaboración de una estrategia socio-jurídico-cultural igualmente compleja, que comprenda una profunda transformación del sistema administrativo-laboral de prevención de riesgos laborales -que debe incluir la reestructuración de la LRT, y de las instancias de control del cumplimiento de las medidas de seguridad en el trabajo, que incluya una adecuada inspección, con una cantidad razonable de inspectores formados en la materia-, una campaña de concientización sobre la relevancia de la prevención de los riesgos laborales, desde las instancias de educación formal -inclusive desde la escuela- y en los medios de comunicación; esto es, colocar en la agenda pública nacional la preocupación sobre esta problemática y además, la intervención del Derecho penal mediante la creación de un tipo penal de peligro que adelantando la barrera de la protección a la

---

<sup>61</sup> En este sentido, “el trabajo en negro aumenta paulatinamente, respondiendo a un modelo económico en el que el fraude y la evasión son estructurales” (CORNAGLIA, *Revista Le monde diplomatique*, n° 61, 7/2004, p.5).

puesta en peligro de la vida y salud de los trabajadores, generada por el incumplimiento de la norma extrapenal de prevención, eleve el *estatus* de esa normativa, otorgándole una mayor relevancia jurídica, en la medida que su infracción pasa a ser uno de los elementos típicos del delito de peligro. Creo que estas tres medidas son importantes pero las dos primeras necesitan un tiempo considerable para su implementación, y lograrán el efecto deseado a largo plazo. Por eso, mientras ello suceda, se debe comenzar por la incorporación del delito de peligro como medida “urgente” ante la necesidad actual de abordar el problema de la alta siniestralidad. Por supuesto que la intervención penal no se agota con la incorporación de ese tipo penal, sino que requiere -para su efectiva aplicación-, la creación de fiscalías especiales sobre la materia, con una adecuada formación sobre prevención de riesgos laborales, así como una instrucción especial de los miembros del Poder Judicial sobre las características propias de este delito, que lo convierten un delito particular (dependencia del trabajador, complejidad de la estructura empresarial, etc.).

En este sentido LÓPEZ PALOMERO concluye que una figura como el art 316, podría en Argentina salvar muchas vidas. Y si ante los incumplimientos se produjeran algunas condenas con su correspondiente difusión mediática, se podría hablar de una sensible baja en las muertes, lesiones y pérdidas de horas de trabajo: “no cabe duda de que la ausencia de impunidad, y la correlativa sensación de ausencia de impunidad, llevan al cumplimiento de normas hoy prácticamente ignoradas por un vasto sector del empresariado, que permitirían cambiar el perfil de nuestra realidad en el ámbito laboral”.<sup>62</sup>

## **V. Evolución histórica del tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral**

La ejecución del trabajo en relación de dependencia en una organización empresarial ajena, bajo la forma de un contrato de trabajo, es propia del capitalismo y nace recién en el siglo XVIII, con el maquinismo y la revolución industrial.<sup>63</sup>

La dinámica constituida por la secuencia trabajo dependiente/riesgo/lesión, puede ser afrontada por el poder público con planteamientos muy diversos, según cuál sea el rol que se entiende que éste debe asumir, es decir, dependiendo de la propia concepción del

---

<sup>62</sup> LÓPEZ PALOMERO, *Derecho penal...*, p. 125

<sup>63</sup> LÓPEZ PALOMERO, *Derecho penal...*, p. 20. El tratamiento que se le daba al trabajo por cuenta y riesgo ajeno preocupaba a todos en los albores de esa época; prueba de ello son los comentarios de pensadores como Adam SMITH, para quien los bienes tenían valor sólo como consecuencia del trabajo humano que incorporaban y que no veía con buenos ojos la separación del trabajador de los frutos de su trabajo (*Ibidem*).

Estado. En el arranque histórico de esta cuestión estaba vigente una noción del Estado marcadamente liberal y por tanto abstencionista respecto de las relaciones entre los particulares, como se entendía al empresario y trabajador. Las actuaciones de la Administración -restringidas- se llevaban a cabo *a posteriori*; sólo cuando existía un dato cierto -la lesión-, el poder garantizaba la reposición del derecho afectado. Es cierto que en ese ámbito, ya las primeras normas de accidentes de trabajo pueden entenderse como una mejora de la posición jurídica del trabajador, en la medida en que ampliaron la responsabilidad del empresario hasta una concepción prácticamente objetiva, que permitía atribuirle los efectos de todo siniestro, independientemente de la concurrencia de una actuación negligente o dolosa, pero ese fenómeno, como otras concesiones de la época, fue necesario para salvaguardar al propio sistema, pues la presión social que se hubiera generado de otra forma, hubiera amenazado la propia existencia del capitalismo.<sup>64</sup> Así, como aplicación del principio *neinm laedere*, el empresario debía asumir los riesgos que generaba la actividad productiva debida a su propósito y por tanto quedaba constituido en deudor de seguridad, si esa obligación era incumplida: el ordenamiento actuaba defendiendo al perjudicado al exigir que las lesiones causadas fueran reparadas económicamente. Pero para el posterior Estado social ese planteamiento es absolutamente insuficiente. En efecto, en ese nuevo contexto, el enfoque del ordenamiento ante el trabajo como actividad peligrosa experimenta un giro, sustituyéndose como actitud fundamental la obligación de reparación por una actitud *prevencionista*, al considerarse inaceptable la mera valoración económica de los derechos susceptibles de lesión.<sup>65</sup>

En una evolución paralela, desde el punto de vista penal, en los primeros códigos penales del Estado liberal, estaba ausente el trabajador y sus intereses como objeto de protección. Las constituciones liberales consagran la idea de hombre como ciudadano y un determinado tipo de organización socio económica: una economía libre de

---

<sup>64</sup> SEMPERE NAVARRO/GARCÍA BLASCO/GONZÁLEZ LABRADA/CARDENAL CARRO, *Derecho de la seguridad* ...,p. 35. En este sentido expresa BILBAO que el accidente de trabajo era un riesgo que el individuo asumía libremente al trabajar y con ello sus consecuencias. Pero el desarrollo de una legislación específica sobre el accidente de trabajo estuvo asociada a una doble normalización. Por un lado, la que vincula el accidente a factores objetivos, ajenos a la voluntad de las partes. Por otro lado, el establecimiento de un sistema que garantizaba al trabajador accidentado la indemnización por el daño sufrido. Esta legislación tiene su origen en un contexto en el que las concepciones liberales sobre la organización económica empezaba a entrar en crisis (*El accidente de trabajo: entre lo negativo y lo irreformable*, Madrid, 1997, p. 27).

<sup>65</sup> SEMPERE NAVARRO/GARCÍA BLASCO/GONZÁLEZ LABRADA/CARDENAL CARRO, *Derecho de la seguridad*..., p 36.

intervenciones estatales, fundamentada en la propiedad privada de los bienes y medios de producción y en la apropiación -también privada- de los frutos del trabajo ajeno (consagrando la idea de sociedad capitalista). En ese orden de cosas, no cabía una tutela específica del trabajador, sino que ésta se agotaba en los bienes de su vida, libertad y propiedad, *en tanto ciudadano*.<sup>66</sup> Por el contrario, el trabajador, era más bien objeto de represión en cuanto que su organización como “clase” y movimientos reivindicativos eran una amenaza para los pilares básicos del Estado liberal, sobre todo la propiedad.<sup>67</sup>

La aparición del movimiento obrero fue un factor histórico determinante en el nacimiento del Derecho del trabajo, a cuya acción amenazadora respondió el poder público con medidas de reacción: medidas tuitivas unas veces y represivas otras. Por lo general las medidas represivas llegaron antes que las tuitivas.<sup>68</sup>

El conflicto básico en la sociedad capitalista por dos sectores en pugna -empleadores y asalariados- lleva al predominio de uno u otro de acuerdo con las particularidades de la situación general del momento: la funcionalidad o razón de ser histórica del Derecho del trabajo como disciplina jurídica independiente es, por ello, la de servir al proceso de juridificación del conflicto entre el trabajo asalariado y el capital, de su integración o institucionalización (canalización) por el Estado.<sup>69</sup>

El paso emergente de una economía liberal a una economía social de mercado, implicó el reconocimiento de los derechos sociales y económicos, sin dejar de lado los civiles y políticos; el mercado entonces, tenía que ser regulado por el Estado, no como parte de una política intervencionista, sino como glosario de un interés estatal en maximizar la tutela a los derechos individuales de la persona.<sup>70</sup> Este cambio en la función del Estado

---

<sup>66</sup> Pero en términos reales el trabajador se caracteriza por su carencia de propiedad, lo que posee es su fuerza de trabajo (ARROYO ZAPATERO, L., *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Madrid, 1981, p. 15).

<sup>67</sup> El estado liberal se estructura en torno a tres pilares fundamentales: la vida, la libertad y la propiedad y las funciones asignadas al Estado son el regular y proteger estos bienes garantizando que cada persona pueda competir libremente en el sistema. En este contexto la protección penal está dirigida fundamentalmente a preservar los ataques a la propiedad, a la libertad y a los presupuestos del sistema liberal. Aquí la figura del trabajador no puede ser objeto de protección, en cuanto que se parte del trabajador como persona libre e igual para competir dentro del sistema, sino, por el contrario, objeto de represión en cuanto que su organización como clase y sus movimientos reivindicativos, podrían poner en riesgo uno de los pilares básicos del sistema económico liberal, la llamada libre competencia (MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo del art. 311 del Código Penal en el marco del Derecho penal*, Pamplona, 2008, p.15).

<sup>68</sup> LÓPEZ PALOMERO, *Derecho penal...*, p. 23.

<sup>69</sup> LÓPEZ PALOMERO, *Derecho penal...*, p.23, con cita de AMANDA CUBET.

<sup>70</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, A., La política criminal en la sociedad de riesgo, en *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal, Libro homenaje al Dr. Juan BUSTOS RAMÍREZ*, Lima, 2007, pp. 681 y ss.

se plasma en la incorporación de nuevos derechos de contenido social en las constituciones: aparecen los derechos laborales constitucionales y así, las bases de un *derecho penal del trabajo* referido a la tutela penal de la persona del trabajador.

En este esquema, el Derecho penal liberal de la Ilustración criminalizaba conductas que implicaban un riesgo para la propiedad privada -derecho subjetivo que pertenecía por antonomasia a la aristocracia primero y a la burguesía después-. Pero el reconocimiento de los derechos laborales en la década de los veinte, sobre todo la sindicalización y otras reivindicaciones sociales de la masa proletaria, provocó una redefinición de las caracterizaciones criminológicas. Así, aparecen actos empresariales y financieros, que tienen también la virtualidad de afectar ciertos bienes de forma significativa. El cierre de una empresa, las quiebras intencionadas, condiciones laborales infra-humanas, entre otras manifestaciones, llevó a identificar un nuevo grupo de delincuentes, pertenecientes a clases altas. Ya no se utiliza el revolver o el veneno, sino los propios instrumentos que brindan la actividad empresarial y económica, que le permiten a estos sujetos cometer ilicitudes penales. Esta nueva cosmovisión criminal produjo la construcción dogmática de un *Derecho penal económico*.<sup>71</sup>

Finalmente, con el advenimiento de “sociedad mundial de riesgo”<sup>72</sup> surge la necesidad de un replanteo en la administración y reparto social de los riesgos.

La modernidad ha traído a colación la irrupción de un sin número de actividades humanas que encierran una utilidad social, pero a su vez riesgos para bienes jurídicos fundamentales. A diferencia de los riesgos empresariales y profesionales del siglo XIX y primera mitad del XX, estos nuevos riesgos, ya no se limitan a lugares y grupos, sino que contienen una tendencia a la globalización.<sup>73</sup>

En efecto, la era postindustrial viene acompañada de grandes cambios. La técnica aplicada y los avances científicos abren paso a nuevas formas de producción, que demandan a su vez nuevas relaciones industriales. La globalización entraña riesgos que atraviesan las fronteras tanto de los Estados como de disciplinas académicas. “Los movimientos que impulsan el proceso llamado globalización, esto es, la revolución

---

<sup>71</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, *LH BUSTOS RAMÍREZ*, p.689.

<sup>72</sup>En términos de Ulrich BECK, la “sociedad de riesgo” describe una fase de desarrollo de la sociedad moderna en la que los riesgos sociales, políticos, económicos e individuales creados por el impulso de innovación, eluden cada vez más el control. Podría pensarse que el riesgo induce al control, sin embargo “...llama la atención la controlabilidad limitada de los peligros que hemos creado” (*La sociedad de riesgo global* (ALBORES REY, trad.), Madrid, 2002, pp. 5/12).

<sup>73</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, *LH BUSTOS RAMÍREZ*, p. 682.

tecnológica, la hegemonía del pensamiento neoliberal, la liberación del comercio mundial y de los movimientos de capitales, el auge de las empresas multinacionales o la pérdida de control por parte de los Estados, son a su vez, elementos que interactúan entre sí, aumentando la interdependencia -tanto de modo personal como orgánica- de la sociedad, la cultura o la economía y especialmente también de las empresas”.<sup>74</sup>

La transformación sufrida por el Estado reformula la dimensión de la política criminal, que asume la obligación de reorientar las instituciones penales hacia la tutela de los bienes jurídicos supraindividuales. La nueva política criminal debe preocuparse por reducir las desigualdades sociales y por mejorar los medios de control social. Los nuevos y complejos problemas de la sociedad de riesgo, ya no pueden ser enfrentados por los instrumentos dogmáticos tradicionales del Derecho penal liberal, sino por instituciones penales idóneas para prevenir los comportamientos socialmente negativos.<sup>75</sup>

“La esencia que impone la racionalización del riesgo y su autorregulación como forma imprescindible para la convivencia humana, parte de la desigualdad social como elemento basal de sustentación. *La riqueza es privatizada, en la medida en que los riesgos son socializados*”.<sup>76</sup>

En este contexto existen nuevos riesgos que se deben a la introducción de nuevas tecnologías en el medio laboral, o bien porque implican la exposición del trabajador a sustancias peligrosas cuyos efectos aún no han sido calculados con exactitud por la ciencia y que pueden provocar daños en la salud del trabajador, incluso pasados años desde esa exposición.<sup>77</sup> Es así, que la creación del tipo penal de peligro en el ámbito de los riesgos laborales, aquí postulado, se enmarca en las nuevas necesidades de protección generadas por la llamada “sociedad de riesgo”.

## V.1 El Derecho Penal Laboral

El Derecho penal laboral, en tanto conjunto de normas penales que se ocupan de la protección de los derechos de los trabajadores, indica la presencia de un conflicto

---

<sup>74</sup> MORENO MARCOS, M., El principio de precaución y la democratización del riesgo: posibles aplicaciones en el Derecho laboral en torno a la salud y seguridad de los trabajadores expuestos a sustancias carcinógenas o mutágenas, *Revista de Derecho Social*, n° 36 Albacete, 2006, pp. 111/12.

<sup>75</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, *LH BUSTOS RAMÍREZ*, p. 682.

<sup>76</sup> SALVADOR NETTO, *RDP*, 2008-2, p. 690 (el resaltado me pertenece). La desigualdad humana, no obstante, permanece tanto en la esfera material de la vida como, principalmente, en el conocimiento y participación en las tomas de decisión. (SALVADOR NETTO, *ibídem*).

<sup>77</sup> MORENO MARCOS, *RDS*, n° 36, 2006, p. 114. Algo así sucedió con el amianto (este tema se tratará en el capítulo VI).

inmanente al desarrollo de la fuerza de trabajo, conflicto del que no se hizo cargo el Derecho penal sino hasta muy avanzado el siglo XX y esto tiene una razón: las teorías contractualistas patrimonialistas proclamaban la igualdad *formal* de los hombres. Cada sujeto trabajador era dueño de su fuerza de trabajo y la vendía o prestaba -según la corriente civilista- a cambio de otra mercancía: el dinero.<sup>78</sup>

A medida en que el Estado moderno, con sus instituciones intervino activamente en la definición de la política económica, se vio exigido por los actores sociales de remediar esta situación *real* de desigualdad. Aparece así con autonomía, el Derecho penal laboral (y los derechos sociales incorporados a las Constituciones Nacionales y los Tratados Internacionales) que se ocupa de conductas criminales, donde está más acotado el campo de perjudicados directos. Es decir, ya no se tiene en frente a víctimas iguales, sino a quienes están en situación de vulnerabilidad, por su estado de dependencia y subordinación, debido a la situación estructural económica y microcósmica que se da en la empresa.<sup>79</sup>

El Derecho penal del trabajo trata de reforzar la labor tuitiva que en su momento llevó a que el Derecho del trabajo se desgajara del Derecho civil convirtiéndose en una rama autónoma del orden jurídico, a caballo entre el Derecho público y el privado<sup>80</sup>

A pesar de las diferencias entre el Derecho penal y el Derecho laboral, existe un ámbito de coincidencia, por cuanto *uno de los elementos típicos del delito es la propia infracción a norma laboral.*<sup>81</sup>

La relación laboral viene determinada y caracterizada por la desigual distribución de poder entre las partes y precisamente por ello, el Derecho del trabajo cumple una función tuitiva de la parte más débil, el trabajador. Para garantizar unas condiciones mínimas de esa relación, el Derecho laboral impone una situación en la que predominan disposiciones de orden público y la indisponibilidad de los derechos laborales. Sin embargo, *la situación de desigualdad subsiste* y con ella el riesgo de la ineficacia de estas normas. Frente a ese riesgo el Derecho penal se presenta como un sistema

---

<sup>78</sup> ARROYO ZAPATERO, *La protección penal...*, p. 15. En igual sentido, BISCEGLIA, *La protección penal...*, p. 4.

<sup>79</sup> FRERREIROS, E., El derecho Penal del Trabajo, disponible en [www.adapt.it](http://www.adapt.it), p.1. En igual sentido, BISCEGLIA, *La protección penal...*, p. 5.

<sup>80</sup> CORCOY BIDASOLO, Delitos laborales. Ámbito y eficacia de la protección penal de los derechos de los trabajadores, en CONDE-PUMPIDO TOURÓN (dir), *Derecho Penal Económico, Cuadernos de Derecho Judicial*, n° 2, 2003, p. 89.

<sup>81</sup> CORCOY BIDASOLO, *CDJ-2, 2003*, p. 94



reforzado de sanciones para prevenir la ineficacia de las normas laborales que establecen esas condiciones mínimas de la relación laboral.<sup>82</sup>

En este contexto, la intervención penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales contribuye a reequilibrar la situación de subordinación y dependencia en la que se encuentra el trabajador respecto del empresario como consecuencia del vínculo contractual que les une, en la medida en que el resguardo penal de la seguridad y confianza de los trabajadores en el mantenimiento de los riesgos laborales dentro de los niveles permitidos, reforzaría la igualdad y libertad real del trabajador en el transcurso de su prestación laboral.<sup>83</sup>

En los últimos años se ha debatido en torno a la lucha jurídico penal contra los peligros que surgen de la actividad de la empresa hacia el exterior, delitos ambientales, responsabilidad por el producto, sin embargo desde una perspectiva que atiende a la evolución histórica, la misma atención debería dirigirse a la protección del trabajador, es decir a la lucha contra los peligros producidos por una empresa en su interior. Ello por cuanto, “el típico conflicto de intereses propio de la actividad económica, el perseguir por parte del empresario el beneficio más elevado posible utilizando la menor cantidad de recursos posibles, produce el mismo efecto externo que interno, es decir, incita permanentemente al empresario a maximizar el beneficio a costa de los bienes jurídicos de la colectividad y/o a costa de los bienes jurídicos de los trabajadores. Además, el trabajador posee menor capacidad de autoprotección que la comunidad. La comunidad no depende, por regla general, de una empresa en particular y por ello tiene la posibilidad de organizar por sí misma su protección frente a ella. Por el contrario, en épocas de crisis, el trabajador depende de la continuación de la empresa y por ello se encuentra, desde un punto de vista victimológico, en una situación de especial necesidad de protección”.<sup>84</sup>

Esto fue advertido en el siglo XIX y determinó en todos los Estados europeos, aunque con diferentes velocidades, una amplia legislación sobre la protección del trabajador.<sup>85</sup>

Esta evolución jurídica europea culminó con la protección de la seguridad laboral, también desde una perspectiva penal. Sin embargo en América Latina en general, y en

---

<sup>82</sup> MUÑOZ SÁNCHEZ, *El delito de imposición de condiciones...*, pp. 23/24.

<sup>83</sup> HORTAL IBARRA, Legitimación y eficacia de la intervención penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir), *La política criminal en Europa*, Barcelona, 2004, pp. 237 y ss.

<sup>84</sup> SCHÜNEMANN, Prevención de riesgos laborales, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir), *La política criminal en Europa*, Barcelona, 2004, pp. 253 y ss.

<sup>85</sup> SCHÜNEMANN, *Ibidem*.

particular en Argentina, no se ha concebido aun la seguridad de los trabajadores como un bien jurídico merecedor de protección penal, aunque existen algunas manifestaciones en la doctrina nacional en esa dirección.<sup>86</sup>

La legislación argentina no ha tenido muy en cuenta a los trabajadores, cuando éstos resultan víctimas de delitos, abarcados en su condición de tales. Eso es muestra de la enorme y a la vez poco advertida, relación profunda entre el Derecho del trabajo y el Derecho penal.<sup>87</sup> A diferencia de otros países del mundo, como España, Argentina tiene una legislación y un ejercicio insuficiente del tema. Hay un déficit legislativo, judicial y doctrinario, respecto de la aplicación del Derecho penal en las relaciones de trabajo.<sup>88</sup>

Mientras existe una marcada tendencia doctrinaria y jurisprudencial que se ocupa primordialmente de los delitos que cometen los trabajadores, individual o colectivamente, en perjuicio de su empleador o de la sociedad toda, poco o nada preocupan los delitos que pueden cometer los empleadores en su calidad de tales: esta situación ha sido caracterizada como una “manifestación de una constante de la política laboral y de orden público de los Estados autoritarios: criminalización de los instrumentos obreros de autotutela, fundamentalmente huelga y libertad sindical, y protección, sólo retórica, de los derechos de los trabajadores mediante el intimidante recurso al más coactivo de los medios con los que cuenta el Estado: el Derecho penal.”<sup>89</sup> Por mucho tiempo se ha visto al trabajador sólo como sujeto activo de conductas ilícitas: en la segunda mitad del siglo XX, los derechos sindicales habían adquirido carácter fundamental a nivel internacional y nacional, pero las leyes que se dirigían a controlar y reprimir hasta penalmente las huelgas, continuaban conviviendo con el art. 14 bis de la C.N., piedra basal del ordenamiento argentino en el reconocimiento de los derechos laborales.<sup>90</sup>

---

<sup>86</sup> ARESE, *Revista 14 bis, Cba., 2005*; FRERREIROS, E., El derecho Penal del Trabajo, disponible en [www.adapt.it](http://www.adapt.it); LESCANO CAMERIERE/TULA, *RCM F de San Isidro, n° 19, 2006*; COMA OJEDA, M., La protección penal de los trabajadores en materia de riesgos laborales, <http://laleyonline.com.ar>. También, BERRUEZO, R., *Derecho Penal Laboral*, Bs.As., 2011; BISCEGLIA, *La protección penal...*; LÓPEZ PALOMERO, *Derecho penal...*;ponen de manifiesto esta tendencia.

<sup>87</sup> FRERREIROS, [www.adapt.it](http://www.adapt.it), p.1.

<sup>88</sup> FRERREIROS, [www.adapt.it](http://www.adapt.it), p. 1.

<sup>89</sup> BAYLOS/TERRADILLOS, *Derecho penal del trabajo*, Madrid, 1997, pp.22 y ss.

<sup>90</sup> ARESE, El anteproyecto de Código Penal: hacia un derecho criminal protectorio de los Derechos Humanos Laborales, *DT 2015, n° 3*, (enero), pp. 1/2. El autor cita como ejemplo de esas leyes a: a ley n° 20.840 de subversión económica de 1974 o leyes n° 21.400 y n° 21.261 antigremiales de 1976, señalando también que “*de tanto en tanto refluye el afán represor hacia los movimientos sociales*” (*Ibidem*).

Una de las primeras expresiones de un naciente Derecho penal del trabajo en Argentina, ha sido la sanción por la ley n° 7029, del art 158 del CP, de represión de la instigación a la huelga.<sup>91</sup> Pero lo cierto es que, mientras el trabajador -el “obrero” según el art. 158- es reprimido específicamente, los delitos que puede cometer en su perjuicio el empleador, en general no son sancionados, formando de este modo parte de una protección penal simbólica, que los trabajadores saben inaplicables para protegerlos cuando son ellos las víctimas del delito.<sup>92</sup>

También es destacable que conductas de los empleadores que en principio encuadran en delitos que siempre tuvieron un lugar en el Código Penal argentino, parecen ajenas e intocables por esa rama del Derecho. Hay una aplicación sólo retórica de las normas penales a uno de los contratantes en las relaciones de trabajo, precisamente el de mayor poder.<sup>93</sup> Eso explica la escasa cantidad de lesiones y muertes de trabajadores tratadas en sede penal, aun cuando se acredite que son consecuencia de infracciones a las normas de prevención de riesgos laborales.

Las dudas y problemas en la aplicación efectiva de las normas penales en este ámbito, están relacionados con la alta valoración social de la figura del empresario que corre riesgos y obtiene éxitos, aun moviéndose en la frontera confusa de lo ilegal, la consecuente resistencia judicial a aplicar las sanciones más graves, la inadecuación del aparato judicial para la persecución de una delincuencia sofisticada y evolutiva, etc., que si bien son hechos reales, en nada invalidan la legitimidad de la incriminación.<sup>94</sup>

Sin embargo, y a pesar de que la tendencia descrita continúa vigente, como bien destaca ARESE, se viene gestando un *cambio de paradigma* en materia de derechos humanos y los derechos sociales y laborales, no sólo a nivel nacional, sino también regional.<sup>95</sup> En ese sentido, la generalización democrática de América Latina, significó

---

<sup>91</sup> Art 158: “Será reprimido con prisión de un mes a un año, el obrero que ejerciere violencia sobre otro para compelerlo a tomar parte en una huelga o boicot. La misma pena sufrirá el patrón, empresario o empleado que por sí o por cuenta de alguien, ejerciere coacción para obligar a otro a tomar parte en un lock-out y abandonar o ingresar a una sociedad obrera o patronal determinada”.

<sup>92</sup> LÓPEZ PALOMERO, *Derecho penal...*, p. 31.

<sup>93</sup> LÓPEZ PALOMERO, *Derecho penal...*, pp. 32 y 36.

<sup>94</sup> BAYLOS/TERRADILLOS, *Derecho penal...* p. 38.

<sup>95</sup> Este movimiento ha tenido manifestaciones doctrinarias y peticiones ante el Poder Legislativo en Estados Unidos, aunque aun no se han concretado en una reforma legal. En 2008 David Uhlmann, titular de la Cátedra Jeffrey F. Liss y Director del Programa de Derecho Ambiental y Política de la Facultad de Derecho de la Universidad de Michigan, se presentó en audiencia ante el Comité Senatorial de Salud, Educación, Trabajo y Pensiones, con la iniciativa de proponer una modificación de la ley laboral para introducir un delito de peligro contra la seguridad de los trabajadores. En esa presentación, el nombrado relató que mientras integró el Departamento de Justicia tuvo muchos casos de accidentes laborales y que uno de ellos en particular fue la inspiración de esa iniciativa. El caso ocurrió en 1996, cuando Scott Domínguez, empleado de una fábrica de fertilizantes en Idaho, se desmayó y casi muere dentro de un

que se comience a abandonar el Derecho penal de control social, para incorporar nuevos objetos jurídicos de protección como los derechos humanos de los trabajadores. En este marco, se advierten síntomas de cambios en el escenario nacional y latinoamericano, como en los casos de Perú -con las reformas al art. 168 y la incorporación del art. 168-A al C.P.-, Paraguay -con la introducción del art. 205 en el C.P.- y Uruguay, donde los sindicatos, impulsaron la aprobación de la ley n° 19.196 en 2014, “Ley de responsabilidad penal empresaria por incumplimiento de las normas de higiene y seguridad”.<sup>96</sup>

Una manifestación de este movimiento legislativo hacia el establecimiento de un Derecho penal laboral en Argentina, lo constituye el Anteproyecto de Reforma al Código Penal, elaborado recientemente por una comisión dirigida por ZAFFARONI,

---

tanque de acero de 132,5 litros, que contenía cianuro. El dueño de la empresa, Allan Elias, había usado el tanque como depósito de cianuro para extraer metales preciosos y también para contener ácido fosfórico. Cuando ambas sustancias se combinan producen un gas letal: el cianuro de hidrógeno. Aun así, Elias ordenó a Domínguez ingresar en el tanque para limpiarlo, incumpliendo toda medida de prevención (análisis previo para saber si era seguro ingresar allí y confección de una “licencia” obligatoria para el ingreso a un lugar cerrado, con indicación detallada de los pasos a seguir en caso de que algún trabajador deba ser rescatado). Tampoco le brindó un equipo de protección personal. Cuando Domínguez se quejó de dolor de garganta y de no poder respirar, Elias le dijo que terminara la limpieza o se buscara otro trabajo. Así las cosas, el empleado tuvo que ser rescatado y gracias a una atención médica eficiente salvó milagrosamente su vida. Al día siguiente un inspector de la Administración de Salud y Seguridad Laboral, “Occupational Health and Safety Administration” (OSHA) se entrevistó con Elias para saber qué sustancia tenía el tanque. El dueño de la fábrica le mintió diciendo que había sólo lodo y falsificó la licencia requerida por la norma de prevención laboral para que los empleados puedan ingresar al tanque. El Fiscal del Estado demandó a Elias por delitos previstos en las leyes ambientales, entre ellos el de haber puesto dolosamente en peligro a un empleado, según la Ley de Conservación y Recuperación de Recursos y por la falsificación de la licencia. En mayo de 1999, el nombrado fue condenado a 17 años de prisión. La paradoja que señala Uhlmann en su presentación, consiste en que las pruebas que se utilizaron para probar el delito de poner en peligro a un empleado, tienen más que ver con la infracción de los reglamentos de prevención laboral, “Occupational Health and Safety Act” (OSH Act), que con las leyes de residuos peligrosos. Sin embargo, Elias no cometió ningún delito de seguridad laboral porque Scott Domínguez no murió. En efecto, el OSH Act sólo prevé como delito, la violación dolosa de las medidas de seguridad laboral, cuando de ello resulte la muerte del trabajador -ni siquiera la lesión- y prevé una pena máxima irrisoria de seis meses de prisión. En este sentido, Uhlmann destacó que las leyes penales ambientales no bastan para proteger la seguridad de los trabajadores, ya que muchas situaciones en las que los trabajadores son expuestos a peligros graves, no se relacionan con el tratamiento inadecuado de residuos peligrosos o contaminación del aire o aguas. En términos similares el nombrado se ha expresado en el artículo: Prosecuting Worker Endangerment: The Need for Stronger Criminal Penalties for Violations of the Occupational Safety and Health Act, *American Constitution Society*, 2009, [www.ACSLaw.org](http://www.ACSLaw.org). En marzo de 2010, John Cruden, Procurador General Adjunto de la División de Medio Ambiente y Recursos Generales, hizo una presentación ante el citado comité, con la misma iniciativa que la de Uhlmann, pidiendo una modificación de la OSH Act con el objetivo de mejorar la seguridad de los trabajadores en USA.

<sup>96</sup> ARESE, *DT 2015, n° 3*, p. 2. A diferencia de los países mencionados, en el reciente proyecto de reforma al CP de Bolivia, “Proyecto del Código del Sistema Penal” (2017), no se observa la introducción de un delito de peligro contra la seguridad de los trabajadores. El CP boliviano vigente en su capítulo IV relativo a la los “Delitos contra la libertad del trabajo”, contiene el art. 303 (atentado contra la libertad de trabajo); art. 304 (monopolio de trabajo); art. 305 (conducta culposa del funcionario que permite la comisión de los delitos contenidos en los arts. anteriores); art. 306 (violencias o amenazas por obreros y empleados) y art. 307 (coacciones por patrón, empresario o patrón), pero no un delito como el aquí postulado.

donde se incorpora el Capítulo IV, sobre “Delitos contra la libertad y dignidad en el trabajo”.

## **VI. Sociedad de riesgo como contexto del delito de riesgos laborales**

### **VI.1 Introducción**

La postulación de la intervención penal en el ámbito de los riesgos laborales, pone sobre el tapete el debate sobre la justificación o no de la expansión del Derecho penal en el marco de la actual sociedad de riesgo.<sup>97</sup>

El creciente número de fallos técnicos como consecuencia del desarrollo tecnológico y la proliferación de procesos de producción con cursos causales cada vez más complejos, dejan al individuo -por ejemplo, el consumidor- en una situación de especial indefensión frente a tales riesgos, desconocida hasta ahora, de ahí que ante la perspectiva de que tales peligros se concreten en resultados lesivos, los ciudadanos demandan al Estado mayor seguridad, a fin de recuperar la sensación subjetiva de sentirse libres de peligro.<sup>98</sup>

En efecto, una vez que el ciudadano medio percibe el peligro, exige al Estado que aumente el control de los ámbitos peligrosos. Esto suele conllevar una expansión del Derecho penal, no sólo desde el punto de vista penológico, con el aumento de las penas, sino también, con la creación de nuevos tipos penales.<sup>99</sup> La explicación de este giro de la legislación penal se encuentra en la necesidad de atender a esos requerimientos de

---

<sup>97</sup> La siniestralidad laboral es un problema social cuyo debate se enmarca en el discurso de la sociedad de riesgo, dado que ésta se define en atención a la transformación que sufre la misma en aras de un desarrollo económico, científico y tecnológico. Pero a pesar de los grandes beneficios que se le atribuyen a esta “sociedad de progreso”, éstos no han redundado en una disminución del número de accidentes laborales. En esta sociedad globalizada existen ciertos ámbitos más sensibles al riesgo, como el medio ambiente o las relaciones laborales (GALLARDO GARCÍA, *Protección jurídica de la vida y salud de los trabajadores*, Granada, 2016, p. 1).

<sup>98</sup> GÓMEZ MARTÍN, V., Libertad, seguridad y “sociedad de riesgo”, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir), *La política criminal en Europa*, Barcelona, 2004, p. 77.

<sup>99</sup> GALLARDO GARCÍA, *Protección jurídica...*, p. 8. Riesgo es un peligro que se puede y debe evaluar, en cuanto se puede y debe conocer y que en consecuencia se puede y debe controlar. Por ello, está claro que los factores que caracterizan a la sociedad actual como sociedad de riesgo, se basan en que han cambiado dos circunstancias: 1 los peligros que existían y existen, se preveían/conocían en abstracto pero no se podían prever/conocer en concreto, 2 incluso en la medida en que se conocían difícilmente, se podían controlar. Hoy en día muchos de esos peligros se perciben como riesgos porque hay personas que los pueden conocer con relativa exactitud, pero no todos los ciudadanos y hay peligros que esas personas pueden controlar, pero no el ciudadano común. Esos peligros que se pueden conocer y controlar es lo que denominamos “riesgo” y es lo que se puede exigir que sea controlado por quienes en las concretas circunstancias están obligados a ello, y es, en el caso de que incumplan gravemente ese deber de controlar, cuando el Derecho penal debe intervenir (CORCOY BIDASOLO, Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir), *La política criminal en Europa*, Barcelona, 2004, p.32).

una sociedad cada vez más compleja, y caracterizada por nuevas formas de criminalidad, en su mayoría organizada y de naturaleza económica.<sup>100</sup>

Este proceso expansivo ha provocado que un sector de la doctrina se muestre crítico ante tales cambios, preocupado por una posible pérdida de la función de intervención mínima o de *ultima ratio* que debe caracterizar al Derecho penal<sup>101</sup>. De este modo, se han generado en la ciencia penal dos discursos ideológicos y de política-criminal, opuestos y enfrentados que GRACIA MARTÍN ha llamado “de modernización” y “de resistencia” a la modernización del Derecho penal.<sup>102</sup>

El discurso de resistencia defiende la legitimidad de la intervención penal únicamente en la medida que se circunscriba al ámbito propio de un Derecho penal mínimo, reducido al Derecho penal tradicional o clásico y critica al Derecho penal moderno, porque obedece a una política más intervencionista, que limita en exceso la libertad del ciudadano. Esto se traduce en la idea de que la intervención penal se expande a ámbitos cuyos problemas estarían ya resueltos por otras ramas del orden jurídico, las cuales, en comparación con el Derecho penal, limitarían en menor medida la libertad del ciudadano.<sup>103</sup>

Este planteamiento merece una doble reflexión. En primer lugar, el debate no puede plantearse de tal modo que se presente a la seguridad y la libertad como intereses mutuamente excluyentes, de manera que un Derecho penal que persiga garantizar el logro del primer objetivo deberá hacerlo necesariamente a costa del segundo, del mismo modo que uno que pretenda garantizar la libertad de los individuos se verá obligado a sacrificar su seguridad.<sup>104</sup>

La supuesta tensión existente entre seguridad y libertad -cada vez mayor debido a la aparición de nuevos riesgos y a la creciente sensación de inseguridad subjetiva- debe ser resuelta mediante una fórmula de compromiso de la que se deduzca un Derecho penal

---

<sup>100</sup> POZUELO PÉREZ, L., De nuevo sobre la denominada “expansión” del Derecho penal, en *El funcionalismo en Derecho penal, Libro homenaje al Profesor Günther JAKOBS*, Tomo II, Bogotá, 2003, p. 111.

<sup>101</sup> POZUELO PÉREZ, LH al Profesor Günther JAKOBS, p. 109. Entre los autores que integran el sector crítico puede mencionarse a HASSEMER, Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno, *ADPCP*, 1992, pp.235 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 2001; MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la sociedad de riesgo*, Madrid, 2001; DIEZ RIPOLLÉZ, J., De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (<http://criminet.ugr.es>), 2005.

<sup>102</sup> GRACIA MARTÍN, L., La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno, en REÁTEGUI SÁNCHEZ/REQUEJO SÁNCHEZ (coord.), *Derecho penal económico y de la empresa*, Lima, 2016, p. 38.

<sup>103</sup> POZUELO PÉREZ, LH al Profesor Günther JAKOBS, p. 112.

<sup>104</sup> GÓMEZ MARTÍN, *La política criminal en Europa*, p 87.

que consiga satisfacer razonablemente los dos intereses en juego, ya que “no hay libertad sin seguridad”, por cuanto, un individuo para organizarse con plena libertad, en el marco de su esfera de autonomía, necesita sentirse seguro, en el sentido de confiar que su esfera de individualidad no será invadida por otro.<sup>105</sup> En ese sentido, libertad y seguridad, no constituyen dos polos desvinculados y para garantizar la libertad se necesita seguridad. Pero no hay que olvidar que el Derecho penal no puede por sí mismo ofrecer seguridad, sino sólo realizar un aporte a ésta; debe proteger bienes jurídicos esenciales para la convivencia y garantizar por esta vía, la libertad individual de todas las personas.<sup>106</sup>

En segundo término, este argumento de que la intervención penal restringe en mayor medida el ámbito de libertad del ciudadano es rechazable por la siguiente razón: una cosa es que el ciudadano vea más limitada su libertad porque se prohíban conductas que antes eran permitidas y otra, es que la respuesta que una determinada rama del orden jurídico da ante una infracción, sea *más o menos restrictiva de derechos*. En el contexto que se viene delineando, “cuando el Derecho penal tipifica “nuevas conductas”, sólo ha variado la respuesta jurídica, puesto que las nuevas materias en las que se ha producido tipificación penal -y que serían puestas en tela de juicio por los críticos de la expansión del Derecho penal-, en todos los casos ya eran objeto de prohibición por otras ramas del Derecho. O sea, la libertad del individuo ya estaba limitada y la sanción penal sólo afecta a quien ha realizado la infracción”.<sup>107</sup>

Dicho esto, corresponde ahora adentrarse en la argumentación a favor de la intervención penal en los nuevos ámbitos de riesgo.

## **VI.2 Adecuación del discurso de modernización del Derecho penal a las nuevas necesidades sociales**

De inicio debe quedar claro que ambos modelos de intervención penal (clásica o moderna), constituyen diferentes “opciones políticas”, lo que significa que el debate entre el discurso de modernización y el de resistencia, en ningún momento puede

---

<sup>105</sup> GÓMEZ MARTÍN, *La política criminal en Europa*, p. 88.

<sup>106</sup> DEMETRIO CRESPO, E., *Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad en el Derecho penal*, DONNA (dir.) *Revista de derecho penal, Autoría y participación-I*, 2005, p. 518.

<sup>107</sup> POZUELO PÉREZ, *LH al Profesor Günther JAKOBS*, p.116.

hacerse en términos de correcto o incorrecto, en la medida en que ambos modelos se mantengan dentro del marco constitucional.<sup>108</sup>

Desde esta perspectiva, un análisis profundo de la argumentación que critica la expansión del Derecho penal, pone de manifiesto que en general el problema no reside en si la ley penal debe intervenir o no en determinados sectores, sino en *cómo* lo hace. Esta confusión le resta claridad al debate.<sup>109</sup>

Muchas veces la técnica legislativa elegida, puede atentar contra principios como el de legalidad, si la redacción es confusa e indeterminada o el de proporcionalidad al asignar penas demasiado graves, pero claramente se trata del “cómo”.<sup>110</sup> En este sentido, las exigencias del actual contexto de riesgos ha derivado la actividad legislativa hacia las formas de negligencia y omisión, donde la taxatividad y exhaustividad legislativa no siempre son metas fáciles de alcanzar.<sup>111</sup> Por el contrario, el Derecho penal clásico tenía el privilegio de la claridad y linealidad; el anclaje a la lesión de un bien jurídico individual permitía una más inmediata satisfacción del principio de ofensividad, por lo menos en el sentido de tornarse más concreta la conducta prohibida. Con el incremento de las figuras culposas y omisivas, y las discusiones acerca del fundamento de las diferentes posiciones de garante, las expectativas puestas en que el legislador resolverá de antemano la totalidad de los problemas que la realidad jurídico penal plantee, resultan claramente defraudadas.<sup>112</sup>

Sin embargo, esto no quiere decir que el Derecho penal moderno desconozca *per se* las garantías y principios constitucionales, sino que el fenómeno de la expansión se inserta en un marco general de *reinterpretación* de las garantías clásicas y ello debido a un

---

<sup>108</sup> POZUELO PÉREZ, *LH al Profesor Günther JAKOBS*, p.122.

<sup>109</sup> POZUELO PÉREZ, *LH al Profesor Günther JAKOBS*, p. 119. En el contexto de la sociedad de riesgo, el nuevo Derecho penal persigue proteger la confianza de los ciudadanos en el funcionamiento del sistema y a partir de ello asegurar el libre desarrollo de la personalidad. En este nuevo Derecho penal confluyen el nuevo sistema de Estado social, con un nuevo sistema de valores y el nuevo sistema del Estado liberal, en el contexto de la sociedad tecnológica post industrial. Esta evolución científica, tecnológica, socio económica y paralelamente, del pensamiento político, ha llevado al legislador a proteger penalmente nuevos bienes jurídicos, a la doctrina y jurisprudencia a reinterpretar el sentido de algunos bienes tradicionales y al sistema judicial a condenar por la comisión de un delito de peligro sin esperar que se produzca el resultado lesivo. Muchos de los problemas vienen de la técnica de tipificación (CORCOY BIDASOLO, *La política criminal en Europa*, pp. 38 y 40).

<sup>110</sup> POZUELO PÉREZ, *LH al Profesor Günther JAKOBS*, pp.120/ 21. La clave del problema en torno a la utilidad y eficacia de la intervención penal reside en realizar una ponderación, en la que ha de tenerse en cuenta cual es el beneficio que proporciona la pena, cual es el coste que comporta y quien debe soportar ese coste. La pretensión lógica es que haya un equilibrio entre ambos parámetros, entre el beneficio de la eficacia y el coste que implica toda intervención penal (*ibídem*).

<sup>111</sup> SHONE, W., Imprudencia, tipo y ley penal (ZIFFER trad.), *Cuadernos de conferencias y artículos*, n°2, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 26.

<sup>112</sup> RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, J., *Riesgo penal para directivos de empresa*, Bs. As., 2016, pp.225/ 26.



conjunto de circunstancias que conectan con la naturaleza de los bienes jurídicos que pretenden ser protegidos -colectivos-, la técnica de tipificación usada -delito de peligro- y la autoría en ese ámbito -por ejemplo, criminalidad empresarial-.<sup>113</sup>

El discurso de modernización, en paralelo a la dotación al Estado de derecho de los contenidos materiales que le proporciona el Estado social, sólo plantea una *adecuación del Derecho penal a las nuevas realidades sociales y a ésta concepción del Estado*, pero para esto no se desvía de los principios y garantías del Estado de derecho, sino que los profundiza, para realizarlos en toda su plenitud. La modernización es considerada una exigencia ética y política del presente, precisamente como condición de posibilidad de la realización efectiva de las garantías del Estado de derecho social y democrático.<sup>114</sup>

Con esta lógica, el principio de legalidad tal como se conoce hasta el presente, debe ser redefinido y reinterpretado para poder ser adaptado a esas nuevas realidades, lo que implica señalar que las cuestiones axiológicas en materia penal cada vez tienen más importancia y que el juez ya no es un “simple espectador extraño al proceso”, sino que a través de su función jurisdiccional, crea derecho. Esta misión también ha sido reconocida a la dogmática penal.<sup>115</sup>

En la actual sociedad de riesgo, el Estado no puede limitarse a garantizar al individuo unos espacios de autonomía que impidan la injerencia de terceros en su esfera de libertad, sino que debe garantizar también el libre y efectivo desarrollo de su personalidad en la sociedad, mediante el establecimiento de todos aquellos mecanismos que permitan su participación en *condiciones de igualdad material*, prestando especial atención a aquellos grupos sociales que, por encontrarse en una franca situación de desigualdad, requieren una tutela reforzada.<sup>116</sup> En este esquema, es impensable

---

<sup>113</sup> DEMETRIO CRESPO, *RDP*, 2005, p. 516.

<sup>114</sup> GRACIA MARTÍN, *Derecho penal económico y de la empresa*, pp. 50-51.

<sup>115</sup> RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, *Riesgo penal...*, pp. 225/27. Existe un conflicto ineludible al Derecho penal entre legalidad y política criminal. Este juego de intereses se percibe a la hora de aplicar el Derecho positivo por el Poder Judicial. Es allí donde radica el verdadero desafío de la política criminal de nuestro tiempo: en alcanzar un sistema judicial que al momento de aplicar el Derecho penal tenga claro en qué marco político criminal actúa y cuáles son las consecuencias institucionales de sus resoluciones como actos comunicacionales de sentido. De allí, el importante rol institucional de la dogmática penal al servicio del sistema de justicia (*Ibidem*).

<sup>116</sup> HORTAL IBARRA, *La política criminal en Europa*, p. 244. En igual sentido, PEÑA CABRERA FREYRE, quien señala que un Estado liberal de Derecho, cuyos postulados fundamentales eran la tutela de los derechos subjetivos individuales, como la propiedad, da paso a un Estado social y democrático de Derecho, cuya finalidad esencial es configurar un estado de bienestar de los ciudadanos, promoviendo la participación de los individuos en los procesos socio-culturales, a partir de una mayor propensión del Estado a la realización de los derechos fundamentales. Ante esta nueva cosmovisión del Estado, la política criminal es redefinida hacia nuevos rumbos sociológicos. Se produce un desplazamiento de un Derecho penal retributivo, hacia un Derecho penal preventivo, cuya tarea es preservar un estado de igualdad y de libertad entre los asociados (*LH al Dr. Juan Bustos Ramírez*, p.686 y ss.).

pretender retroceder a un Derecho penal liberal, sostenido bajo el principio de mínima intervención, del *modo* que allí se lo definía. Este principio debe ser reelaborado de conformidad con las nuevas y concretas exigencias de la sociedad moderna, donde los derechos sociales exigen una *respuesta intensificada* del Estado.<sup>117</sup> Frente al Derecho penal tradicional, que se limitaba a intervenir sólo lo mínimo indispensable para la “seguridad ciudadana”, la política criminal progresista proclama la aspiración a la *justicia social*. En este contexto, la expresión “intervención mínima” hace referencia a la idea de que la intervención penal ha de utilizarse únicamente en aquellos casos en que resulte imprescindible para garantizar la protección de la sociedad *pero bajo estas nuevas pautas*, idea que responde al criterio de que la pena solamente es admisible cuando no existe otro “mal menor”, puesto que de existir, la intervención penal sería ilegítima al infringir dicho principio político-criminal.<sup>118</sup>

Por otra parte, en este escenario, el “carácter fragmentario” alude al hecho de que únicamente pueden ser castigadas penalmente aquellas modalidades de ataque más graves contra los bienes jurídicos merecedores de tutela penal, lo cual significa, *a sensu contrario*, que la intervención penal será político-criminalmente ilegítima en aquellos supuestos en que el tipo penal incrimine las conductas menos lesivas para el bien jurídico protegido. En sectores de duplicidad sancionatoria -sanción extra penal- como el que aquí se aborda, este principio aconseja una mayor concreción de la conducta típica y la no punición de la tentativa y la comisión imprudente.<sup>119</sup>

La masificación productiva, la proliferación industrial, la actividad minera, entre otras, crean nuevos focos de riesgo que se constituyen en peligros para bienes jurídicos personalísimos. Pero estos riesgos *no están comprendidos en los alcances normativos de los tipos penales tradicionales*.<sup>120</sup> Sin duda la contaminación ambiental y los riesgos

---

<sup>117</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, *LH al Dr. Juan Bustos Ramírez*, pp. 686 y 711.

<sup>118</sup> HORTAL IBARRA, *La política criminal en Europa*, p. 246, nota 27 ; SILVA SÁNCHEZ, J., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bs.As., 2010, pp. 393/94.

<sup>119</sup> HORTAL IBARRA, *La política criminal en Europa*, p. 246, nota 28. A efectos penales, por tanto, el peligro objetivo sólo tiene relevancia cuando puede ser calificado como riesgo, es decir el peligro con relevancia penal no tiene naturaleza causal naturalística, sino normativa, debe verificarse también la probabilidad de lesión en el caso concreto -evaluación del riesgo- atendiendo a los bienes jurídicos potencialmente puestos en peligro y al ámbito de actividad donde se desarrolla esa situación. Dicha situación de peligro opera como límite a la actuación incriminadora del legislador: la legitimidad del castigo de conductas peligrosas está vinculada al respeto a dichos límites axiológicos, pues sólo en la medida en que se incriminen conductas con suficiente peligrosidad normativa en abstracto se respetarán los postulados del Estado de derecho, en particular el principio de intervención mínima y *ultima ratio* del Derecho penal (CORCOY BIDASOLO, *La política criminal en Europa*, pp. 32/33).

<sup>120</sup> En muchos casos se trata de nuevos modos de agresión (colectivos) para bienes jurídicos individuales, como se explicará en el capítulo III, respecto de los riesgos laborales.

laborales, entre otros, obligan a un cambio de rumbo en la política criminal. El individuo no sólo necesita que se tutele su vida y salud frente a homicidios y lesiones (delitos del Derecho penal clásico), sino también contar con un eco-sistema equilibrado, un ambiente seguro de trabajo, etc., una nueva concepción que conlleva a introducir nuevas categorías dogmáticas.<sup>121</sup> El Derecho penal nuclear propio del Estado liberal, se basa en una técnica de tipificación propia de los delitos dolosos de lesión. Mientras que en el marco de un Derecho penal moderno, la formulación político-criminal comprende la utilización dogmática de los bienes jurídicos colectivos y los tipos de peligro, así como el predominio de los injustos imprudentes y omisivos. Los nuevos retos de la sociedad moderna superan de forma trascendente los conceptos tradicionales de la vieja dogmática acuñada en el Derecho penal liberal.<sup>122</sup>

De este modo, se confirma la necesidad de un cambio, por cuanto no se debe olvidar que el Derecho penal constituye una herramienta de control social y por lo tanto, *debe transformarse al mismo tiempo que evoluciona la sociedad*.<sup>123</sup> Por eso, cuando se aboga por la negativa a la modernización, se hace fracasar la finalidad del Derecho penal de proteger el bien jurídico, al ignorar las condiciones de actuación de la sociedad moderna.<sup>124</sup>

Los que afirman que el Derecho penal debe mantener los viejos principios del Estado liberal se equivocan, pues el Estado social es una síntesis normativa y política del primero. Es decir, se parte de la presunción de una “radical ruptura” entre el Estado liberal y el Estado social, cuando en realidad, el Estado social es un *estado evolutivamente desarrollado del Estado liberal*, que comprende el reconocimiento de los derechos sociales y económicos -propios de la segunda generación- donde trasciende el concepto de persona como pilar fundamental de todo el sistema jurídico. Los

---

<sup>121</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, *LH al Dr. Juan Bustos Ramírez*, p. 691.

<sup>122</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, *LH al Dr. Juan Bustos Ramírez*, pp. 695/96.

<sup>123</sup> GALLARDO GARCÍA, *Protección jurídica*....p. 26.

<sup>124</sup> SHÜNEMANN, B., Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana, (CANCIO MELIA, trad.), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 49, mes 1, 1996, p. 200. Una peculiaridad de la sociedad industrial actual estriba en el extraordinario incremento de las interconexiones causales, pues debido a la extremadamente densa red de industrialización existente, en muchos ámbitos resulta imposible explicar, por ejemplo, la producción de daños en la salud de los habitantes de una determinada zona a través de una sola relación de causalidad, con base en la cual pudiese identificarse, por ejemplo, la emisión de sustancias tóxicas por parte de una determinada fábrica como causa. Por el contrario, es característico de la sociedad industrial actual, la existencia de relaciones causales múltiples cuyo esclarecimiento en detalle es imposible con los métodos e instrumentos científicos o naturales actuales, a causa de su interrelación y de su compleja confluencia (*Ibidem*, p. 198).

derechos del hombre siguen teniendo un papel medular en el Estado social de derecho, pero dado su carácter corrector de las insuficiencias del Estado liberal, son los derechos económicos y sociales los que ocupan un puesto privilegiado, pues materializan los ideales de justicia social.<sup>125</sup>

En este nuevo panorama se deja de lado la concepción retributiva de la pena y se acoge la *prevención* como instrumento dirigido a la contención de focos de riesgo, lo que significa un adelantamiento de las barreras de intervención del Derecho penal, pero no por eso ilegítimo e incompatible con los postulados ideológicos del Estado social de derecho.<sup>126</sup>

Respecto de la creación de nuevos tipos penales, hay que indicar que se justifica en la medida en que la globalización ha tenido y tiene una serie de efectos en la criminalidad, puesto que ha permitido, o inclusive podría decirse que ha incentivado, la creación de nuevas modalidades delictivas, sobre todo en materias como la económica, o el medio ambiente, entre otras. Es decir, aquellos ámbitos en los que la criminalidad se aprovecha de las ventajas que ofrecen los mecanismos propios de la globalización para su expansión o incluso su creación. Precisamente la siniestralidad laboral se presenta como “una lacra del mercado laboral en el denominado Estado de bienestar, que amerita una solución”.<sup>127</sup>

## **VII. Notas características del delito de riesgos laborales**

### **VII.1 Introducción**

El fenómeno de expansión/modernización presenta tres características definitorias: la administrativización del Derecho penal, la progresiva deconstrucción del paradigma liberal del Derecho penal y la regionalización/globalización del Derecho penal.<sup>128</sup>

---

<sup>125</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, *LH al Dr. Juan Bustos Ramírez*, pp. 709/10. Hay un nuevo Derecho penal donde las categorías fundamentales del esquema iluminista han sido remplazadas por otras más acordes con la complejidad social de nuestro tiempo. Si el iluminismo configura a la sociedad en términos del modelo social, en la actualidad se piensa en una sociedad de riesgos, altamente compleja y dentro de la cual la persona es vista según roles y competencias organizativas (RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, *Riesgo penal...*, p. 25).

<sup>126</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, *LH al Dr. Juan Bustos Ramírez*, p. 712.

<sup>127</sup> GALLARDO GARCÍA, *Protección jurídica...*, pp. 9/10 Los avances tecnológicos deberían derivar en una mejor protección de la seguridad e higiene en el trabajo, sin embargo no ha sido así, puesto que en ocasiones los propios medios de protección pueden suponer nuevos riesgos laborales, sobre todo si no se informa su correcto uso. De ahí la necesidad de crear delitos que protejan los derechos de los trabajadores (*Ibidem*).

<sup>128</sup> DEMETRIO CRESPO, E., *Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad en el Derecho penal*, DONNA (dir.) *Revista de derecho penal, Autoría y participación-I*, 2005, p. 513.

Las características señaladas adquieren una fisonomía propia en el marco del delito de riesgos laborales aquí postulado:

La administrativización implica que el Derecho penal interviene en sectores de riesgo socialmente muy significativos, como lo es el ámbito de la actividad laboral peligrosa, donde la norma administrativo-laboral ha fijado un margen de *riesgo permitido*. En ese contexto, el delito propuesto desvalora la conducta de *infracción de la norma extrapenal*, que introduce un riesgo no permitido, generando un peligro grave para la vida y salud del trabajador. Ello tiene como consecuencia, la anticipación de las fronteras de la protección penal y la transición, en definitiva, del modelo de delito de lesión al modelo *de delito de peligro* y el uso de leyes penales en blanco.<sup>129</sup>

En segundo término, la evolución del Derecho penal (modernización) radica en la criminalización formal de la criminalidad material de las clases sociales poderosas, ignorada o favorecida por el Derecho penal liberal. Por eso, la tarea fundamental del discurso de modernización consiste en formular los enunciados y en determinar los objetos que permitan incluir a toda la criminalidad material -esencialmente económica y empresarial- de las clases sociales poderosas en el discurso político criminal.<sup>130</sup>

Esta concepción permite enmarcar el delito aquí postulado, en la *estructura de la empresa*, donde hay un incumplimiento por parte del empleador -en tanto “parte poderosa de la relación laboral”- de las condiciones mínimas de seguridad e higiene que conforme a la norma extrapenal, debe brindar a la “parte débil o *subordinada* de esa relación”: los trabajadores. De ese modo, la intervención penal aquí se dirige a proteger a ese colectivo vulnerable, frente al comportamiento infractor del *empresario*, en aras de garantizar un ámbito seguro de trabajo, en el que el ciudadano pueda desarrollarse.<sup>131</sup>

Por último, la globalización, como fenómeno socio-económico internacional y la integración supranacional, como fenómeno jurídico-político, constituyen dos factores que inciden en la discusión sobre el Derecho penal de la sociedad postindustrial, en el sentido de que tras ellos subyace la reivindicación de una *lucha más eficaz contra la*

---

<sup>129</sup> DEMETRIO CRESPO, *RDP*, 2005, p. 514.

<sup>130</sup> GRACIA MARTÍN, *Derecho penal económico y de la empresa*, p. 52.

<sup>131</sup> Se trata de un ámbito caracterizado por la situación desigual de las partes, lo que exige recurrir a técnicas de intervención que, aun no dirigidas a eliminar la desigualdad, tarea que no compete al sistema penal, tenga en cuenta esa peculiaridad, ya que de otro modo, se revelarían como absolutamente inidóneas *ab initio* (TERRADILLOS BASOCO, *El Estado y los conflictos sociales: la función del sistema penal*, *Revista de Derecho Social*, n° 9, Albacete, 2000, p. 23).

*criminalidad*.<sup>132</sup> Esto se ve claro en la delincuencia económica y en particular respecto de la siniestralidad laboral, en el marco de América Latina.

De lo anterior, se desprenden las notas características propias del delito de riesgos laborales postulado y de la situación que éste debe desvalorar, que pueden esquematizarse del siguiente modo: incremento del riesgo por encima del nivel permitido, delito especial del empresario, dependencia del trabajador y delito de peligro en un contexto de sociedad de riesgo y globalización.

## **VII.2 Incremento del riesgo por encima del nivel permitido**

La actividad laboral constituye, junto con el tráfico rodado y la práctica médica quirúrgica, uno de los ámbitos en que mayor incidencia tiene la figura del *riesgo permitido*. La utilidad socio-económica que reportan dichas actividades, explica la admisión de un determinado umbral de riesgo tolerado, cuya frontera se fija, entre otros factores, en atención a la importancia de los intereses en juego y las posibilidades técnicas de controlarlos. Se trata de una decisión política que en la práctica, queda en mano de los expertos y en un segundo momento -decisión judicial- fundamentará la imposición de sanciones civiles, administrativas y penales, siempre que en el supuesto se haya superado el grado de riesgo legalmente establecido.<sup>133</sup>

La tipificación de los límites de tolerancia para el riesgo prohibido, “es el nudo impuesto por el nuevo sistema penal, pues de él deriva la dificultad de establecer cuáles riesgos de hecho son permitidos y cuales son tolerables, de modo que el propio significado pleno del tipo penal incriminador -el llamado ámbito de protección de la norma- pasa a ser blanco de politización en el establecimiento de sus nociones, fruto de la sociedad mundial de riesgo. El tipo penal, al superar los problemas relativos al nexo de causalidad, gana un conflicto inherente, pues es

---

<sup>132</sup> DEMETRIO CRESPO, *RDP*, 2005, pp. 515/16.

<sup>133</sup> HORTAL IBARRA, Concreción del riesgo típico en el delito contra la seguridad en el trabajo (Art.316 CP). A la vez algunos apuntes sobre algunos modelos europeos de protección “penal” de la prevención de riesgos laborales, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dir.), *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Bs.As., 2009, p. 98. Se trata de un criterio que expresa una ponderación de todos los intereses jurídico-penalmente relevantes, juicio de ponderación de todos los intereses relevantes en el que se precisa una valoración previa, que debe incluir como premisa mayor la autocomprensión de la sociedad y el orden relativo de valores -o preferencias- en que aquella se plasma (DEMETRIO CRESPO, *RDP*, 2005, p. 515). El criterio del riesgo permitido supone una ponderación de intereses, cuya solución será distinta en cada momento histórico. La demarcación del riesgo permitido o no permitido, se trata de una simple opción entre tantas otras; de hecho establecer el límite y ejecutar la norma ante un incumplimiento, son ejercicios del poder. Estamos así ante una función selectiva, responsable por la elección de los niveles de tolerancia de la creación e incremento del riesgo en la sociedad. Surge así, un espacio fructífero para la ideología y el ejercicio del poder. Lo que significa un riesgo jurídicamente relevante no es una cuestión perteneciente a la lógica o a la ciencia de la naturaleza, sino una valoración político criminal (SALVADOR NETTO, *RDP*, 2008, pp. 695/96).

transformado en la categoría de disputa entre los límites permitidos y prohibidos, se asume así el aspecto penal de un momento de especulaciones”.<sup>134</sup>

Partiendo de la premisa de que la intervención penal en estos casos se ocupa de la conducta ya sancionada por otras ramas del Derecho -civil, laboral, administrativo- y de que la prevención de riesgos laborales en particular, ya es objeto de una especial protección extrapenal, la legitimidad de la intervención penal pasa por la incriminación de aquellas conductas especialmente graves para lesionar los bienes jurídicos protegidos, tal como exige el principio de intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad del Derecho penal.<sup>135</sup> El resultado será la intervención del Derecho penal, en un ámbito en el que cumplirá una función *subsidiaria*, ya que la tutela inmediata en materia de seguridad en el trabajo la ejerce el Derecho laboral y administrativo. Es decir, la herramienta penal, en tanto *ultima ratio*, debe dirigirse a un momento *posterior al incumplimiento e intervención del orden laboral-administrativo*, reforzando los objetivos de seguridad de esta normativa extra-penal.<sup>136</sup>

En opinión de CORCOY BIDASOLO, son riesgo permitido “todos aquellos peligros inevitables, dado el estado de conocimientos y aquellos que, aun siendo evitables, sería excesivamente costoso excluir”.<sup>137</sup> Esta cuestión se pone de manifiesto con relación a las enfermedades profesionales, que se sabe se producirán como consecuencia de determinados trabajos, que sin embargo se permiten, a sabiendas de que constituyen un riesgo idóneo para lesionar la salud.<sup>138</sup>

La autora menciona en este sentido la SAP Barcelona del 12/9/92, donde se absuelve a los responsables de las obras de uno de los cinturones de ronda en

---

<sup>134</sup> SALVADOR NETTO, *RDP*, 2008-2, pp. 696/ 97, nota 11. En igual sentido, el concepto de riesgo permitido juega un papel regulador básico en la dogmática penal del nuevo Derecho penal, como figura jurídica que permitiría reputar conforme a derecho acciones que comportan un peligro de lesión para bienes jurídicos, siempre que el nivel de riesgo se mantenga dentro unos límites razonables y el agente haya adoptado las medidas de precaución y control necesarias para disminuir justamente el peligro de aparición de dichos resultados lesivos (DEMETRIO CRESPO, *RDP*, 2005, p. 515).

<sup>135</sup> HORTAL IBARRA, *La política criminal en Europa*, p. 251.

<sup>136</sup> El Derecho penal en este ámbito, ha de jugar un papel cualitativamente importante pero cuantitativamente modesto. Tratándose del instrumento más restrictivo de derechos fundamentales, no puede ser utilizado para castigar toda infracción de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, sino sólo aquellas susceptibles de poner en grave peligro la vida y salud del trabajador. La criminalización de cualquier infracción, no sólo deslegitimaría la intervención del Derecho penal, sino que resultaría contrario a los propios intereses de los trabajadores, por cuanto desincentivaría notablemente la actividad empresarial y por lo tanto el desarrollo económico, lo que restaría cuotas de libertad a la ciudadanía en su conjunto (HORTAL IBARRA, *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, pp. 100/ 01).

<sup>137</sup> CORCOY BIDASOLO, *CDJ-2*, 2003, pp. 107/08.

<sup>138</sup> CORCOY BIDASOLO, *CDJ-2*, 2003, pp. 107/08. Por ejemplo: neumoconiosis y silicosis por la extracción del carbón, asbestosis por trabajar con el amianto, bisinosis por el polvo del algodón y lino, paros respiratorios y edemas de pulmón por el trabajo con cianuro en la extracción de oro, plata, fumigación, etc.

Barcelona. Tras lluvias torrenciales se desprendió un talud de contención y murieron dos trabajadores. En la sentencia se afirma que el riesgo era evitable, pero que su evitación hubiera sido tan costosa que no era exigible porque hubiera hecho inviable la realización de esas obras.<sup>139</sup>

No comparto totalmente ese razonamiento. En mi opinión, se debe aceptar una actividad laboral peligrosa partiendo de la premisa de que las medidas preventivas, *si se cumplen correctamente*, disminuyen el riesgo a un nivel *mínimo*. En esta concepción, el riesgo de muerte o lesión grave *sólo puede provenir de que esas medidas se infrinjan o no se apliquen adecuadamente*.<sup>140</sup> Es decir, el concepto de riesgo permitido no debe incluir la posibilidad de que esos *dos resultados* se produzcan (lesión grave y muerte) si se cumple la norma de seguridad. En este orden de ideas, es aceptable el argumento relativo a la falta de conocimiento, pero no el que refiere al aspecto económico.

En efecto, la mayor conciencia social sobre la necesidad de proteger la seguridad laboral y los avances técnicos logrados, han traído consigo una reducción del umbral de riesgo permitido.<sup>141</sup> Este proceso debe tender a configurar -al menos teóricamente-, un nuevo modelo de tratamiento técnico-jurídico de la siniestralidad laboral, que ha sido denominado “humanístico”, en el que partiendo del principio de inaceptabilidad del riesgo profesional, prevalezca la personalidad psicofísica del trabajador sobre las exigencias del sistema productivo, concibiendo la productividad no como un fin en sí mismo sino como un medio para satisfacer las necesidades humanas.<sup>142</sup> Este modelo hipotético se basaría en lo que podría calificarse como “tesis de la seguridad total”, que implica la adopción de una estrategia de eliminación de los riesgos laborales que

---

<sup>139</sup>CORCOY BIDASOLO, *CDJ-2*, 2003. p.115.

<sup>140</sup> En este esquema, la posibilidad de contraer enfermedades graves será el resultado de situaciones excepcionales, imprevisibles, por ejemplo, una condición personal del trabajador, desconocida *a priori*.

<sup>141</sup> HORTAL IBARRA, *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, p. 98. Esto es reconocido también por CORCOY BIDASOLO, quien señala que “Los avances tecnológicos, junto a un cada vez mayor -al menos en teoría- , respeto por la vida está llevando a limitar cada vez más el ámbito del riesgo permitido” (*CDJ-2*, 2003, p. 108). En igual sentido, se ha dicho que el cambio significativo de la autocomprensión social producido en las últimas décadas, se halla en la modificación del producto del juicio de ponderación de intereses en el sentido de disminución de los niveles de riesgo permitido, como consecuencia de una sobrevaloración esencial de la seguridad (DEMETRIO CRESPO, *RDP*, 2005, p. 515, nota 58).

<sup>142</sup> LOZANO LARES, *El tratamiento jurídico...* p. 365. Un buen ejemplo de ello es el ordenamiento noruego, donde se viene adoptando desde finales de la década de 1970 una normativa sobre medio ambiente de trabajo, en la que se contempla una “transferencia del onus de la prueba”, es decir, se podría determinar la prohibición del uso industrial de una determinada sustancia química, sin necesidad de demostrar “que la misma tenía realmente consecuencias negativas” (*ibídem*).



convirtiera el daño al cuerpo del trabajador en un acontecimiento verdaderamente fortuito e imprevisible.<sup>143</sup>

### VII.3 Delito del empresario

La adopción de un Derecho penal de empresa como “subproducto” del Derecho penal económico, surge de la necesidad legal y dogmática de abordar la responsabilidad penal en el marco de las actividades empresariales, ámbito caracterizado por la *calidad* de los sujetos de actuación y la *forma de organización* en que se integran los sujetos individuales.<sup>144</sup>

Cuando se estudia el delito en la empresa y se fijan criterios rectores para determinar la culpabilidad de sus integrantes y su capacidad de motivarse en la norma, debe tenerse en cuenta que toda sociedad comercial, generalmente ha sido concebida como un eficaz medio para obtener lucro, motivo por el cual ese afán indiscriminado de logro de beneficios económicos muchas veces hace que se atente contra el mismo establecimiento o contra el resto de la comunidad, en pro de la obtención de dicho fin. También merece consideración especial el criterio de “solidaridad” que impera en el interior de los grupos corporativos, como así también, la eventual “mimetización” que muchos de los integrantes del establecimiento tienen con el cumplimiento de los objetivos fijados desde la dirección de la corporación, lo que nos permite hablar de una especie de “moral propia vigente en el seno de la empresa”.<sup>145</sup>

---

<sup>143</sup> LOZANO LARES, *El tratamiento jurídico...pp.* 366/67. “Para ello sería necesario acometer, como es lógico, las inversiones económicas que fueran pertinentes para la creación de entornos laborales seguros y saludables, lo que, bien mediante impuestos o a través de un incremento del precio de los productos y servicios ofertados, implicaría la socialización del coste de la seguridad profesional. Si tenemos en cuenta la magnitud de la tragedia que representa, esa socialización del coste de la eliminación del sufrimiento humano generado por la siniestralidad laboral estaría más que justificado *per se*, pero es que incluso desde una perspectiva puramente economicista acabaría siendo un buen negocio la asunción de ese coste, puesto que la sociedad en su conjunto se estaría ahorrando una cifra equivalente al 5 % del PNB mundial anual, que es el coste económico derivado de la siniestralidad laboral según cálculos de la OIT” (*Ibidem*).

<sup>144</sup> ILHARRESCONDO, J., *Delitos Societarios*, Bs. As., 2011, p. 31. De esta manera se aísla la problemática del delito “de” empresa o “en” la empresa del resto de los temas que conforman el Derecho penal económico, con el objeto de obtener un mayor rendimiento conceptual y un mejor tratamiento científico.

<sup>145</sup> ILHARRESCONDO, *Delitos Societarios*, pp. 43/44. Para SCHÜNEMANN, la eficacia del derecho estatal en las empresas depende esencialmente de si la “identidad corporativa” se dirige básicamente a la obediencia del derecho o si, a la inversa, una “actitud criminal de grupo” conduce a una regulación del propio comportamiento interno, para el que el derecho estatal posee escaso significado. De ahí deriva la siguiente consecuencia para el autor: que un tipo del compuesto por la combinación de una infracción abstracta de la regla con un mero resultado de peligro, en el ámbito interno de la empresa, no puede llegar a ser eficaz político criminalmente, porque los trabajadores afectados tienen por lo general buenas razones para no arruinar sus posibilidades laborales en la empresa presentando una denuncia penal. Lo que explica que el art. 316 no cumpla una función político criminal en la práctica penal española (SCHÜNEMANN, Prevención de riesgos laborales, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir), *La*

Estas circunstancias particulares en las cuales está inmerso el delito empresario, no pueden ser obviadas por el Derecho penal a la hora de centrar en la empresa su objeto de estudio. En este sentido, es evidente que muchas de las estructuras dogmáticas clásicas no resultan asimilables a los conflictos surgidos en un establecimiento comercial, a los fines de lograr una adecuada detección y represión del conflicto penal.<sup>146</sup> La incorporación del Derecho penal al mundo de la economía generó una nueva forma de ver la dogmática, la cual ya no se estructura -pura y exclusivamente- sobre el delito doloso de comisión, sino que se ha desarrollado sobre nuevas y complejas reglas de imputación, sobre todo en el marco de los delitos de omisión. En una estructura compleja y jerárquica como la empresaria, aparecen en primer plano, las responsabilidades de los garantes de control de ciertas fuentes de peligro, donde lo característico ya no pasa por la distinción naturalística entre acción y omisión, sino en el carácter evitable -en términos normativos- de la producción de un resultado típico que aquellos debían evitar.<sup>147</sup> Aquí, las bases de la responsabilidad penal son poco claras y muy controvertidas, de modo que la dogmática de la imputación posee en este ámbito, un significado político-criminal central.<sup>148</sup>

Por otra parte, la delincuencia económica se caracteriza por la elevada posición de los autores, por la *posición de poder*. Este criterio nació como resultado de la necesidad de distinguir entre “delito de cuello blanco” y “delito de cuello azul”.<sup>149</sup> La doctrina propugna la necesaria toma de conciencia respecto de las modalidades y gravedad del delito económico, haciendo hincapié en el aspecto preventivo y en la importancia de resaltar el carácter intimidante de la pena. Tanto es así, que se fomenta la implementación de reformas tendientes a introducir penas de ejecución efectiva que se materialicen acompañadas de la publicación de las sentencias y de eventuales sanciones para la empresa en cuyo nombre haya actuado el autor material, cuando esta última sea utilizada como medio de comisión de delitos.<sup>150</sup>

---

*política criminal en Europa*, Barcelona, 2004, pp. 258/59). Se tratará esta argumentación en el capítulo III.

<sup>146</sup> ILHARRESCONDO, *Delitos Societarios*, p. 244.

<sup>147</sup> RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, *Riesgo penal...*, pp. 2/3.

<sup>148</sup> SCHÜNEMANN, *La política criminal en Europa*, p. 260.

<sup>149</sup> ILHARRESCONDO, *Delitos societarios*, p. 17. La expresión delito de “cuello azul” fue acuñada por la doctrina en contraposición a la característica expresión de SUTHERLAND “delito de cuello blanco” y se usa para hacer referencia a la criminalidad de los sectores obreros de la población o pertenecientes a los estratos humildes y que se basa en la especial naturaleza de los autores, como así también en su pertenencia a una clase determinada (*Ibidem*, p. 17 y nota 40).

<sup>150</sup> ILHARRESCONDO, *Delitos societarios*, p.18, nota 43. El autor hace mención del Proyecto de Reforma Integral del Código Penal argentino, sometido a la consideración de la población durante el año

A la libertad organizacional le corresponde, como correlato, la responsabilidad por los daños o puestas en peligro para bienes jurídicos de terceros que dicha organización importe, entre ellos, los trabajadores en relación de dependencia. En el fondo de esta concepción radica el principio jurídico que prescribe que quien de algún modo se beneficia por una actividad, debe asumir como propios los principales riesgos que ella conlleva.<sup>151</sup>

En relación con la autoría en los accidentes laborales (delitos de lesiones y homicidio imprudentes) reviste una especial importancia la delegación de competencias, propia de las estructuras jerárquicas empresariales -en cargos intermedios- y también en empresas contratadas y subcontratadas. Esta delegación no excluye la posible responsabilidad penal del delegante, por cuanto subsisten competencias residuales, sobre todo teniendo en cuenta cuando hay varias personas que tenían a cargo el deber de control de riesgo inherente a la actividad, que podrá determinar, de acuerdo al caso, coautoría o autoría accesoria. También puede ocurrir que concurren conductas descuidadas de diversos sujetos con diferente nivel de responsabilidad -por ejemplo, constructor, arquitecto y encargado de obra-, en cuyo caso la atribución de responsabilidad a quien tiene un menor deber de control del riesgo podría hacerse a título de partícipe, partiendo de la posibilidad de participación en el delito imprudente.<sup>152</sup>

La responsabilidad penal del empleador surge en este ámbito como consecuencia de la *posición de garante* que ostenta respecto de los riesgos procedentes del proceso productivo que dirige. De esa posición de garante se deriva el deber de seguridad (deber de proporcionar las medidas de prevención, deber de formación, de elección, de vigilancia) reglamentado en la normativa de prevención extrapenal. Ello implica que cuando el empresario puede delegar estas funciones de protección, siempre restan deberes de vigilancia y control de esa delegación.<sup>153</sup>

---

2006, que contemplaba expresamente, en su art. 67, la posibilidad de aplicar sanciones a las personas jurídicas por actos realizados en su nombre y representación. Asimismo, el autor citado señala que: el Derecho penal constituye solamente una de las medidas para regular la vida económica y para sancionar la violación de las reglas económicas, normalmente el Derecho penal desempeña un papel subsidiario. Pero en determinados sectores, -como el empresario-, el Derecho penal es de primera importancia y prevé medios más apropiados para regular la vida económica. Eso se resolvió en el XIII Congreso de El Cairo de 1986, organizado por la Asociación Internacional de Derecho Penal sobre "El concepto y los principios fundamentales del Derecho penal económico y de la empresa" (*Ibidem*, p. 19).

<sup>151</sup> RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, *Riesgo penal...*, p. 39, nota 3.

<sup>152</sup> CORCOY BIDASOLO, *CDJ-2, 2003*, pp. 9/10.

<sup>153</sup> CORCOY BIDASOLO, *CDJ-2, 2003*, p.21.

Si bien es cierto que el empresario asume una posición de garante, no es menos cierto que su compromiso de control no puede ser general ni absoluto. Es por eso que se requiere una delimitación precisa de los requisitos de la delegación de competencias y del deber de control de los delegados. La solución a estas cuestiones representa uno de los grandes desafíos con relación al delito de riesgos laborales, que se abordará en este trabajo de investigación.

#### **VII.4 Dependencia/subordinación del trabajador**

El poder de dirección del empresario y el deber de obediencia del trabajador, confieren notas propias a la relación entre riesgo y trabajo, que el ámbito jurídico -en tanto debe cumplir una función protectoria-, no puede desconocer.

El trabajador se ve obligado a someterse a las jornadas, ritmos y condiciones de producción que le señalan los mandos de la empresa, bajo el riesgo de perder su trabajo, por eso se ha dicho que la relación entre empleador y trabajador está “desequilibrada de manera radical y debe definirse a partir de las notas de dependencia, subordinación y sometimiento; el obrero no sólo vende su capacidad de trabajo, vende también su obediencia a la disciplina de la fábrica, a las reglas de la empresa y a los dictados de los jefes”.<sup>154</sup> En este contexto, la posición del trabajador es doblemente dependiente. Lo es como efecto de una situación estructural de naturaleza económica y lo es también dentro del microcosmos que representa la empresa, reflejo a su vez, de aquella situación más general.<sup>155</sup>

Esta posición especial de subordinación desde la que el trabajador interactúa con el riesgo, tiene especial incidencia en las siguientes cuestiones:

En primer lugar, un aspecto relevante es el relativo a la eficacia del *consentimiento* del trabajador respecto de los riesgos *no permitidos* inherentes a la tarea asignada que debe desarrollar; se entiende que ese consentimiento no es eficaz, ya que está viciado (“forzado”), debido a la necesidad del trabajador de obtener o mantener un puesto de trabajo. En las relaciones laborales, el papel tutelar que cumple el Derecho impide concebir la sujeción a condiciones infra-legales del trabajador como un desistimiento de éste a sus derechos (indisponibles), por cuanto el trabajador no puede valerse de otras

---

<sup>154</sup> SAÉZ VALCÁRCEL, *CDJ- 15*, 2005, p. 43. “Las formas del poder en el interior de la empresa son complejas y múltiples, su evolución se explica en parte por los avances técnicos de la industria. La máquina y los sistemas informáticos son instrumentos silenciosos de construcción de disciplina y consenso. El poder se expresa con mecanismos directos como son la vigilancia u observación, el estímulo y la amenaza, o indirectos, con mediaciones impersonales, como pueden ser los reglamentos interiores o la cadena fijada para la realización de las actividades” (*Ibidem*, p. 41).

<sup>155</sup> BAYLOS/TERRADILLOS, *Derecho penal...*, pp. 40 y ss.

herramientas y técnicas que aquellas que les impone el patrón, quien detenta las facultades de organización y dirección de la producción.<sup>156</sup>

En segundo término, en el marco de los accidentes laborales pueden configurarse casos de los denominados de “imprudencia de la víctima”. En este sentido, el trabajador también tiene obligación de observar las medidas de seguridad en su trabajo, pero más matizada y menos enérgica. Debe utilizar correctamente los medios de protección proporcionados por el empresario, pero no tiene la obligación de aportar esos medios, ni de organizar la prestación de trabajo de manera adecuada. Aunque el riesgo de trabajo es “bilateral” -en el sentido de que el trabajador es quien interactúa con el riesgo y que, por lo tanto, también puede incrementarlo a un nivel no permitido-, el sistema de responsabilidad se ha centrado en el empresario porque éste tiene un nivel más completo de conocimiento y un mayor poder de decisión sobre la configuración de los riesgos en el ámbito de la empresa y además, porque su posición de poder en el contrato de trabajo le permite actuar sobre la conducta ante el riesgo del trabajador o incluso sustituir las decisiones de éste. En este esquema, el papel del trabajador accidentado es residual -imprudencia temeraria- o simplemente moderador -conurrencia de la culpa de la víctima (conurrencia de riesgos)-, que podrá determinar que no todo el riesgo típico sea atribuible al empresario. En cualquier caso, la conducta de la víctima debe ser intrascendente cuando el deber de cuidado infringido por ésta, sea consecuencia de la ejecución de la orden del empresario.<sup>157</sup>

El empresario tiene -dentro de ciertos límites-, la posición de garante respecto de los riesgos creados por los mismos trabajadores en el desarrollo de su actividad y en ese sentido, se le atribuye un deber de vigilancia de sus dependientes. Ahora bien, al igual que respecto del deber de control de los delegados de competencia, es necesario también establecer los límites de este deber de vigilancia, para evitar caer en una responsabilidad objetiva del empleador. En esta dirección, será necesario determinar cómo juegan en este especial ámbito de dependencia del trabajador, el principio de confianza (esto es, hasta dónde puede el empresario confiar en que sus dependientes actuarán conforme a la

---

<sup>156</sup> En el ordenamiento argentino, arts. 64 y 65 de la Ley de Contrato de Trabajo y art. 1113 del Código Civil. Por lo tanto, resulta indisponible su tutela y ello no sólo por imperio legal sino constitucional (art.14 bis Constitución Nacional) e internacional (Tratados a los que Argentina se ha obligado voluntariamente y que organismos como la OIT supervisan). Se profundizará en este tema, en el capítulo II.

<sup>157</sup> DESDENTADO BONETE, Reflexiones sobre los accidentes de trabajo al hilo de algunas decisiones judiciales recientes, *Revista de Derecho Social*, n° 24, Albacete, 2003, p. 88. Se tratará esta cuestión en el capítulo V.

medidas de prevención) y el principio de autorresponsabilidad del trabajador.<sup>158</sup> La aplicación de esos principios responde aquí a una “lógica propia”, determinada por las características especiales que definen la relación laboral, y que resulta de descifrar el funcionamiento de las esferas de organización del empresario y del trabajador, en el marco de la actividad empresarial.

### **VII.5 Delito de peligro en el marco de la sociedad de riesgo**

Con “sociedad de riesgo” se hace referencia tanto a una sociedad que se enfrenta con nuevos peligros para sí misma y para las condiciones básicas de la existencia humana, como a los ámbitos de inseguridad social y al sentimiento subjetivo de inseguridad de los miembros de esa sociedad, fenómeno que desemboca en la creación de normas cautelares, dirigidas a impedir la transformación del riesgo en daño, exigiendo un adelantamiento de la protección, sin esperar a la producción del resultado, sino que castigue las acciones peligrosas *por sí mismas* (desvinculadas del resultado lesivo). Ello porque, a través del castigo de la tentativa, este tradicional modo de protección se manifestaba insuficiente para controlar los nuevos ámbitos de riesgo inherentes al estado actual de la ciencia y la tecnología. Como ya se ha destacado, se trata de reconocer un “ámbito de juego” a lo que se denominó “riesgo permitido” en el contexto de ciertas acciones peligrosas o lesivas que, sin embargo, resultan socialmente necesarias o útiles.<sup>159</sup> Partiendo de la necesidad de aceptar ese margen de riesgo (permitido) en el marco de actividades peligrosas pero socialmente útiles, se produce un necesario cambio en la orientación de política criminal tradicional: lo que se busca es *mantener ese riesgo en el nivel permitido*, lo que conduce a la técnica propia del delito peligro y ley penal en blanco. En efecto, la conducta se caracteriza por una acumulación de remisiones normativas de diversa naturaleza; el núcleo de la tipicidad se constituye por el incumplimiento de disposiciones propias de otras áreas del sistema jurídico.<sup>160</sup>

El Derecho penal moderno, a diferencia de lo que ocurría en una visión “todavía primitivamente objetiva del mismo”, atribuye relevancia no sólo a los resultados efectivamente lesivos sino también a aquellos que “podían” haberse producido,

---

<sup>158</sup>La jurisprudencia española fundamenta ese deber de vigilancia en dos principios. Por un lado, en la inversión del principio de confianza, según el cual, los cargos directivos y los mandatos intermedios no pueden confiar en la actuación correcta de los trabajadores, por el contrario, responderán por la posible actuación “incorrecta” de los mismos. El segundo principio tiene un fundamento similar en la “imprudencia profesional” y está conectado con el principio anterior (desconfianza) (CORCOY BIDASOLO, *CDJ-2*, 2003, pp.20 y 22).

<sup>159</sup> PERIS RIERA, J., Delitos de peligro y sociedad de riesgo: una constante en la dogmática penal de la última década, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, p. 689.

<sup>160</sup> RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, *Riesgo penal...*, p. 29

efectuando una especie de “protección anticipada de los bienes”, cuando se entiende que por la naturaleza e importancia de los mismos resulta conveniente anticipar la barrera de protección, con el consecuente desplazamiento del umbral de punibilidad.<sup>161</sup> Se experimenta así, un cambio de visión ante los nuevos peligros, el centro de atención está ahora en el incremento del margen de riesgo por encima del nivel permitido.

Conforme lo ha señalado SHÜNEMANN, uno de los elementos característicos de la sociedad de riesgo es “la sustitución de los contextos de acción individuales por contextos de acción colectivos, en los que el contacto interpersonal es reemplazado por una forma de comportamiento anonimizada y estandarizada. Si se proyecta la misión del Derecho penal, de garantizar la protección de bienes jurídicos, sobre este cambio en las relaciones de intercambio sociales, y se busca en cada caso aquel punto en el que ha de apoyarse la palanca preventiva de las normas jurídico penales, el tránsito desde el delito de resultado clásico hacia el moderno delito de peligro abstracto, prácticamente deriva de la naturaleza de las cosas”.<sup>162</sup>

El ámbito de las relaciones laborales no ha permanecido ajeno a esa evolución en los contextos de acción. En efecto, puede observarse como se ha modificado el vínculo laboral en el marco actual de las corporaciones comerciales; ya no se trata del patrón que tiene una relación personal y cercana -cotidiana- o *individual* con cada dependiente, sino de interacciones casi anónimas -inclusive no presenciales en el marco de las empresas multinacionales, globalizadas en sus formas de comunicación-. Ello se traduce en una nueva clase de ataque (colectivo) a los bienes jurídicos esenciales de los trabajadores, en la medida que un infracción de la norma de seguridad puede poner el peligro a una pluralidad indeterminada de trabajadores -y no sólo a un trabajador individual-. Este aspecto, conduce a introducir en este ámbito, el concepto del *peligro común*, en el contexto del delito de peligro.

Los delitos de peligro implican así, una extensión anticipada de la penalidad a partir de una idoneidad lesiva de la concreta acción u omisión realizada por el agente, idoneidad imprescindible para determinar la inminente probabilidad de producirse una efectiva lesión al bien jurídico. Los delitos de peligro se constituyen en un instrumento de la política criminal moderna de un Derecho penal preventivo y contenedor de riesgos.<sup>163</sup>

---

<sup>161</sup> PERIS RIERA, *LH al Profesor Cobo del Rosal*, p. 691

<sup>162</sup> SHÜNEMANN, *ADPCP*, T.49, 1996, pp. 198/99.

<sup>163</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, *LH al Dr. Juan Bustos Ramírez*, p.696. Las nuevas actividades socio económicas de esta sociedad moderna, generan una cantidad indeterminada de riesgos, que deben ser contenidos por el Derecho penal, a fin de evitar una lesión concreta a los bienes jurídicos individuales, por ello, anticipar de forma significativa la función de prevención, es la única forma viable de asegurar la

La intervención penal por medio del delito de peligro “no sólo puede resultar más eficaz que los instrumentos extrapenales en la prevención de riesgos laborales, sino también respecto de los clásicos delitos de homicidio y lesiones imprudentes. Partiendo de la asunción por parte del Estado de una determinada “concepción utilitarista del Derecho penal” en la incriminación de nuevas conductas, puede afirmarse que los delitos de peligro en general y el delito contra la seguridad e higiene laboral en particular, logran garantizar no sólo una disminución de los altos costes económicos derivados del pago de las prestaciones sociales derivada un accidente de trabajo, sino la imposición a los posibles autores de una pena menos gravosa que la prevista en los delitos de homicidio y lesiones y la existencia de un instrumento más a través del que impedir la conculcación de unos bienes jurídicos penales tan esenciales como la vida y salud del trabajador.”<sup>164</sup> Según expresa SCHÜNEMANN, en el delito imprudente de resultado, la norma de comportamiento concreta por regla general no está escrita y es formulada posteriormente por la jurisprudencia, mientras que en el delito de peligro abstracto, el legislador puede y debe crear un tipo mucho más concreto para cumplir con el principio de legalidad.<sup>165</sup>

En mi opinión, la intervención penal en el ámbito de la actividad laboral peligrosa no puede desconocer este nuevo panorama de agresión a los bienes jurídicos vida y salud de los trabajadores, frente al que debe adaptar sus herramientas recurriendo al delito de peligro abstracto y de peligro común.

## VII. 6 Globalización y necesidad de regionalización

La preocupación por la prevención de los riesgos laborales también existe a nivel supranacional; la OIT por ejemplo, ha contribuido a mejorar la normativa interna de los distintos países de la comunidad internacional.<sup>166</sup> A nivel regional, así como está sucediendo en la Comunidad Europea,<sup>167</sup> en el ámbito del Mercosur también deberían

---

misión fundamental del *ius puniendi*: la protección “preventiva del bien jurídico”. El Derecho penal moderno debe asegurar mayores ámbitos de protección social de los individuos. Por eso, la legitimidad del delito de peligro abstracto es incuestionable (*Ibidem*, pp. 697/8).

<sup>164</sup> HORTAL IBARRA, *La política criminal en Europa*, pp. 149/50.

<sup>165</sup> SHÜNEMANN, *ADPCP*, T.49, 1996, p. 201; GRACIA MARTÍN, *Derecho penal económico y de la empresa*, pp. 50/52.

<sup>166</sup> En el capítulo II, se mencionan los Convenios OIT ratificados por Argentina.

<sup>167</sup> A pesar de que la Unión Europea no dispone de un ordenamiento punitivo aplicable a todos los Estados miembros, hay un intento de un sector doctrinal en este sentido (ver TIEDEMANN, K. *Eurodelitos. El Derecho penal económico en la Unión Europea*, Cuenca, 2003). La Unión Europea sí posee competencia para legislar en otras ramas del Derecho, como la laboral, lo que ha determinado en algunos casos la definición de algunos elementos y el contenido de algunas infracciones de carácter penal. De este modo, se evidencia que esa competencia en otras materias ha permitido que la normativa europea acabe incidiendo en el Derecho penal de los Estados miembros, mediante el uso de las leyes penales en blanco. En efecto, esa técnica legislativa obliga a los operadores del Derecho a acudir a la normativa extrapenal de ámbito estatal, pero aprobada a raíz de ciertas políticas comunitarias y que conforma el contenido de la normativa nacional en ese ámbito concreto, dotando de contenido a la acción típica mediante la configuración del delito como norma penal en blanco (GALLARDO GARCÍA, *Protección jurídica...*, p. 17). La autora citada concluye que el Derecho comunitario cada vez tiene mayor protagonismo en los ordenamientos internos de los Estados de la Unión Europea (UE) y las políticas de armonización que se están imponiendo desde los distintos organismos de la UE, ponen de manifiesto el



configurarse políticas de armonización; para ello es preciso que cada país reconozca la necesidad de desarrollar programas de prevención de riesgos laborales y luego equilibrar los estándares de seguridad. En este contexto, cabe mencionar la “Declaración Socio Laboral”, suscripta en Río de Janeiro en 1998, que regula los derechos fundamentales reconocidos en materia laboral, promoviendo la armonización de la normativa interna de los Estados miembros del Mercosur y estableciendo mecanismos de seguimiento para asegurar su implantación efectiva. A pesar de que, según el art. 17 del documento, los Estados parte se comprometieron, a través de su suscripción, a formular, aplicar y actualizar, en forma permanente, políticas y programas en materia de salud y seguridad en el trabajo, lo cierto es que más allá de las medidas que cada país haya implementado *aisladamente*, no se ha logrado todavía un actuar *coordinado* para nivelar los estándares de seguridad laboral de las naciones de la región. Hasta el momento, los cambios legislativos de cada país, han respondido a necesidades propias y no a una estrategia en que se considere el proceso de integración.<sup>168</sup>

Esta modalidad de actuación conjunta con relación a la seguridad laboral, es necesaria no sólo en la Región Sur, sino en toda América Latina, por cuanto constituye una zona vulnerable desde el punto de vista socio-económico, y por lo tanto se halla expuesta al desembarco de empresas multinacionales que se dedican a explotaciones peligrosas y que no pueden llevarlas a cabo en otros países con políticas de prevención de riesgos laborales más restrictivas, entre las que se incluye la *protección penal* de los trabajadores frente a los peligros inherentes a tales actividades.

En este escenario, no puede desconocerse que “la globalización ha traído consigo el fenómeno es la “desterritorialización”, según el cual, la flexibilidad organizativa segmenta el proceso productivo en unidades jurídicamente autónomas, que permiten eludir responsabilidades incluso penales, y susceptibles además, de deslocalización, de modo que pueden trasladarse de un país a otro en busca de las condiciones más rentables. Y esa rentabilidad viene condicionada, entre otros factores, por la disciplina laboral a la que se vea sometida la actividad empresarial”.<sup>169</sup> Si el Derecho penal se inhibe ante las más graves -por su lesividad- infracciones a esa disciplina jurídica, “no

---

nivel de preocupación ante distintos problemas sociales, entre otros el de la siniestralidad laboral (*Ibidem*, pp.31/32),

<sup>168</sup> SILVA, A. Globalización y gestión de los riesgos del trabajo en el MERCOSUR, *Revista Venezolana de Gerencia (RVG)*, Año 8, n°22, 2003, p. 208.

<sup>169</sup> TERRADILLOS BASOCO, *RDS*, n°9, 2000, p. 28.

sólo está respondiendo a los requerimientos de la desregulación, sino que también está introduciendo elementos determinantes de la decisión económica.”<sup>170</sup> La descriminalización de atentados al medio ambiente o a los derechos de los trabajadores, fruto de la búsqueda de reducción de costes, condiciona el flujo inversiones. Y, a la inversa, el flujo de inversiones condiciona las opciones político-criminales.<sup>171</sup>

La globalización de la producción y la exportación de riesgos caracterizan el comportamiento de algunas empresas como por ejemplo, el traslado a Rumania de la producción de un aislante, desde una fábrica de Busseto, Italia, luego de la prohibición del amianto en dicho país, durante 1981. Se transfiere la producción debido a la legislación y los sistemas políticos y administrativos débiles, no sólo por el menor costo de la mano de obra, sino también para eludir las ataduras legislativas en materia ambiental y de seguridad.<sup>172</sup> En este sentido, cabe traer a colación el caso de la empresa transnacional Texaco, comprada por Chevron en el 2001, que operó en el Ecuador de 1964 a 1990. Se ha señalado que la empresa citada “Extrajo millones barriles de petróleo sin utilizar los métodos acordados en el contrato de explotación para la preservación de la naturaleza a pesar de que los patentaba y utilizaba en los EEUU. Ocasionó graves desastres ambientales que nunca remedió. Cuando pretendía hacerlo, sólo cubría los desechos con una capa superficial de tierra y materias orgánicas.”<sup>173</sup>

La ausencia de intervención penal en el marco de la seguridad laboral, permite a empresas transnacionales deslocalizar sus cadenas de producción y exportar a esos países sin tutela penal, las tareas más peligrosas. En este orden de ideas, se ha dicho que “la distribución geográfica y social del accidente de trabajo es un buen indicador de la desigualdad”.<sup>174</sup>

---

<sup>170</sup> *Ibidem*.

<sup>171</sup> *Ibidem*.

<sup>172</sup> SILVA, RVG, *Año 8, n°22, 2003*, pp. 186/87.

<sup>173</sup> Historia de Chevron-Texaco en Ecuador. Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana de Ecuador, [www.cancillería.gob.ec](http://www.cancillería.gob.ec). Asimismo, en este informe oficial, se destacó que la empresa, “Demandada por ciudadanos ecuatorianos de las zonas contaminadas y condenada a pagar una indemnización, Chevron-Texaco se niega a reconocer su responsabilidad. Vía una campaña de desprestigio internacional y procesos arbitrales, la empresa busca endosársela al Estado Ecuatoriano. Frente a esta campaña, el Gobierno de la República del Ecuador ha decidido emprender una campaña internacional, “La Mano Sucia de Chevron”, para defenderse e hizo un llamado a la comunidad internacional y a los periodistas para que se conozca la realidad de lo sucedido” (*Ibidem*).

<sup>174</sup> SAÉZ VALCÁRCEL, *CDJ- 15, 2005*, p. 43. Se ha destacado que la sociedad del riesgo se traduce en la inclusión de la nueva necesidad del reparto social de los riesgos. Es capaz de exponer al conjunto a todos sus peligros, principalmente en los países latinoamericanos subdesarrollados, mas con la expectativa social de distribuir también las riquezas. Los nuevos paradigmas no presuponen la superación del capitalismo, sino solamente una etapa de su desenvolvimiento. En ese sentido, las dos modalidades de división social se transforman teóricamente en excluyentes continuas, pues la esencia que impone la racionalización del riesgo y su autorregulación como forma imprescindible para la vivencia humana parte, de la misma forma, de la desigualdad social como elemento basal de sustentación. La riqueza es privatizada en la medida que los riesgos son socializados (SALVADOR NETTO, *RDP, 2008-2*, p. 690).

### **VII.6.a Flujos migratorios de trabajadores entre los países latinoamericanos de la Región Sur**

Los países de la Región Sur de América Latina, están lejos de ser un bloque homogéneo, pues presentan notorias desigualdades (jurídicas, económicas y socio-culturales), que generan movilidad de la fuerza de trabajo. En efecto, existen flujos migratorios desde los Estados con mayor índice de desempleo y con sectores sociales muy empobrecidos (como Paraguay, Perú y Bolivia) hacia aquellos que como Argentina, permiten una fácil integración de migrantes ilegales en una economía informal extendida con un alto nivel de precarización laboral. En ese sentido, se ha señalado que “en el marco de los ciudadanos de países del Mercosur, se configura el libre mercado de la informalidad en pos de la máxima ganancia”.<sup>175</sup>

En el contexto descrito, pueden destacarse dos casos paradigmáticos de este fenómeno: el flujo de ciudadanos paraguayos que se insertan en la industria de la construcción y el de los ciudadanos peruanos y bolivianos, que lo hacen en la producción textil, dos de los sectores con mayor precariedad laboral en Argentina y por ende, en condiciones peligrosas de labor, por incumplimiento de la normativa de seguridad e higiene en el trabajo.

### **VII.6.b Las obras en construcción**

En Argentina, la industria de la construcción es un ámbito productivo donde las condiciones de informalidad se encuentran casi naturalizadas.<sup>176</sup> Ello permite la fácil inserción laboral de migrantes paraguayos ilegales.

La preeminencia del sistema de contrataciones y subcontrataciones, ha dado por resultado un cambio en las condiciones contractuales, posibilitando en muchos casos una mayor flexibilización laboral. De acuerdo con un estudio realizado por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (2012), la subcontratación permitió en los últimos años a las grandes empresas desligarse de ciertas responsabilidades vinculadas al trabajo directo en la obra, concentrándose en las actividades de gestión y coordinación. Un efecto de ello fue el aumento del número de empresas medianas y pequeñas y la existencia de menos empresas grandes en el sector. Las empresas se limitan a mantener un número muy bajo de trabajadores calificados y estables para los puestos clave y contratar a otros de acuerdo con las necesidades específicas. Estos trabajadores operativos de baja calificación se inscriben en la categoría de trabajadores autónomos y no figuran como parte del plantel permanente de la empresa (dando lugar, en muchos casos, a relaciones de dependencia encubiertas). Otra forma de subcontratación en la construcción es el

---

<sup>175</sup> Informe sobre Talleres Clandestinos en la Ciudad de Bs.As., 2006, Ministerio Público Fiscal, Procuradoría General de la Nación, disponible en [www.elisacarro.com](http://www.elisacarro.com), pp. 4/5.

<sup>176</sup> Del ÁGUILA, A., “El que no se la banca, mejor que se dedique a otra cosa”. Riesgo, masculinidad y clase social entre trabajadores paraguayos en la industria de la construcción del Área Metropolitana de Buenos Aires, [www.scielo.org.ar](http://www.scielo.org.ar), p. 55.

arreglo de trabajo por tanto (tanteros) y no por jornal, el cual también representa un régimen de tercerización.<sup>177</sup>

El sector de la construcción tiene características específicas que lo diferencian de la industria en general, porque es “por proyecto, flexible y autónomo”, con elevada fragmentación y reducida productividad. Cabe aclarar que se trata de un ámbito productivo muy peculiar “debido a que se realiza “*in situ*”, es una industria de proceso variable, tiene autonomía de gestión y producción por proyecto.”<sup>178</sup>

La industria de la construcción posee ciertas características que la hacen extremadamente difícil de analizar. Una de ellas se relaciona con cierta complejidad interna que le es propia (en tanto y en cuanto implica tareas muy diversas, como son diseño, construcción y servicios de mantenimiento) lo que la convierte en un sector que conjuga muy distintos tipos de trabajos y oficios. Esto ha llevado a algunos autores a afirmar que cualquier análisis cabal de la industria debe partir de considerarla como un conjunto relacionado pero relativamente heterogéneo de sub-industrias, caracterizado por cierta fragmentación estructural respecto de los modelos de trabajo y de organización a los que da lugar. De este modo, en la construcción las tareas deben ser coordinadas entre distintos especialistas o gremios (plomeros, albañiles, carpinteros, herreros, armadores, gasistas, calefaccionistas, ascensoristas, colocadores de cerámicas, pintores, etc., pero también arquitectos, ingenieros, calculistas y técnicos), situación que en las últimas décadas ha dado lugar a cierta primacía de la subcontratación por la cual las distintas especialidades representan, a su vez, a distintas empresas.<sup>179</sup>

Asimismo, el ámbito de la construcción está sujeto a ciclos pronunciados, muy expuesto a las crisis económicas y altamente propenso a estructuraciones específicas de la mano de obra. Además, el escaso empleo de tecnologías mecanizadas, junto al predominio de procedimientos manuales tradicionales, hacen de la construcción de edificios, un “submercado económico” en el que prevalece “el uso intensivo de la mano de obra”.<sup>180</sup> Con ese panorama, no resulta extraño el alto índice de siniestralidad laboral que presenta este sector.

Según estudios de la OIT, 5 de cada 20 trabajadores de la construcción sufren lesiones anualmente a causa de accidentes. En el Mercosur se presenta un alto índice de siniestralidad que alcanza al 20 % de los accidentes mortales en Uruguay, el 25% de Paraguay y el 30% de Argentina. También en Brasil la construcción ocupa el primer lugar en el ranking de accidentes laborales.<sup>181</sup> En Argentina, de acuerdo con la Superintendencia de Riesgos de Trabajo (SRT), el año 2013 muestra a la construcción como el sector con mayor incidencia en accidentes (135,1accidentados cada mil trabajadores), el que presenta la mayor incidencia en

---

<sup>177</sup> Del ÁGUILA, *Homo constructor*, p. 94, nota 18.

<sup>178</sup> SILVA, *Sociologías*, año 4, n°8, p. 359.

<sup>179</sup> Del ÁGUILA, *Homo constructor*, pp. 91/93.

<sup>180</sup> Del ÁGUILA, “El que no se la banca, mejor que se dedique a otra cosa”, [www.scielo.org.ar](http://www.scielo.org.ar), p.56.

<sup>181</sup> SILVA, *Sociologías*, año 4, n°8, p.358.

mueres (273,3 por millón de trabajadores) al tiempo que es uno de los sectores con menor número de accidentes notificados a las aseguradoras (62.780 frente a, por ejemplo, 144.629 en la industria manufacturera). Durante 2013, se registraron 113 trabajadores fallecidos por causa de accidentes de trabajo en la construcción, la mayoría en obras del Área Metropolitana de Buenos Aires.<sup>182</sup>

Existe un considerable flujo de trabajadores paraguayos que se desempeñan como obreros de la construcción en Argentina (principalmente en Bs. As., Rosario, Córdoba). Según un análisis de año 2008, la inserción laboral de 4 de cada 10 trabajadores paraguayos varones que migran hacia Argentina, tiene lugar en la industria de la construcción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y su área metropolitana, lo que contrasta con la participación nativa en el mismo sector: sólo uno de cada 10 argentinos trabaja en una obra. Esta tendencia se inició en la década de 1960, debiendo interpretarse como un proceso de “inserción selectiva” de los migrantes en un mercado flexible y desventajoso en cuanto a salarios y condiciones de empleo.<sup>183</sup>

La fuerza de trabajo proveniente del Paraguay, está compuesta mayormente por trabajadores campesinos. “Se trata de una mano de obra barata, un ejército laboral compelido a migrar cuando las fuerzas del trabajo así lo requieran... En este sentido, cabe llamar la atención sobre el modo en que la expansión capitalista produce un reordenamiento de la población en el espacio.”<sup>184</sup>

La conformación histórica de un sistema de movilidad de mano de obra desde el campo paraguayo hacia la capital argentina, con tal alto grado de institucionalización, excede ampliamente cualquier explicación de tipo coyuntural. Este proceso responde a cierta estructuración histórica de la desigualdad que se ha ido consolidando entre estos Estados nacionales, ya desde fines del siglo XIX, ampliada y profundizada a lo largo de las décadas.<sup>185</sup>

En las obras particulares, el oficio responde a una lógica propia, flexibilizando las relaciones laborales, que cuentan con un fuerte soporte cultural legitimador del

---

<sup>182</sup> Del ÁGUILA, *Homo constructor*, p.157, nota 34. Existen distintos organismos encargados del control y verificación de las condiciones de higiene y seguridad en las obras. En la ciudad de Buenos Aires, esto lo cumple la Dirección Nacional de Protección del Trabajo, dependiente del Ministerio de Trabajo. En el nivel nacional, el organismo que vela por la defensa de las condiciones seguras de trabajo es la Superintendencia de Riesgos del Trabajo. Si bien es cierto que ambos organismos realizan fiscalizaciones, a modo de ejemplo, durante el proceso de construcción de un edificio de mediana envergadura que puede extenderse por un año y medio, tal vez la obra reciba dos visitas del ente fiscalizador. Si bien seguramente se apliquen multas al empleador, estas multas ya son contabilizadas como parte de los costos ordinarios de un emprendimiento. Es decir, el sistema funciona de modo tal que sigue siendo preferible pagar la multa que invertir verdaderamente en mejorar las condiciones de trabajo (*Ibidem*, p. 137, nota 31).

<sup>183</sup> Del ÁGUILA, *El Paraguayo proletariado: la experiencia de los trabajadores paraguayos en la industria de la construcción argentina*, 2012, [www.grupoparaguay.org](http://www.grupoparaguay.org), pp.3/4.

<sup>184</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>185</sup> *Ibidem*, pp. 14/15.

comportamiento social de las partes involucradas. En ese ámbito, los papeles, las firmas, lo legal, están ausentes. La formalidad se suple por la palabra, la que posee un peso absoluto en el cumplimiento de los roles ocupacionales.<sup>186</sup>

El sector de la construcción posee niveles de precarización mayores que otras actividades, más allá de la condición migratoria de sus trabajadores, en el caso de los no migrantes sólo el 43,4 % se encuentra aportando al sistema de seguridad social, mientras que en el resto de las actividades el grado de formalidad alcanza a casi seis de cada diez trabajadores. Pero la situación de precariedad es norma cuando se trata de los trabajadores paraguayos. Más de tres cuartos de éstos trabajan en la construcción de manera informal, brecha (de 20,7 puntos porcentuales respecto de los nativos) que extrema el relativo alto registro que tienen los no migrantes del sector.<sup>187</sup>

Algunas imágenes hegemónicas del “varón paraguayo”, a través de las cuales se le adjudican capacidades distintivas para el trabajo duro, esfuerzo físico y actitud “valerosa” frente a riesgo, resultan funcionales al proceso productivo, al reforzar las disposiciones de los sujetos a aceptar el riesgo y por tanto, deslindar al sector empleador de ciertas responsabilidades en materia de prevención.<sup>188</sup>

De ese modo, se configura el proceso de transferencia de riesgo desde el sector empresario hacia los trabajadores, produciéndose la “doble subordinación” del trabajador informal, que se ha destacado anteriormente.<sup>189</sup> En este sentido, se ha dicho que “se espera que un trabajador paraguayo acepte más el riesgo que entraña el trabajo en las obras, dado que, en su carácter de migrante, es percibido por el empleador como más subalterno que los subalternos.”<sup>190</sup>

En el escenario descrito, se asiste a la invisibilidad de las enfermedades y accidentes de la construcción en la región y sus causas son: la informalidad, la precariedad laboral, la subcontratación en cadena y la presión por la productividad. Por eso, el principal desafío de los países del Mercosur constituye el viraje radical del modo de abordaje de los riesgos laborales de las obras que reemplace a la visión indemnizadora de los daños,

---

<sup>186</sup> SILVA, RVG, *Año 8, n°22, 2003*, pp.203/7.

<sup>187</sup> Del ÁGUILA, *Homo constructor*, pp. 88/89.

<sup>188</sup> Del ÁGUILA, “El que no se la banca, mejor que se dedique a otra cosa”, [www.scielo.org.ar](http://www.scielo.org.ar), p. 53.

<sup>189</sup> Ver punto IV.2.c, de este capítulo.

<sup>190</sup> Del ÁGUILA, “El que no se la banca, mejor que se dedique a otra cosa”, [www.scielo.org.ar](http://www.scielo.org.ar), p. 67. La mayor parte de los accidentados del sector de la construcción, trabaja “en negro” (*Ibidem*, p. 56). El autor citado señala que respecto de las condiciones de seguridad, “...los migrantes demandan a sus empleadores mucho menos que los nativos... En este sentido, y frente a nuestras preguntas en relación con la posibilidad de sufrir accidentes, reiteradas veces distintos trabajadores paraguayos nos dijeron (como encomendándose a un poder sobrenatural): si te tiene que pasar, te va a pasar” (*Homo constructor*, p. 167).

por una nueva concepción de la gestión de riesgos en cada una de las fases de la obra: proyecto, organización y ejecución.<sup>191</sup>

Desde una visión preventiva de los riesgos del trabajo, se señala la necesidad de crear un *marco normativo regional* para las organizaciones públicas, regionales y locales, destinado a la selección de contratistas y subcontratistas, así como a la compra y alquiler de equipos de trabajo y elementos de protección personal.<sup>192</sup>

### VII.6.c Los Talleres Textiles Clandestinos

Hay una creciente tendencia a la precarización en la que se ha ido sumiendo el sector textil en las últimas décadas, que ha llegado en muchos casos a configurar trabajo esclavo, a través del establecimiento de talleres textiles clandestinos -sin habilitación- (TTC). Estos talleres se nutren en general de trabajadores migrantes ilegales limítrofes, principalmente ciudadanos peruanos y bolivianos. Hay una fuerte tendencia de los empresarios a emplear “en negro” a estos migrantes por los beneficios económicos que supone no asumir las cargas sociales de los trabajadores y porque el contexto de discriminación y exclusión social en el que éstos se encuentran, brindan la seguridad de que no podrán denunciar su situación ni exigir sus derechos laborales, dado que ello pondría en evidencia su condición de residente ilegal.<sup>193</sup> Tales situaciones de trabajo precario coinciden con el proceso de expansión de la industria textil en los últimos años.<sup>194</sup>

Esta realidad argentina es expresión de una manifestación mayor que se da en todo el mundo, donde la producción se ha trasladado desde grandes fábricas a países periféricos con menores costos de mano de obra, tendencia que se inició en empresas japonesas.<sup>195</sup>

Según la organización “La Alameda” (fundación que lucha contra el trabajo esclavo), cerca de 250.000 personas trabajan en los 30.000 talleres ilegales argentinos que se estima, existen actualmente. En la ciudad de Buenos Aires hay aproximadamente 3.000, todos en la zona sudoeste, la de menos recursos económicos. El resto de ellos, se encuentra en el sur del conurbano bonaerense, desde donde abastecen, entre otros lugares, a “La Salada”, la feria ilegal que algunos consideran como la más grande de Sudamérica.<sup>196</sup>

---

<sup>191</sup> SILVA, RVG, Año 8, n°22, 2003, pp.210/11.

<sup>192</sup> *Ibidem*, pp. 203/07.

<sup>193</sup> GOLDBERG,A.(dir.), Las condiciones de trabajo en los talleres clandestinos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: factores de riesgo e impacto en la salud/enfermedad de los trabajadores, CONICET, 2011, [www.srt.gob.ar](http://www.srt.gob.ar), p. 59.

<sup>194</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>195</sup> Informe sobre Talleres Clandestinos en la Ciudad de Bs.As., 2006, Ministerio Público Fiscal, p. 19, nota 6.

<sup>196</sup> La esclavitud en los tiempos de la cultura fashion, Diario *El Tribuno*, 11/5/2015.

Los TTC como unidades productivas que requieren de mano de obra intensiva, poseen dos atributos especiales que facilitan la clandestinidad en el sector: necesitan de una inversión de capital de poca envergadura y desarrollan un oficio fácil de aprender. Además, presentan un alto grado de flexibilidad, en el sentido de que permiten desmontar y montar y trasladar fácilmente una unidad productiva de un sitio a otro y la tercerización del sector, permite que la producción se realice en distintos ámbitos con un reemplazo permanente de insumos y productos. Estos factores posibilitan la combinación dentro de la cadena de valor, de segmentos legales con otros clandestinos-sumergidos. Las empresas textiles legales -marcas reconocidas- priorizan la inversión en diseño, comercialización, imagen, publicidad, mientras que tercerizan la confección, terminación y planchado en talleres clandestinos o a través de talleristas intermediarios. Estos subcontratan a trabajadores o a su vez a otros talleres.<sup>197</sup> De este modo, la economía ilegal es aprovechada por la economía formal en etapas posteriores de venta y comercialización de las prendas. En muchas ocasiones el segmento productivo ilegal es demandado directamente, desde un inicio, por los actores de la economía formal cuando entregan la tela al tallerista clandestino -por lo general ya cortada-, para comenzar el proceso de confección. No obstante, otras marcas de ropa tercerizan su producción a talleres legales que se conectan con los ilegales.<sup>198</sup> En este sentido, no es que haya desaparecido la producción textil local, sino que se reorganizó el proceso de trabajo, bajo formas de descentralización de las grandes fábricas, hacia establecimientos más pequeños y talleres. Ese proceso conllevó a racionalizar el uso del tiempo y aumentar la intensidad y precarización del trabajo.<sup>199</sup>

---

<sup>197</sup> GOLDBERG, Las condiciones de trabajo en los talleres clandestinos, *www.srt.gob.ar*, p 40.

<sup>198</sup> Normalmente ocurre que ante un allanamiento a un TTC, cuando la investigación se realiza adecuadamente, se llega hasta el titular de la marca reconocida que tercerizó la producción mediante esta modalidad de “economía subterránea”, quien intentará seguramente, desligarse de toda responsabilidad frente a la explotación de los trabajadores y siniestros producidos por las condiciones laborales peligrosas. Sin embargo, señala BISCEGLIA que en el caso de los talleres clandestinos, no estamos frente a una “subcontratación” y aunque así fuera, tampoco estaríamos ante una mera delegación del deber de control por parte del empresario: “No se trata, como se intenta presentar puerilmente, de empresarios que se ven sorprendidos en su buena fe cuando, tras la inspección de un local, la autoridad encuentra a semi-esclavos cosiendo sus ropas. Estamos frente a una “maniobra de simulación” dirigida por estos sujetos supraordenados jerárquicamente para obtener en su provecho las ganancias económicas denunciadas, recurriendo a la comisión de delitos sin aparecer como autores materiales de los mismos. Para ello, tenemos herramientas legales intermedias que no han sido utilizadas eficazmente: las contravenciones y los pequeños delitos (arts.35 y 36 de la ley 12.713, Ley de Trabajo a Domicilio), que deberían pasar a la competencia del Fuero Contravencional y de Faltas de la Capital Federal que se encuentra ya entendiendo en los casos de los talleristas que carecen de habilitación, violan exigencias de seguridad e higiene o violan las clausuras impuestas por tales razones.” (BISCEGLIA, V., Talleres Clandestinos. Una herramienta de explotación laboral. Su penalización., disponible en [www.cajuridico.com.ar](http://www.cajuridico.com.ar), pp. 31/33 y 39).

<sup>199</sup> Informe sobre Talleres Clandestinos en la Ciudad de Bs.As., 2006, Ministerio Público Fiscal, p. 19.



Los talleres clandestinos hoy por hoy, son un sistemático y consolidado modo de producción en el campo de la fabricación de indumentaria textil. La confección de indumentaria es una industria sujeta al libre mercado, sin restricciones de importación en la actualidad. Rige allí el principio de “máxima ganancia empresarial”, a costa del trabajo a destajo de los trabajadores. Ello se traduce en informalidad, bajos salarios, inseguridad laboral y que los trabajadores vivan y críen a sus hijos en el taller y en casos extremos a supuestos de reducción a servidumbre y trata de personas con fines de explotación laboral. El gran competidor es China y otros países asiáticos, por ello las marcas pretenden competir flexibilizando todo lo posible sus costos, *siendo la variable de ajuste, la mano de obra*. Así, trasladan a sus proveedores la presión de conseguir este objetivo. Los proveedores a su vez, para conservar a sus clientes de mayor poder de compra y de un cuasi monopolio, buscan la reducción de costos bajo el proceso que hasta ahora el Estado ha sido incapaz de erradicar: trabajo informal y precarizado.<sup>200</sup> En este contexto, la irregularidad migratoria parece ser una variable más al servicio de la ganancia empresarial. Es decir, quienes son proveedores de las grandes marcas aprovechan la vulnerabilidad extrema de este colectivo.<sup>201</sup>

A pesar de los operativos de inspección y clausura, los TTC siguen funcionando, ya que pueden mudarse fácilmente. Este modo de producción basado en el trabajo no registrado en su dimensión actual, ha sido posible con un Estado ausente, que con sus omisiones ha liberado el camino de los grandes fabricantes.<sup>202</sup>

### Los riesgos laborales propios de los TTC

Es muy común que los TTC se instalen en propiedades viejas, deterioradas por la humedad, que en general no cuentan con servicios de agua corriente ni gas, pero sí de electricidad porque es fundamental para la producción, además en condiciones de hacinamiento e insalubridad que potencian los riesgos de enfermedades (sobre todo afecciones pulmonares).<sup>203</sup>

---

<sup>200</sup> Informe sobre Talleres Clandestinos en la Ciudad de Bs.As., 2006, Ministerio Público Fiscal, pp.1/3. La dificultad de erradicar el trabajo en negro se debe a que la economía informal -en todo su espectro, hasta el trabajo forzado que realizan los individuos en situación de vulnerabilidad- se acopla y alimenta en la mayor parte de los casos, a la propia economía formal del país. Los beneficios de obtener vestimentas a bajo costo están basados en la necesidad inconfesable de esta realidad social y económica, la demanda de la industria textil en su afán de maximizar la conflictiva relación coste/beneficio es uno de los puntos más salientes de este fenómeno de economía en negro o informal (ABOSO, G., *Trata de personas*, Bs.As., 2013, p. 33).

<sup>201</sup> Informe sobre Talleres Clandestinos en la Ciudad de Bs.As., 2006, Ministerio Público Fiscal, pp. 4/5.

<sup>202</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>203</sup> GOLDBERG, Las condiciones de trabajo en los talleres clandestinos, [www.srt.gob.ar](http://www.srt.gob.ar), p. 83.

En general son construcciones de dos o tres plantas y los accesos a los pisos superiores o terraza rara vez tienen escaleras adecuadas y es muy común el accidente laboral por caídas en los huecos de escalera. Por otra parte, no sólo no existen salidas de emergencia, sino que muchas veces el único medio de evacuación está cerrado y encadenado desde afuera, bajo llave, por el dueño del taller.<sup>204</sup>

En los establecimientos textiles es obligatoria la instalación de extractores de aire y mantener una buena ventilación para evitar que se esparzan en el aire partículas de polvo y pelusas que afectan las vías respiratorias -sobre todo durante la actividad de corte de las telas y tejidos-. Sin embargo, es común que en estos talleres se tapien con muros de ladrillos, las ventanas que dan a la calle para que desde el exterior no se evidencie la existencia de esta actividad ilegal. Y si la casa posee dos entradas, una al frente y otra que da al pasillo, de servicio, se levante una pared improvisada para bloquear una de las dos.

Normalmente al ser casas muy antiguas, las instalaciones eléctricas originales no sirven, por lo que se realiza un tendido rápido e improvisado de cables con escasos recursos, destinado a poner en funcionamiento las máquinas, lo antes posible. No hay disyuntores ni llaves térmicas, hay cables sin aislar e interruptores en mal estado, generando riesgo de electrocución y de incendio.<sup>205</sup>

Asimismo, a los trabajadores no se les proveen normalmente los equipos de protección personal necesarios para esta labor -barbijo, guantes calzado especial-.<sup>206</sup>

Uno de los riesgos más graves es el relacionado con la tuberculosis; hay una histórica relación entre el trabajo de confección textil y esta enfermedad. En 1912, el 32,7 % de la mortalidad de mujeres ocupadas en la industria de la vestimenta se debía a la tuberculosis, un índice que doblaba al de la mortalidad tuberculosa promedio.<sup>207</sup>

En los TTC existen los siguientes factores de riesgo ligados a la tuberculosis: falta de renovación de aire, falta de luz natural por ausencia de ventanas, acumulación de polvo, humedad de paredes, suelo y techo, sumado a que el trabajo se realiza en condiciones de

---

<sup>204</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>205</sup> GOLDBERG, Las condiciones de trabajo en los talleres clandestinos, [www.srt.gob.ar](http://www.srt.gob.ar), pp. 86/87. El 30 de marzo de 2006 un incendio en un taller textil ubicado en la calle Luis Viale (Ciudad Autónoma de Bs. As.) provocó la muerte de cinco niños y una joven embarazada. Fue el caso que destapó la problemática de los talleres clandestinos. El incendio se originó por una sobrecarga producida por una instalación eléctrica defectuosa en el local, que estaba habilitado para funcionar con cinco operarios pero vivían hacinadas y eran explotadas laboralmente, unas 60 personas. En el lugar funcionó un taller textil con 37 máquinas de costura instaladas, ocupadas por personas que trabajan en el lugar cumpliendo tareas desde las 8 hasta las 20 y que también vivían en el lugar.

<sup>206</sup> GOLDBERG, Las condiciones de trabajo en los talleres clandestinos, [www.srt.gob.ar](http://www.srt.gob.ar), p. 88.

<sup>207</sup> *Ibidem*, p. 95, nota 35.

hacinamiento, a la cantidad excesiva de horas de trabajo, en un ambiente donde las partículas portadoras del bacilo de Koch pueden circular sin estar expuestas a los efectos letales de la luz solar, amplifica aun más el riesgo de infección, todo ello sumado al factor de la presión psicológica y estado emocional de muchos inmigrantes que bajan las defensas.<sup>208</sup>

## **VIII. Tendencia legislativa a incorporar el delito de riesgos laborales en América Latina**

### **VIII.1 Anteproyecto de reforma del CP argentino de 2013**

En el Anteproyecto de Reforma al Código Penal de 2013, elaborado por una comisión dirigida por ZAFFARONI, se incorporó en el Capítulo IV, “Delitos contra la libertad y dignidad en el trabajo”, el art. 124, que establece:

Art. 124: “Contrataciones y condiciones laborales ilegales”

“1. Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años y multa de DIEZ (10) a DOSCIENTOS (200) días, el que mediante engaño, abuso de una situación de vulnerabilidad o actos simulados, contratare a una o más personas en forma clandestina, imponiéndoles condiciones de trabajo que afectaren gravemente su dignidad.

2. En la misma pena incurrirá el que aprovechara económicamente el trabajo de un menor de diez y seis años, en violación de las normas que prohíben el trabajo infantil. No será punible el padre, madre, tutor o guardador del menor.

3. Será penado con multa de QUINCE (15) a CIENTO OCHENTA (180) días, el que omitiere proveer a sus trabajadores de los medios necesarios para ejercer su actividad en las condiciones de seguridad y salud que impusieren las leyes o reglamentos.

4. Será penado con multa de TREINTA (30) a CIENTO OCHENTA (180) días e inhabilitación de UNO (1) a CINCO (5) años, el funcionario, profesional o cualquier otro que tuviere el deber legal de control y vigilancia del cumplimiento de las normas a que se refieren los tres incisos precedentes, y que hubieren ocultado o tolerado los hechos allí descriptos.

5. Las personas jurídicas podrán ser sancionadas por los delitos previstos en este artículo, en los términos del presente Código.”

El título de los delitos contra la *libertad y dignidad en el trabajo* es una innovación respecto de la sistemática del actual CP argentino, donde los trabajadores sólo aparecen específicamente en el ya mencionado art 158. Esta idea consiste en reunir en un título, un ámbito común de varias figuras que se registran en el marco de la situación de relación laboral de dependencia.<sup>209</sup>

En los fundamentos del Anteproyecto, se dice que este art. 124 tipifica conductas que afectan la libertad de trabajo y, en alguna medida, la libertad personal, “sin llegar al

---

<sup>208</sup> *Ibidem*, pp. 96/97.

<sup>209</sup> ARESE, *DT 2015, n° 3*, pp. 3 y ss.

extremo de la reducción a una condición análoga a la servidumbre”, lo que sí podría catalogarse como “trabajo esclavo”. En concreto se dice que “se trata de una contratación viciada de nulidad por engaño, abuso de una situación de vulnerabilidad o actos simulados. La contratación nula debe ser llevada a cabo clandestinamente, o sea, que los trabajadores no deben ser registrados ni beneficiados por ninguno de los dispositivos de las leyes laborales y previsionales. El objetivo del agente debe ser someter a estas personas a condiciones de trabajo que afecten gravemente su dignidad. Se trata de horarios, cargos laborales, alojamiento, alimentación, etc., indignas desde la perspectiva humana, o sea, que no se tipifica cualquier violación a las leyes laborales, ni la simple contratación en negro ni se pretende penalizar todo el derecho laboral, sino sólo la lesión grave a la dignidad de la persona.”<sup>210</sup>

Aun cuando el Anteproyecto no haya recibido tratamiento en el Congreso, cabe resaltar que a través de su art. 124, inciso 3º, configura la primera iniciativa en Argentina de introducir un delito específico contra la seguridad de los trabajadores, en salvaguarda de los incumplimientos de las normas de prevención laboral, por parte de los empleadores, como manifestación de un cambio en la concepción -preventiva- de los infortunios laborales.

## **VIII.2 La situación en Perú**

Perú es el país de Latinoamérica con más tradición en un tipo penal contra riesgos laborales. La formulación típica ha sufrido transformaciones a lo largo de los años y en ese sentido pueden señalarse tres versiones diferentes de este delito:

### **1. Atentado contra la libertad de trabajo y asociación**

Artículo 168.-“Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años el que obliga a otro, mediante violencia o amenaza, a realizar cualquiera de los actos siguientes:

1. Integrar o no un sindicato.
2. Prestar trabajo personal sin la correspondiente retribución.
3. *Trabajar sin las condiciones de seguridad e higiene industriales determinadas por la autoridad. (\*)*

---

<sup>210</sup> *Ibidem.*

La misma pena se aplicará al que incumple las resoluciones consentidas o ejecutoriadas dictadas por la autoridad competente; y al que disminuye o distorsiona la producción, simula causales para el cierre del centro de trabajo o abandona éste para extinguir las relaciones laborales.”

(\*) Numeral derogado por la Sexta Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley n° 29783, publicada el 20 agosto 2011.

Como puede verse, la redacción original del artículo 168 del CP peruano sancionaba en el inciso 3 de su primer párrafo, como una forma de coacción laboral, al que obligaba a trabajar a otro sin las condiciones de seguridad e higiene industriales, determinadas por la autoridad. No hay duda que la protección penal estaba referida a la vida e integridad de los trabajadores, pero tal protección se encontraba vinculada con la “libertad laboral”, pues el tenor utilizado dejaba claro también que si el trabajador aceptaba trabajar libremente sin las condiciones de seguridad, la situación de peligro a la que se exponía no alcanzaba, por el solo riesgo, relevancia penal.<sup>211</sup> Sólo si se producía la muerte o la lesión del trabajador por la infracción de algún deber de cuidado del empleador, el trabajo voluntariamente realizado en carencia de las condiciones de seguridad podía alcanzar relevancia penal como un delito de homicidio o lesiones culposas. De ese modo, la intervención punitiva en relación con la seguridad personal de los trabajadores, únicamente se activaba si es que era posible atribuir al empleador la decisión del trabajador de trabajar sin las medidas de seguridad (coacción) o si se producía la muerte o lesión del trabajador que pudiese reconducirse objetivamente al ámbito de responsabilidad del empleador.<sup>212</sup>

## 2. Atentado contra las condiciones de seguridad e higiene industriales:

Artículo 168-A. “El que, infringiendo las normas de seguridad y salud en el trabajo y estando legalmente obligado, no adopte las medidas preventivas necesarias para que los trabajadores desempeñen su actividad, poniendo en riesgo su vida, salud o integridad física, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de cinco años.

Si, como consecuencia de una inobservancia de las normas de seguridad y salud en el trabajo, ocurre un accidente de trabajo con consecuencias de muerte o lesiones graves, para los trabajadores o terceros, la pena privativa de libertad será no menor de cinco años ni mayor de diez años.”

Este artículo fue incorporado por la Cuarta Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley n° 29783, publicada el 20 agosto 2011.

---

<sup>211</sup> BERRUEZO, R., Derecho penal laboral, en *Derecho Penal Laboral. Delitos contra los trabajadores*, Bs As, 2011, p. 10.

<sup>212</sup> GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico-Parte Especial*, Lima, 2016, pp. 1325/26.

En un segundo momento, mediante el texto transcrito, la modificación a la regulación del delito de violación de la libertad de trabajo apuntó a hacer más efectiva la seguridad de los trabajadores, incorporando el artículo “168 A” al CP peruano, que sancionaba al empleador por no tomar las medidas idóneas para proteger la integridad de los trabajadores y *prescindir del elemento de la coacción* que se había mantenido desde la aprobación del Código Penal.

En efecto, la situación cambió sustancialmente con la entrada en vigencia de la Ley n° 29.783, la llamada Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, que eliminó el inciso tercero del primer párrafo del artículo 168 e introdujo el artículo 168 A. Bajo este nuevo escenario legislativo, los atentados contra la seguridad de los trabajadores no requerían del elemento de la coacción, ni tampoco que se haya lesionado efectivamente la vida o la integridad física de alguno de ellos. El solo hecho de haber provocado un peligro concreto para la vida o la salud del trabajador por no haber adoptado las medidas de prevención legalmente requeridas, era suficiente para sustentar la respuesta penal contra el empleador. Con esta nueva configuración del tipo penal, la protección penal se restringió a la vida e integridad física de los trabajadores sin que sea necesaria una afectación a la libertad de trabajo.<sup>213</sup> Este precepto guarda una notable similitud con el art. 316 CP español y su inclusión en el CP peruano ha sido considerada como un avance político-criminal importante en materia de seguridad laboral.<sup>214</sup>

Sin embargo, la amplia protección dada a la seguridad de los trabajadores con este dispositivo penal, ha sido dejada de lado, por la modificación operada por la Ley n° 30.222 del 10/07/2014, ya que, al establecer ciertas exigencias típicas adicionales para la realización del delito previsto en el artículo 168 A del CP, lo ha convertido en “prácticamente inaplicable.”<sup>215</sup>

### 3. Atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo:

El texto vigente del precepto mencionado, establece que:

Artículo 168-A. “El que, deliberadamente, infringiendo las normas de seguridad y salud en el trabajo y estando legalmente obligado, y habiendo sido notificado

---

<sup>213</sup> *Ibidem*, p.1326.

<sup>214</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Análisis de las modificaciones al tipo penal de atentados contra la seguridad y salud laboral. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n° 62, agosto 2014, p.114.

<sup>215</sup> GARCÍA CAVERO, *DPE-PE*, p. 1319; PEÑA CABRERA FREIRE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* N° 62, agosto 2014, p. 122; VILLEGAS PAIVA, El tipo penal de atentados contra la seguridad y salud en el trabajo. Comentario a las modificaciones efectuadas al artículo 168-A del PC, *Gaceta Penal & Procesal Penal* n° 63, agosto 2014, p. 23 y ss.

previamente por la autoridad competente por no adoptar las medidas previstas en éstas y como consecuencia directa de dicha inobservancia, ponga en peligro inminente la vida, salud o integridad física de sus trabajadores, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si, como consecuencia de la inobservancia deliberada de las normas de seguridad y salud en el trabajo, se causa la muerte del trabajador o terceros o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años en caso de muerte y, no menor de tres ni mayor de seis años en caso de lesión grave.

Se excluye la responsabilidad penal cuando la muerte o lesiones graves son producto de la inobservancia de las normas de seguridad y salud en el trabajo por parte del trabajador.”

Mediante este último cambio legislativo se modificó la redacción original del artículo 168 A, con la clara finalidad de restringir sustancialmente el ámbito de aplicación del delito de incumplimiento del deber de prevención de los riesgos laborales, para lo cual se añadieron ciertos “candados” típicos, tanto en el plano objetivo, como en el subjetivo. Si bien el tipo penal se sigue estructurando sobre la falta de adopción de medidas de prevención de los riesgos laborales, el empleador responderá penalmente sólo si su actuación encierra un “despropósito mayúsculo en relación con la seguridad de los trabajadores.”<sup>216</sup> En este sentido se ha destacado que “la presión de los grupos empresariales surtió efecto, por lo sustancial del cambio de la normativa penal.”<sup>217</sup> Se ha dicho también, que con esta reforma, el legislador ha inclinado decididamente la balanza a favor del potencial sujeto activo -empleador-.<sup>218</sup>

Con relación al bien jurídico protegido por esta norma, mientras un sector de la doctrina penal sostiene que es de naturaleza individual (la vida o la integridad del trabajador), otro sector toma partido por una naturaleza colectiva del bien jurídico protegido (la seguridad en el trabajo). Existe incluso una tercera propuesta interpretativa que procura integrar la perspectiva individual con la colectiva.<sup>219</sup> Con una postura particular, GARCIA CAVERO entiende que el bien jurídico penalmente protegido es la “expectativa normativa de conducta de los trabajadores de que contarán con condiciones de seguridad e higiene en el trabajo que los preserven de los riesgos laborales.”<sup>220</sup>

---

<sup>216</sup> GARCÍA CAVERO, *DPE-PE*, pp. 1325/26.

<sup>217</sup> *Ibidem*.

<sup>218</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* n° 62, agosto 2014, p 123, en igual sentido, VILLEGAS PAIVA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* n° 63, agosto 2014, p 24.

<sup>219</sup> Ver por todos GARCÍA CAVERO, *DPE-PE*, p. 1326.

<sup>220</sup> GARCÍA CAVERO, *DPE-PE*, p. 1327.

Entre las modificaciones al actual art. 168 A, cabe resaltar la nueva exigencia del tipo objetivo, consistente en la “notificación previa de la autoridad (administrativa) competente al empleador, por la falta de adopción de las medidas de prevención.” En este sentido, si un empleador infringe tales medidas, poniendo en peligro inminente a sus trabajadores, su actuación no será típica, si previamente la autoridad competente no le ha hecho saber tal inobservancia.<sup>221</sup> Este exigencia ha sido considerada como un “requisito burocrático de punibilidad” realmente injustificado e innecesario, en la medida que cualquier empleador, ni bien inicia sus actividades socio-económicas está ya de plano obligado a adoptar las medidas de prevención.<sup>222</sup>

Según cierta interpretación, la notificación previa de la autoridad laboral exigida por el tipo penal se circunscribe a la finalidad de “poner en conocimiento” del empleador la falta de adopción de las medidas de prevención previstas en las normas de seguridad y salud en el trabajo. Por lo tanto, no es necesario que esa notificación tenga lugar en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, ni que se declare al empleador administrativamente responsable o se le imponga una sanción administrativa. En este esquema, el delito de incumplimiento del deber de prevención de los riesgos laborales se ha convertido prácticamente en un delito de *desobediencia a la autoridad*, pues lo que es pasible de sanción, es que no se haya cumplido con adoptar las medidas de prevención legalmente requeridas, *una vez que así lo haya hecho notar la autoridad laboral competente*.<sup>223</sup> Sin embargo, para otro sector de la doctrina peruana, no queda claro qué tipo de notificación debe ser ésta y sus consecuencias, es decir si debe ser una resolución administrativa firme o simplemente el aviso del inicio de un procedimiento administrativo.<sup>224</sup>

Esta prescripción se ha considerado como “una puerta abierta a que algunos empleadores abusen de tal prerrogativa y expongan a graves riesgos a sus trabajadores, hasta tanto llegue la notificación.”<sup>225</sup> Asimismo, se ha dicho que con este requisito se reafirma el carácter de “norma penal en blanco” y además, que es la propia

---

<sup>221</sup> GARCÍA CAVERO, *DPE-PE*, p. 1337; PEÑA CABRERA FREYRE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* n° 62, agosto 2014, p. 116 y ss.; CALDERÓN VALVERDE, Análisis de las modificaciones del artículo 168-A del Código Penal efectuado por la Ley N° 30.222, *Gaceta Penal & Procesal Penal* n° 63, septiembre 2014, p. 16 y s.; VILLEGAS PAIVA, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n° 63, agosto 2014, p. 24 y ss.

<sup>222</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* n° 62, agosto 2014, p. 114.

<sup>223</sup> GARCÍA CAVERO, *DPE-PE*, pp. 1338/ 39.

<sup>224</sup> CALDERÓN VALVERDE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* n° 63, septiembre 2014, pp.16 y 20

<sup>225</sup> VILLEGAS PAIVA, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n° 63, agosto 2014, p 25.



comunicación administrativa la que establece si existe el peligro de afectación de algún bien jurídico penalmente protegido.<sup>226</sup>

Otra modificación problemática es la contenida en el último párrafo del artículo 168 A, que excluye la responsabilidad del empleador si fue el trabajador quien no observó las normas de seguridad y salud en el trabajo. En opinión de GARCÍA CAVERO, este dispositivo legal debe ser interpretado de acuerdo a los parámetros de regulación de la seguridad y salud en el trabajo. En ese sentido, la exclusión de la responsabilidad penal únicamente tendrá lugar si el empleador estuvo en incapacidad de prever razonablemente la infracción de las incumbencias de autoprotección por parte del trabajador. Por ejemplo: si el albañil se quita en lo alto de la obra el arnés de protección y cae inmediatamente al suelo. Por lo tanto, no toda infracción a las normas de seguridad y salud en el trabajo por parte del trabajador le exime de responsabilidad penal al empleador, sino solamente aquellas que no podía razonablemente prever.<sup>227</sup> Respecto de esta “aclaración típica”, se ha señalado que sorprendentemente, el legislador se ha tomado el trabajo de fijar criterios de imputación objetiva, como no lo ha hecho en otros tipos penales.<sup>228</sup>

Este delito se ha interpretado en general, como de peligro concreto.<sup>229</sup> La redacción actual del precepto establece, sin embargo, varias exigencias normativas adicionales para que el resultado de puesta en peligro configure el tipo penal. En primer lugar, el tipo penal establece expresamente que el resultado de peligro debe ser consecuencia *directa* de la inobservancia a las normas de seguridad y salud en el trabajo. Esto restringe el ámbito de los resultados de peligro que pudiesen ser objetivamente atribuidos a la conducta típica del empleador. En efecto, si la inobservancia de la normativa antes referida no lleva “directamente” a la puesta en peligro de la vida, salud e integridad física de un trabajador, sino que ello ocurre intermediado por otra acción o suceso, entonces el resultado de peligro no se podrá imputar a la inobservancia de las normas de seguridad y salud en el trabajo. Por ejemplo: si el empleador no cumple con capacitar a quien debe supervisar que los trabajadores desarrollen su actividad conforme a las reglas de prevención, entonces el peligro concreto al que se expone el trabajador

---

<sup>226</sup> CALDERÓN VALVERDE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* n° 63, septiembre 2014, pp.16 y 20.

<sup>227</sup> GARCÍA CAVERO, *DPE-PE*, p. 1342.

<sup>228</sup> VILLEGAS PAIVA, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n° 63, agosto 2014, p. 27.

<sup>229</sup> GARCÍA CAVERO, *DPE-PE*, p. 1343. Para ARÉVALO VELA se trata de peligro abstracto (La protección penal de la seguridad y salud en el trabajo, *Revista Actualidad Penal*, n°6, 2014, *actualidadpenal.com.pe.*, p 145).

por un inadecuado ejercicio de su labor que no detecta el supervisor, no podrá serle imputado al empleador. Asimismo, el tipo penal exige que el peligro concretamente creado sea *inminente*, esto supone el más alto grado de peligro concreto, o sea, que se encuentre rayano a la lesión.<sup>230</sup>

En cuanto al aspecto subjetivo, no cualquier forma de dolo puede configurar el tipo penal, pues la redacción actual del artículo 168 A, exige que el autor actúe “deliberadamente”. Dada esta exigencia subjetiva, queda claro que el dolo del autor solamente será punible si actúa con “la intención de incumplir las medidas de prevención requeridas”, lo que trae como consecuencia la impunidad del dolo eventual.<sup>231</sup> De este modo, el legislador ha incluido un elemento ajeno al dolo, de naturaleza trascendente, es decir, no basta con la conciencia y voluntad de realización típica, sino que debe aparecer en la mente del autor un “propósito intencional” de incumplir las normas de seguridad, configurándose así, una redacción favorable a los intereses del empleador y dificultando la prueba en el procedimiento penal.<sup>232</sup> En efecto, el término “deliberadamente”, hace alusión a aquel “proceso y resultado en el cual el agente evalúa los pros y los contras relevantes, con el objeto de adoptar una decisión determinada, es decir hay plena intencionalidad y propósito de infringir la normativa.”<sup>233</sup> Este especial propósito debe ser acreditado procesalmente.

### VIII.3 La situación en Uruguay

Luego de una larga discusión parlamentaria que insumió muchos meses, y de varias modificaciones al proyecto inicial, el Congreso uruguayo sancionó en marzo de 2014 la Ley n°19.196, de “Responsabilidad penal del empleador”.<sup>234</sup>

El artículo 1° de dicha norma expresa que: “El empleador, o en su caso, quien ejerciendo efectivamente en su nombre el poder de dirección en la empresa, no adoptaren los medios de resguardo y seguridad laboral previstos en la ley y su reglamentación, de forma que pongan en peligro grave y concreto la vida, salud o la integridad física del trabajador, serán castigados con tres a veinticuatro meses de prisión”.

---

<sup>230</sup> GARCÍA CAVERO, *DPE-PE*, pp. 1343.

<sup>231</sup> *Ibidem*, p. 1346. Similarmente, CALDERÓN VALVERDE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* n° 63, setiembre 2014, p. 14; VILLEGAS PAIVA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* n° 63, agosto 2014, p. 26. Para PEÑA CABRERA FREYRE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* n° 62, agosto 2014, p. 117 y ss., no se trata de un elemento que influya sobre el dolo, sino de una exigencia subjetiva adicional que opera a nivel de la emotividad o sentimiento humano.

<sup>232</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* n° 62, agosto 2014, pp. 117/18.

<sup>233</sup> CALDERÓN VALVERDE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* n° 63, setiembre 2014, p. 13.

<sup>234</sup> SBROCCA COSIMINI, M., Reflexiones sobre el art. 1de la Ley N 19.196 que consagró la responsabilidad penal del empleador, *Revista de Derecho Penal*, N° 22, 12/2014, p.46.

Esta norma, que consagra por primera vez en Uruguay el delito de riesgos laborales, ha sido una de las más discutidas, polémicas y criticadas, tanto por organizaciones sindicales como empresariales, políticas, sociales y académicas.<sup>235</sup>

Sólo un sector doctrinario menor, se ha expresado a favor de esta norma.<sup>236</sup> La doctrina uruguaya mayoritaria se ha mostrado contraria a la inclusión de este delito en el orden jurídico de ese país, e incluso la mayoría aboga por su inconstitucionalidad.<sup>237</sup>

En primer lugar se le critica el título de la ley, por cuanto parece que la preocupación básica de la norma es la de criminalizar a un colectivo (empleadores), sin embargo del art. 1º, surge su objeto real, esto es, tutelar la vida, salud e integridad física de los trabajadores.<sup>238</sup> También se ha señalado que es “producto de un afán globalizador de copiar normas de ordenamientos jurídicos extranjeros” y que se trata de una manifestación de Derecho penal simbólico, por ser su objetivo, “dar una falsa sensación de seguridad” y que pueda ser utilizada por algunos sectores como “elemento demagógico para dar la sensación de que se hace algo para solucionar un problema grave, cuya solución no es viable a través de la intervención penal”.<sup>239</sup>

Asimismo, se considera que esta norma es “innecesaria e inconstitucional”, y constituye el resultado de un gran “lobby” político de diversos actores sociales y de la fuerte presión ejercida por el Sindicato Único de la Construcción y Anexos (SUNCA) sobre diversos legisladores,<sup>240</sup> y que viola el principio de legalidad porque no establece de forma clara y precisa la conducta prohibida -taxativamente-, sino que permite que el accionar típico sea establecido a través de normas de menor jerarquía.<sup>241</sup>

En cuanto al objeto de protección de esta ley, un sector sostiene que son los bienes jurídicos individuales, vida, salud e integridad física de los trabajadores<sup>242</sup>, mientras que para otra postura son esos bienes pero en su dimensión supraindividual.<sup>243</sup> Para otra corriente doctrinal, el bien jurídico protegido es la seguridad de los trabajadores, como

---

<sup>235</sup> REMERSARO CORONEL, L., *El delito de riesgos laborales*, Montevideo, 2016, p. 29.

<sup>236</sup> REMERSARO CORONEL, *El delito de riesgos laborales*, p. 33; TERRADILLOS BASOCO, *RDP* N° 22, 12/2014, pp. 60 y ss.; MALET VÁZQUEZ, M., Accidentes laborales: análisis del delito previsto en la Ley N° 19.196, *Revista de Derecho Penal*, N° 22, Montevideo, 12/2014, pp. 19 y ss.; ALCALÉ SÁNCHEZ, Siniestralidad laboral y delito: apuntes de Derecho comparado entre las legislaciones española y uruguaya, *Revista Derecho Laboral*, n° 254, 4/2014, pp. 237 y ss.

<sup>237</sup> Ver por todos, REMERSARO CORONEL, *El delito de riesgos laborales*, p. 31.

<sup>238</sup> TERRADILLOS BASOCO, *RDP* N° 22, 12/2014, p. 61

<sup>239</sup> LANGÓN CUÑARRO, M., Responsabilidad penal del empleador (ley 19.196/2014), en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, n°25, v.7, Montevideo, 2014, p. 179

<sup>240</sup> SBROCCA COSIMINI, *RDP* N° 22, 12/2014, p.46.

<sup>241</sup> *Ibidem*, p.49.

<sup>242</sup> *Ibidem*, p.51.

<sup>243</sup> REMERSARO CORONEL, *El delito de riesgos laborales*, p. 56.

bien jurídico difuso.<sup>244</sup> Finalmente, según otra opinión, se trata de una figura pluriofensiva, pues protege por un lado los bienes jurídicos individuales vida, salud e integridad física de los trabajadores, pero al mismo tiempo, protege también la política laboral del Estado y los criterios comunitarios que se entienden convenientes para la protección de esta situación.<sup>245</sup>

En cuanto a su estructura típica, ha sido interpretado como una omisión pura de garante.<sup>246</sup>

A pesar de que normalmente en los tipos penales no se especifica la clase de peligro, el legislador uruguayo quiso despejar cualquier duda al respecto, aludiendo expresamente al peligro concreto.

Si bien ha sido sancionada hace tres años, esta ley casi no ha tenido aplicación. La primera sentencia referida a este delito en la que intervino la Corte Suprema de Justicia de Uruguay (CSJ), se dictó el 26 de octubre de 2015 (sentencia n° 272/2015). El supuesto de hecho se originó en un accidente laboral ocurrido en una empresa maderera, del departamento de Durazno. El trabajador presentó una denuncia por lesiones contra los responsables de la firma y éstos, a su vez, interpusieron por vía de excepción, la declaración de inconstitucionalidad, alegando que la Ley n° 19.196, viola los principios de legalidad y seguridad jurídica. Sobre el agravio de inconstitucionalidad, la Corte entendió que “más allá de lo cuestionable que pueda entenderse la norma impugnada, por la generalidad de las conductas que tipifica como delitos, no puede imputársele que contravenga disposiciones de orden superior”. En igual sentido, el máximo tribunal uruguayo, agregó que la ley citada, “resulta adecuada a los preceptos contenidos en nuestra Carta Magna, en tanto no obstante su generalidad, reúne los elementos esenciales que le son exigibles a todo tipo penal, a saber: sujeto activo, bien jurídico protegido, conducta típica y la pena.”<sup>247</sup>

De este modo, la CSJ admitió la constitucionalidad de esta “ley penal en blanco” y se apoyó en argumentos tales como, la complejidad de la materia, la imposibilidad de que la tipificación penal recoja todos los matices de la conducta y admitió la incorporación de los reglamentos “para completar la definición” del comportamiento prohibido. Respecto de la alegada indeterminación del autor del delito, el tribunal expresó que “Tenemos entonces que el sujeto activo no es indeterminado, sino calificado y se

---

<sup>244</sup> MALET VÁZQUEZ, *RDP N° 22, 12/2014*, p. 28.

<sup>245</sup> LANGÓN CUÑARRO, *RDUM*, n°25, v.7, 2014, p. 181.

<sup>246</sup> REMERSARO CORONEL, *El delito de riesgos laborales*, p. 105.

<sup>247</sup> REMERSARO CORONEL, *El delito de riesgos laborales*, pp.149/50.

identifica doblemente: primero con la figura del empleador, pero no es cualquier empleador, sino aquel que está ligado con una empresa. Y luego, con una segunda persona, que no es justamente el empleador, sino otra que, ejerce efectivamente en su nombre el poder de dirección en la empresa”. Se ha destacado que esta sentencia efectúa un llamado de atención, ya que si bien entiende que esta figura delictiva no es inconstitucional, sí es compleja y exige una elaboración teórica muy importante, al tiempo que afirma la constitucionalidad y demuestra que es un delito que puede ser aplicado en la práctica jurisdiccional.<sup>248</sup>

#### **VIII.4 La situación en Paraguay**

El art. 205 del CP paraguayo, “Exposición de personas a lugares de trabajo peligroso”, entró en vigencia con la sanción de dicho código (Ley n° 1.160/97) y forma parte del catálogo de delitos de peligro que se encuentran agrupados en el Capítulo II, “Hechos punibles contra la seguridad de las personas frente a riesgos colectivos”, que a su vez forma parte del Título III, “Hechos punibles contra la seguridad de la vida y de la integridad de las personas”.

Con la tipificación de los “delitos contra la seguridad de las personas frente a riesgos colectivos”, lo que se persigue es la protección del “bienestar físico de la comunidad o colectividad”, y en este sentido, lo que castiga la ley es el peligro colectivo, aunque no haya resultados dañosos. El rasgo distintivo de estos delitos es el de constituir un *peligro común* para la vida y salud, intereses, no de una o más personas determinadas, sino de un número indeterminado o indeterminable de posibles víctimas.<sup>249</sup> Se entiende que el bien jurídico protegido, en esos tipos penales es la “existencia, permanencia y salubridad de la comunidad”. La comunidad a la que alude puede ser de índole *laboral* (art. 204 del C. P.-Actividades peligrosas en la construcción; art. 205 del C. P. -Exposición de personas a lugares de trabajo peligroso), *sanitaria* (art. 206 -Comercialización de medicamentos nocivos; art. 207 del C. P. -Comercialización de medicamentos no autorizados; art. 208 del C. P. - Comercialización de alimentos nocivos; art. 209 del C. P. -Comercialización y uso no autorizados de sustancias químicas), *de convivencia cotidiana en un territorio común* (art. 203 del C. P. -

---

<sup>248</sup> REMERSARO CORONEL, *El delito de riesgos laborales*, pp. 149/50.

<sup>249</sup> CENTURIÓN ORTÍZ, R., *Derecho Penal-Parte Especial*, Asunción, 2011, pp. 481/82.

Producción de riesgos comunes; art. 210 - Comercialización de objetos peligrosos; art. 212 del C. P. -Envenenamiento de cosas de uso común).<sup>250</sup>

Concretamente, el art. 205 del CP paraguayo establece que:

“Exposición de personas a lugares de trabajo peligroso.

1°. El titular de un establecimiento o empresa y su responsable de la prevención de accidentes de trabajo que:

1. Causara o no evitara que los lugares o medios de trabajo incumplan las disposiciones legales sobre la seguridad y la prevención de accidentes en lugares de trabajo; o

2. Claramente incumpliera las exigencias del cuidado técnico, y con ello peligrara la vida o la integridad física de otros, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

2°. Los responsables, conforme al inciso 1°, que omitieran informar en forma idónea a los empleados sobre los peligros para la vida o la integridad física vinculados con los trabajos y sobre las medidas para la prevención, serán castigados con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa.

3°. El que realizara el hecho mediante una conducta culposa será castigado, en los casos del inciso 1°, con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa y, en los casos del inciso 2°, con multa”

Los elementos objetivos requeridos por el tipo penal aluden a: 1. un establecimiento laboral, lo que implica la existencia de patronos y personal trabajador en relación de dependencia; 2. necesidad de contar con medios de seguridad en el cumplimiento del trabajo; 3. obligación del patrono de proveer la seguridad y los medios de prevención de accidentes o siniestros; 4. incumplimiento de las disposiciones legales sobre la seguridad o prevención de siniestros o de las exigencias del cuidado técnico; 5. ante dichos incumplimientos, el peligro de lesión de la integridad física de quienes trabajan o acuden a dicho lugar (la norma utiliza el vocablo otros).

En cuanto a los elementos subjetivos del tipo penal, abarca tanto la comisión dolosa como la culposa.

Como puede verse, el art. 205 unifica el deber de garante del empleador y de quien ofrece un establecimiento al que puedan concurrir otras personas. En cuanto al primer

---

<sup>250</sup> Así lo ha señalado la Corte Suprema de Paraguay en el Recurso Extraordinario de Casación en autos: “Paiva, Juan Pío Helvidio y otros s/ Homicidio doloso y otros”, (Sent. N° 591), 05/08/2009.

aspecto (seguridad laboral), la doctrina local ha expresado que la exigencia del resultado configura un “peligro grave”, que va referido a la indemnidad del trabajador y no a la infracción de las medidas de prevención laborales.<sup>251</sup> Entiendo que con ese aserto, se pretende descartar que la “gravedad” refiera al tenor de la infracción administrativo-laboral.

La doctrina paraguaya no ha prestado atención a este precepto y casi no ha sido aplicado por los tribunales.

Una de las escasas aplicaciones de este tipo penal, ha sido con relación al caso del incendio producido en el supermercado “Ycuá Bolaños”, ubicado en Asunción, en el que la Corte Suprema de Justicia del Paraguay, Sala Penal ha efectuado una amplia interpretación del delito referido.<sup>252</sup>

En este sentido, el máximo tribunal paraguayo, ha expresado que “El sujeto activo, en este caso, se constituye en un garante de la seguridad de quienes trabajan y también de quienes acuden al local.”... “La conducta del sujeto activo puede ser activa u omisiva... la conducta es activa cuando el garante ha realizado consciente y voluntariamente actos destinados a lesionar a quienes trabajan y acuden a su establecimiento.”<sup>253</sup> Asimismo, la Corte ha destacado que cuando la conducta es omisiva “se verifica lo que doctrinariamente se conoce como una omisión impropia. En ella se requiere una característica especial del sujeto activo, por cuanto sólo puede ser aquel que se encuentra dentro de un limitado círculo o que cuenta con determinadas funciones. En la norma en estudio, el autor debe ser el titular del establecimiento comercial o su responsable de la prevención de accidentes de trabajo, quien asumen una especial calidad de garante.”<sup>254</sup>

Respecto del bien jurídico protegido, el tribunal ha entendido que está constituido por “la existencia, permanencia y salubridad de la comunidad laboral, igualmente, y dado que la norma incluye la palabra “otros”, se extiende además a quienes acudan al establecimiento, como parte de la “comunidad toda.”<sup>255</sup>

---

<sup>251</sup> *Ibidem*, p. 502.

<sup>252</sup> Recurso Extraordinario de Casación en autos: “Paiva, Juan Pío Helvidio y otros s/ Homicidio doloso y otros”, (Sent. N° 591), 05/08/2009.

<sup>253</sup> REC, Sent. N° 591, 05/08/2009.

<sup>254</sup> REC, Sent. N° 591, 05/08/2009.

<sup>255</sup> REC, Sent. N° 591, 05/08/2009.

En cuanto a los hechos objeto de la sentencia comentada, fueron los siguientes: alrededor de las 9:00 horas del 1º de agosto de 2004, se produjo el inicio del fuego en el patio de comidas, donde luego de una explosión, las llamas se extendieron por el centro comercial, generando la estampida de las personas que se hallaban en el establecimiento hacia la salida.<sup>256</sup>

El incendio fue el resultado del incumplimiento de las siguientes medidas de prevención:

-no funcionaron los detectores de incendio por falta de mantenimiento de los equipos de prevención de incendios (sistemas de alarma y bocas de mangueras).

-la apertura del local se efectuó con omisiones a diversas exigencias derivadas de Ordenanzas Municipales. El plano de construcción fue aprobado por la Municipalidad, con la aclaración de que la autorización definitiva quedaba supeditada a la inspección final de la obra y a la aprobación de los sistemas de prevención contra incendios. Esa autorización final nunca se tuvo.

-la irregular instalación de la chimenea, en forma de "S" acostada, que fue la que dio inicio al mayúsculo incendio. Esta chimenea fue colocada en el lugar de la preparación de productos cárnicos y de embutidos. Por la cocción de alimentos, se despedían de manera continua gran cantidad de residuos grasos que fueron impregnando la pared interior del ducto de salida, tanto por lo irregular de su estructura como por la falta de mantenimiento; contingencias éstas que convergieron para que en el día del siniestro se produjera allí la combustión que derivó en el incendio.

- el edificio no tenía salidas de emergencia y las puertas no tenían el sentido de la evacuación.

En el fallo se consideró responsable al titular del centro comercial, “quien había recibido la sugerencia del fiscalizador de obra, de instalar extractores eólicos, lo que hubiera evitado la combustión de los gases inflamables. Asimismo, en conocimiento de su obligación legal de solicitar la inspección final de la obra por parte de la Municipalidad de Asunción, no lo hizo, que de haberse verificado se hubiera resaltado la ausencia de significativos detalles de seguridad.” Según la Corte, se trató de una conducta omisiva en su faz impropia por cuanto en su calidad de garante, como

---

<sup>256</sup> Al momento de producirse las corridas, los guardias de seguridad cerraron las puertas de salida, para evitar que los clientes pudieran escapar del supermercado con bienes que no hubieran pagado, lo que incremento la cantidad de muertos. En total fallecieron 396 personas y hubo más de 500 heridos.



presidente del Supermercado Ycuá Bolaños, se constituyó en principal responsable del acatamiento de las disposiciones normativas en cuanto al funcionamiento de locales comerciales, seguridad en los mismos, condiciones de trabajo salubres, etcétera. Y estaba en una posición de garante con relación a los trabajadores del local y a las personas que acudían normalmente al mismo. Se expresó que “Tal como lo requiere el tipo penal descrito en el art. 205 del Código Penal, el titular del establecimiento comercial, no evitó que el lugar de trabajo de sus dependientes fuera inseguro, a pesar de que fue advertido de ello, lo cual permite calificar su conducta dentro de lo dispuesto en el inciso 1° de la mentada norma. Igualmente, tenía conocimiento de la existencia de una Ordenanza Municipal que le exigía una fiscalización final de la construcción, tendiente a verificar las condiciones de seguridad de la misma, lo cual tampoco fue cumplido. Todo ello, no sólo puso en peligro, sino que afectó seriamente la integridad física de las personas que estaban en el local -trabajadores o clientes-, con lo cual también se encuentran reunidos los presupuestos requeridos por el inciso 2° del art. 205 del C.P. Claramente su conducta constituyó una omisión impropia con un dolo eventual ya que, conocía el riesgo para la seguridad de sus empleados y clientes, pero no hizo nada para adoptar las medidas que le fueron sugeridas e incumplió ordenanzas municipales al respecto. Consecuentemente, es dable afirmar que su conducta ser subsumida dentro de las previsiones del artículo 205 inc. 1° y 2° del C. P.”

También se consideró responsable al encargado de seguridad, accionista de la empresa y delegado del Directorio para coadyuvar con el presidente en la revisión de los planos y protocolos de seguridad, propender al cumplimiento de las reglamentaciones y recomendaciones, y en caso de que una omisión relevante proviniera del titular del local, formular sus objeciones o en su caso, denunciarlas al Directorio. Según la Corte, “Estando al tanto de todas las falencias en la seguridad del local, omitió las recomendaciones y permitió su funcionamiento en las condiciones apuntadas. Claramente estaba en posición de garante ya que tenía el poder de cambiar la situación, de proveer a la seguridad de las personas puesto que tenía conocimiento acabado de los planos, del Protocolo de seguridad (suscribió ambos), así como de las recomendaciones formuladas al respecto. Su inacción voluntaria también puso en riesgo la integridad

física de la comunidad laboral del Supermercado Ycuá Bolaños y de la comunidad de clientes que diariamente acudían al mismo.”<sup>257</sup>

### VIII.5 La situación en Chile

La legislación chilena no incluye el delito de riesgos laborales, sin embargo el debate respecto de la necesidad de un Derecho penal del trabajo tutelar de los intereses fundamentales de los trabajadores, se ha iniciado hace unos años y algunos autores chilenos han investigado el tema, como BUSTOS RAMÍREZ y HERNÁNDEZ BASUALTO.<sup>258</sup>

En Chile sólo se contempla la protección administrativa y pecuniaria, esto es, el establecimiento de sanciones y multas para las infracciones laborales o de derechos de los trabajadores y asimismo, indemnización de perjuicios en sede laboral, además de la persecución penal de las lesiones y muertes ocasionadas en el trabajo (homicidios y lesiones imprudentes). Para un sector de la doctrina local, esta tutela resulta insuficiente para la protección efectiva de los derechos de los trabajadores, señalándose que para las empresas muchas veces es más económico y rentable pagar las multas que invertir en prevención y seguridad laboral.<sup>259</sup> En este sentido, se destaca que “en un ambiente reactivo a imputar resultados lesivos en sede penal, hay una tendencia judicial chilena a considerar la siniestralidad laboral sólo desde una perspectiva civil, salvo casos penales por lesiones y muertes provocadas por deficientes medidas de seguridad en casos muy groseros, caracterizados por cierta cercanía espacio-temporal entre conductas imprudentes y resultado lesivo, lo que conduce a una concentración de la responsabilidad en los mandos inferiores y medios de las empresas.”<sup>260</sup>

Desde esta óptica, varios esfuerzos se han hecho en Chile para legislar a través del Derecho penal la responsabilidad del empleador en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, pero lo cierto es que los proyectos presentados no han visto más que el primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados y, luego de no ser

---

<sup>257</sup> La sentencia dispuso: “Confirmar la constatación del hecho punible de exposición de personas a lugares de trabajo peligroso (Art. 205 inc. 1° y 2° del C.P.) de lo que surgen las condenas a sus autores Juan Pío Paiva (presidente del centro comercial) y Humberto Casaccia Romagni (encargado de seguridad), dejándolas establecidas en la pena de privación de libertad de cinco (5) años, quantum derivado de la correcta subsunción y aplicación de los hechos a la ley penal con relación al primer autor; y, de dos (2) años y seis (6) meses con relación al segundo.”

<sup>258</sup> PARDO MONTENEGRO, F., *La responsabilidad penal empresarial y los delitos laborales*, Tesis para optar al grado de Magister en Derecho Penal de Los negocios y de La empresa, Universidad de Chile, Santiago, 2012, p.81.

<sup>259</sup> *Ibidem*, p.94.

<sup>260</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, H., *Delitos contra los trabajadores en el Derecho Penal Chileno, en Derecho Penal Laboral. Delitos contra los trabajadores*, Bs As, 2011, pp. 64/65.

discutidos, han sido archivados. Es el caso del proyecto que “tipifica conductas atentatorias contra los derechos de los trabajadores, estableciendo un nuevo título en el código penal”, ingresado en 2003 y archivado en 2009; y el proyecto que “tipifica delitos contra la seguridad del trabajo”, ingresado en 2008 y archivado en 2010.<sup>261</sup> Ambos proyectos fueron presentados por BUSTOS RAMÍREZ, en su calidad de diputado.<sup>262</sup>

Luego del desastre ocurrido en la mina San José, durante el año 2010<sup>263</sup>, un grupo de parlamentarios, solicitó el desarchivo de ambos proyectos de ley para darle vida a un nuevo proyecto que reforzara la idea de la tipificación de la acción u omisión del empleador que, por no cumplir con las leyes de seguridad e higiene, ponga en riesgo la vida de los trabajadores, añadiendo a las mociones anteriores, algunas reformas al Código Procesal Penal. Este proyecto fue ingresado al primer trámite constitucional en noviembre de 2010, un mes después del rescate de los 33 mineros y se denominó “proyecto de ley que establece la responsabilidad penal del empleador por accidentes del trabajo”, pero tampoco se ha convertido en Derecho positivo.<sup>264</sup>

El precepto que prevé el “delito contra la seguridad del trabajo”, es el siguiente: art. 341 bis: “Los que con infracción de las normas de prevención de accidentes de trabajo, 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, serán castigados con las penas de presidio menor en su grado medio y multa de 500 a 3000 UTM.

En caso que se produjere la muerte, serán castigados con la pena de presidio mayor en su grado medio.

En caso que se produjeran las lesiones a que se refieren los artículos 396, 397 o 399 del Código Penal, serán castigados con las penas establecidas en dichos artículos, aumentadas en un grado.”

En este panorama, HERNÁNDEZ BASUALTO aboga por la introducción de un delito sólo doloso de peligro abstracto; sin embargo al hacer referencia al accidente minero, concluye que “en todo caso no es conveniente encerrarse en un sólo modelo de

---

<sup>261</sup> PALMA LAMPEREIN, M. y TORO VENEGAS, N., *La noción de riesgo en materia de responsabilidad del empleador por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Proyecto de ley sobre responsabilidad penal del empleador por accidentes del trabajo*, Memoria para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2012, p.87

<sup>262</sup> PARDO MONTENEGRO, *La responsabilidad penal empresarial...*,p. 81.

<sup>263</sup> El accidente ocurrido en la mina San José, en la Tercera Región de Atacama de Chile, se produjo a mediados del año 2010, donde 33 mineros quedaron atrapados por un derrumbe a más de 700 m de profundidad bajo tierra, sin poder salir por más de dos meses, en razón de que los dueños de la mina no tenían, según los informes de la Dirección del Trabajo, las normas mínimas de seguridad para la protección de sus derechos y ni siquiera contaban con una vía de escape para sus trabajadores.

<sup>264</sup> PALMA LAMPEREIN/TORO VENEGAS, *La noción de riesgo ...*,p. 81.

intervención penal, más bien al contrario, hay buenas razones para creer que la combinación de distintas categorías puede potenciar favorablemente la protección penal de la seguridad en el trabajo”.<sup>265</sup> Señala el autor citado que este siniestro laboral parece reafirmar la necesidad de un delito de peligro, porque si bien los mineros fueron rescatados sin menoscabos de su salud corporal, “existe consenso en cuanto a que lo esperable era que simplemente murieran sepultados. Situaciones como éstas sugieren la introducción adicional de tipos imprudentes que tengan como resultado típico no ya la muerte o lesión de los trabajadores, sino la producción de un “accidente grave”, esto es, de una situación de grave riesgo para la salud o la vida de los mismos.”<sup>266</sup>

Por su parte, BALMACEDA HOYOS, postula la creación de un título especial en el CP chileno que agrupe de manera coherente y sistemática tipos penales en defensa de los bienes jurídicos de los trabajadores (similar al caso del CP español). Concretamente respecto de la vida y salud de los trabajadores, aboga por la creación de un tipo específico para situaciones especialmente complejas que no puedan ser captadas por los delitos vigentes, por ejemplo un tipo penal relativo a la lesión de la salud del trabajador, que por períodos de tiempo se ve expuesto a elementos peligrosos en su tarea laboral, lo que evitaría problemas de causalidad.<sup>267</sup>

En septiembre de 2014 el Ministerio de Justicia de Chile convocó a una comisión para la elaboración de un Anteproyecto de nuevo Código penal, que entregó su anteproyecto en abril de 2015 (aunque aún no ha recibido tratamiento en el Congreso), y que estuvo presidida por HERNÁNDEZ BASUALTO.<sup>268</sup> El Anteproyecto contiene un delito doloso de peligro, en los siguientes términos:

Art.220: “Atentado contra la seguridad en el trabajo. El empleador que, con infracción de sus deberes legales o reglamentarios en materia de prevención de riesgos laborales, sometiere a sus trabajadores a condiciones de trabajo gravemente peligrosas para su vida, su salud o su integridad física, será castigado con reclusión o prisión de 1 a 3 años y multa.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará sin perjuicio de las penas que correspondieren por las muertes o lesiones a que dieron lugar las condiciones peligrosas de trabajo”.

Se encuentra en el §5 (Exposición a un peligro grave y omisión de socorro), del Título I, “Delitos contra la vida y la salud, del Libro Segundo, junto con un delito de exposición a peligro grave (art. 219) y la omisión de socorro (art. 221).

## VIII.6 La situación en Venezuela

---

<sup>265</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, *Derecho Penal Laboral...*, p 83.

<sup>266</sup> *Ibidem*.

<sup>267</sup> Una aproximación al derecho penal del trabajo en Chile, en *Derecho Penal del trabajo. Una mirada de doble vía*, MUÑOZ SEGURA/POSADA MAYA (coords.), Bogotá, 2017, p. 275.

<sup>268</sup> Compuesta, además, por los Profs. Luis ORTÍZ QUIROGA, Juan Domingo ACOSTA SÁNCHEZ, Jaime COUSO SALAS y Juan Pablo MAÑALICH RAFFO, actuando como secretario el Prof. Javier WILLENMANN VON BERNATH.

Si bien Venezuela no cuenta con un delito de peligro en el ámbito de la seguridad laboral, la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (LOPCYMAT), impone una pena agravada -respecto del homicidio y lesiones imprudentes- cuando la muerte o lesión del trabajador se produce por el incumplimiento de las medidas de prevención.

Artículo 131. “En caso de muerte de un trabajador o trabajadora como consecuencia de violaciones graves o muy graves de la normativa legal en materia de seguridad y salud en el trabajo el empleador o empleadora o sus representantes, serán sancionados con pena de prisión de ocho (8) a diez (10) años.

Cuando el empleador o empleadora o sus representantes, actuando en las mismas circunstancias haya ocasionado al trabajador o trabajadora:

1. La discapacidad total permanente que lleve asociada la imposibilidad del trabajador o de la trabajadora para realizar los actos elementales de la vida diaria, la pena será de cinco (5) a nueve (9) años de prisión.
2. La discapacidad total permanente para cualquier tipo de actividad, la pena será de cinco (5) a ocho (8) años de prisión.
3. La discapacidad total permanente para el trabajo habitual, la pena será de cuatro (4) a siete (7) años de prisión.
4. La discapacidad parcial permanente, la pena será de dos (2) a cuatro años de prisión.
5. La discapacidad temporal, la pena será de dos meses a dos años de prisión.
6. La discapacidad temporal que lleve asociada la imposibilidad del trabajador o de la trabajadora para realizar los actos elementales de la vida diaria, la pena será de dos (2) a cuatro (4) años de prisión.

Hasta tanto no se reforme el Código Penal, el Ministerio Público creará Fiscales Especiales con competencia nacional en materia de salud y seguridad laborales. Los delitos de esta Ley son de acción pública, sin perjuicio de que los afectados o sus causahabientes puedan ejercer directamente las acciones penales correspondientes, sin intervención del Ministerio Público.”

Este tipo penal tiene su antecedente en el art. 33 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo de 1986 (derogada), que exigía como condición para su procedencia, además del incumplimiento de la normativa en materia de seguridad y salud laboral, el conocimiento por parte del empleador de la situación riesgosa a la que se encontraba sometido el trabajador. Esa ley fue promulgada como consecuencia de un hecho que conmocionó a los venezolanos y que fue la llamada “tragedia de Tocoa”, incendio en el que fallecieron una gran cantidad de trabajadores y funcionarios del cuerpo de bomberos.

En 1982, en Arrecife (Vargas), se produjo el accidente de la planta termoeléctrica Ricardo Zuloaga, también conocida como Planta de Tocoa, perteneciente a la Electricidad de Caracas, hecho en el que perdieron la vida unas 180 personas. El domingo 19 de diciembre de ese año, a las 6:15 de la mañana los trabajadores de la planta descargaban 16.000 litros de combustible fuel oil, provenientes de un barco tanquero, cuando se produjo una explosión en el tanque número 8 del complejo termoeléctrico. Gracias a la labor de los cuerpos de bomberos, así como de los funcionarios de Defensa Civil, Guardia Nacional, Policía Metropolitana, técnicos

de Petróleos de Venezuela (Pdvsa), Electricidad de Caracas y decenas de voluntarios, el fuego pudo ser controlado en horas del mediodía. No obstante, a las 12:35 se produjo una segunda explosión en el tanque número 9, que estaba repleto de combustible. El fuego arrasó la unidad del Cuerpo de Bomberos Aeronáuticos, efectivos del Distrito Federal y a 10 trabajadores de los medios de comunicación. También resultaron devastadas unas 500 viviendas del sector Arrecife. Hasta ahora no se conocen exactamente las causas que produjeron la explosión del primer tanque. Pero luego de ese siniestro, se implementaron medidas de seguridad, como la eliminación de los tanques 8 y 9, que fueron los causantes del incendio, y en su lugar se dispuso un reservorio de agua desmineralizada para generar el vapor que se produce en las calderas del centro generador. En los tanques de combustible existentes, se les colocó un anillo de seguridad para la extinción de incendios, compuesto por espuma y agua. Adicionalmente, se instalaron sistemas antiexplosión, que evitan el contacto entre los residuos de combustible. Además se cuida que la temperatura que se genera en los tanques de almacenamiento permanezca por debajo de 45 grados centígrados (Diario *El Universal*, Caracas, 19/12/2013).

Este terrible incendio, obligó al Estado, presionado por la opinión pública, a dictar una ley que castigara con pena de prisión a los empleadores que omitieran cumplir con las medidas de prevención en materia de seguridad y salud laboral.

El actual precepto (art. 131 LOPCYMAT) configura un delito cualificado por el resultado, que exige dos supuestos fundamentales: a. que el empleador haya violado grave o muy gravemente la normativa de de prevención laboral y b. que la muerte o lesión del operario sea consecuencia directa de dichas violaciones.<sup>269</sup>

Para determinar la gravedad del incumplimiento es necesario recurrir al catálogo de infracciones graves establecidos en el art 119 de la misma ley (entre ellas: no proveer los equipos de protección personal a los trabajadores, no impartir cursos de seguridad industrial, no mantener un sistema de vigilancia epidemiológica, entre otras). Por su parte el art 120, establece las infracciones muy graves, por ejemplo impedir u obstaculizar la paralización de las labores cuando el trabajador tenga motivos razonables para creer que existe un peligro inminente para su salud o vida, no brindar auxilio inmediato al trabajador, etc.<sup>270</sup>

En cuanto al sujeto activo “el empleador o su representante”, cabe remitirse a la definición de patrono que brinda la Ley Orgánica del Trabajo, en el sentido de la persona que en nombre propio, “ya sea por cuenta propia o ajena, tiene a su cargo una

---

<sup>269</sup> CARMONA GARCÍA, J., Tipos penales relacionados con el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social,. Breve análisis comparativo entre la Legislación Venezolana y Española, *Revista Gaceta Laboral*, vol. 15, n° 2, 2009, Universidad del Zulia, p. 68.

<sup>270</sup> *Ibidem*, p. 69.

empresa, establecimiento, explotación o faena, de cualquier naturaleza o importancia, que ocupe trabajadores, sea cual fuere su número”. Por otra parte, la norma considera “representante” del patrono a quien en nombre y por cuenta de éste ejerza funciones jerárquicas de dirección o administración. Más allá de estas definiciones, se le critica al tipo penal que estos términos no son específicos y que el legislador debió circunscribir la responsabilidad en aquél que tenía la misión de velar por las normas de seguridad al momento que ocurrió el accidente.<sup>271</sup>

En opinión de la doctrina local, el legislador venezolano ha pretendido mediante este tipo penal disminuir el número de siniestros laborales, pero lo cierto es que en la práctica este mecanismo de represión –agravando la pena luego de que se ha producido el daño-, no ha representado un logro, por ello una correcta política criminal debe dirigirse más que a la represión del empleador, a la prevención de este tipo de hechos punibles.<sup>272</sup>

Entre los factores que han coadyuvado a la falta de resultados positivos en la disminución de la siniestralidad laboral, puede mencionarse la escasa aplicación de este precepto y también (aunque no es independiente de lo anterior) al incumplimiento por el Estado del mandato legal de crear fiscalías especializadas en materia de seguridad y salud en el trabajo, según lo ordena la misma LOPCYMAT (art. 131).

Uno de los escasos fallos donde se condena por este tipo penal, es la sentencia del 12/09/2011 del Tribunal de Primera Instancia en Función de Juicio N°5, Circuito Judicial Penal del Estado de Aragua, por la muerte de 9 trabajadores de una planta procesadora de desechos de productos cárnicos, ubicada en el Estado de Aragua.

El 18 de agosto de 2003, un trabajador de la empresa, debió bajar por la escalara a la fosa de almacenamiento de desechos cárnicos a buscar el tobo con el que estaba trabajando, que accidentalmente había caído a la fosa (al romperse el mecate que lo sostenía). Al comenzar a descender, se sintió mareado por inhalar los gases tóxicos emanados por los desechos, lo que le ocasionó un desmayo y su caída a la fosa, de 5 metros de profundidad. Ante esa situación, 8 de sus compañeros intentaron socorrerlo, corriendo la misma suerte. La muerte de los 9 trabajadores se produjo por la inhalación de sulfuro de hidrogeno, gas letal que se produce en el proceso de descomposición de productos orgánicos. La empresa no había cumplido con las normas sobre las

---

<sup>271</sup> *Ibidem*, pp. 71/72.

<sup>272</sup> *Ibidem*, p. 76.

condiciones que deben reunir los sectores confinados de materia orgánica en descomposición (fosas) y sobre contingencia.

En la sentencia, se destacaron estas infracciones a las normas de seguridad laboral: ausencia de ventilación artificial, sensores y alarmas de gases tóxicos, además, los trabajadores no contaban con equipos de respiración. Asimismo, en la planta no había médicos ni paramédicos, tampoco servicio de ambulancias.

En el fallo se condenó al director gerente principal de la empresa, a la pena de 7 años de prisión y al director gerente suplente, a la pena de 3 de prisión, más penas accesorias.

### **VIII.7 La situación en Cuba**

El ordenamiento jurídico de Cuba tampoco tiene un delito de peligro contra la seguridad laboral, pero al igual que Venezuela cuenta con un delito específico de resultado. En el Capítulo I del Título X (“Delitos contra los derechos laborales”) del Código Penal de Cuba (Ley n° 62 del 29/12/1987), está previsto el delito de “Incumplimiento de normas de protección e higiene del trabajo” (art. 296).

Art. 296. “1. El responsable directo de la aplicación o ejecución de las medidas referentes a la protección e higiene del trabajo que, a consecuencia de infringir dentro del ámbito de su competencia, las disposiciones establecidas al respecto, dé lugar a que se produzca la muerte de algún trabajador, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años.

2. Si, como consecuencia de la infracción a que se refiere el apartado anterior, se producen lesiones graves o graves perjuicios para la salud a algún trabajador, la sanción es de seis meses a dos años o multa de doscientas a quinientas cuotas.

3. El que, por no haber ordenado, teniendo la obligación de hacerlo, las medidas de protección e higiene del trabajo a quienes deban cumplirlas, de lugar a que se produzca la muerte de un trabajador, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas.

4. Si, como consecuencia de la infracción a que refiere el apartado anterior, se producen lesiones graves o graves perjuicios para la salud a algún trabajador, la sanción es de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas”.

Según la doctrina cubana, este precepto está en consonancia con lo dispuesto en el art. 1 y el art. 49 de la Constitución de la República de Cuba, al significar la conformación de un Estado socialista de trabajadores, con el pleno derecho de disfrutar de una justicia social, garantizando el derecho a la protección, seguridad e higiene del trabajo (mandato que debe cumplir el “soberano y legítimo gobierno”).<sup>273</sup>

---

<sup>273</sup> FERIA GALBÁN, K., La siniestralidad laboral en Cuba. Un acercamiento a través de los límites de la responsabilidad penal , pp. 11/12



El art. 296 prevé básicamente dos comportamientos típicos: “infringir las disposiciones sobre medidas referentes a la protección e higiene del trabajo” y “no ordenar las medidas protección e higiene del trabajo a quienes deban cumplirlas”. El delito requiere la producción de resultado: muerte, lesión o perjuicio en la salud, de al menos un trabajador.

El sujeto activo de la primera conducta es el “responsable directo de la aplicación o ejecución de las medidas de protección e higiene” y el de la segunda conducta, “el que tenga la obligación de ordenar las medidas de protección e higiene a quienes deban cumplirlas”. El tipo penal tiene una redacción poco precisa ya que no brinda criterios claros respecto del sujeto activo ni de las normas de prevención a las que remite, en tanto configura una ley penal en blanco. En este sentido, la doctrina local ha destacado las falencias del precepto, ya que debido a la complejidad de las organizaciones laborales actuales resulta difícil determinar qué sujetos -además del empleador- “pueden ser llamados al proceso penal, bien sea por delegación de responsabilidades de supervisión o por la función técnica encomendada”.<sup>274</sup> Por ello, se ha postulado doctrinariamente una reformulación general del art. 296 e introducir un delito de peligro para dar paso a la protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales.<sup>275</sup> En este esquema, se entiende que el bien jurídico que el Derecho penal debe proteger es la “seguridad y confianza de los trabajadores”, como bien jurídico penal supraindividual y no la vida, integridad física y salud del trabajador en tanto bienes jurídicos individuales, como protege el art. 296 del CP vigente.<sup>276</sup>

---

<sup>274</sup> FERIA GALBÁN, K., La siniestralidad laboral en Cuba. Un acercamiento a través de los límites de la responsabilidad penal, *Revista Pensamiento Penal*, [www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar), 1º de diciembre de 2014, p. 18.

<sup>275</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>276</sup> FERIA GALBÁN, Los riesgos laborales y su intervención en el Derecho penal cubano, *Revista Pensamiento Penal*, [www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar), 7 de julio de 2015, p. 18.

## CAPÍTULO II

### **TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA SINIESTRALIDAD LABORAL EN ARGENTINA. NECESIDAD DE UN DELITO DE PELIGRO**

*Sistema de prevención administrativa de los riesgos laborales en Argentina.  
Respuesta penal a la siniestralidad laboral en el ordenamiento legal vigente. El  
mandato constitucional protectorio de la seguridad e higiene del trabajador.  
Necesidad de la intervención penal mediante la formulación de un tipo penal de  
peligro.*

En este capítulo se intentará demostrar la necesidad y legitimidad de la intervención penal como herramienta de prevención frente a los riesgos laborales en Argentina, mediante la creación de un delito de peligro específico. Para ello se analizará -aunque esquemáticamente y no de manera exhaustiva-, el sistema de prevención administrativo-laboral, en tanto lo que se pretende es poner de manifiesto su ineficacia para prevenir la siniestralidad laboral, como presupuesto del necesario recurso al Derecho penal. Asimismo, se demostrará que la aplicación de los tipos penales vigentes -tanto de peligro como los delitos imprudentes de homicidio y lesiones- resultan insuficientes para lograr el efecto preventivo que aquí se pretende. Por otra parte, se justificará la legitimidad del delito de peligro postulado, en base a la importancia de los bienes jurídicos en juego -vida y salud de los trabajadores- y a su coherencia con el mandato protectorio de la indemnidad del trabajador contenido en la Constitución Nacional argentina.

#### **I. Reconocimiento de los derechos sociales en Argentina**

##### **I. 1 Constitucionalismo social**

Hacia fines del siglo XVIII, la lucha por la libertad del hombre y sus derechos, entre ellos, centralmente el de propiedad, inspiró el constitucionalismo clásico, a fin de lograr la protección y consolidación de esos valores y su defensa individual frente al poder del Estado. Los textos propiciaban la igualdad formal -de todos- ante la ley, como lo indica la Constitución Nacional argentina de 1853 (CN). El derecho de propiedad se calificó de absoluto e inviolable y fue la base de ese constitucionalismo. Tal individualismo posesivo, mientras imperó, mantuvo y acrecentó los niveles de desigualdad e injusticia, por lo que se impuso el pase a una etapa constitucional posterior. De ese modo, hizo irrupción el constitucionalismo social, producto de un nuevo conflicto generalizado entre las fuerzas del trabajo y el capital. Se trata de una nueva demarcación de la función social de los derechos individuales, acompañada por la estructuración de un orden que contempló la inclusión en las constituciones formales, de una declaración de

derechos sociales y económicos que abarca los ámbitos de la educación, cultura, familia, trabajo, asociación sindical o profesional, seguridad social, etc.<sup>277</sup>

El afianzamiento de estos nuevos sectores y la sanción de leyes orientadas a mejorar las condiciones de la vida y de la prestación laboral de los trabajadores, provocó la aparición de lo que hoy llamamos “Estado Social de Derecho” y que se caracteriza por la introducción de derechos y principios sociales en los textos constitucionales de los Estados. Como ejemplos cabe citar dos Constituciones cuya influencia fue decisiva en la construcción de esta nueva corriente: la mejicana de 1917 y la alemana de 1919 (Constitución de Weimar).<sup>278</sup>

El constitucionalismo social fue el resultado de un proceso de evolución que nació como respuesta al esquema socio político que regía en el mundo, como resultado de la instauración de políticas liberales plasmadas en las distintas constituciones decimonónicas. En ese contexto, surgieron doctrinas tales como el socialismo, anarquismo, marxismo, la doctrina social de la iglesia, a la vez que se gestaron movimientos y planes de lucha por los trabajadores, hasta la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1919. Tal fue el gen de la llamada “cuestión social”, concebida como el conjunto de exigencias a las que debe someterse el accionar del Estado en orden al cumplimiento de pautas de igualdad y solidaridad.<sup>279</sup>

En Argentina, el constitucionalismo social impactó tardíamente, después de la segunda guerra mundial. En ese momento, seguía vigente el texto constitucional de 1853 -con las reformas parciales de los años 1866 y 1898- y, con ella el imperio de una ideología de tinte liberal respecto de la concepción de los derechos y del rol abstencionista del Estado. Pero en la primera mitad del siglo XX, se fueron gestando profundos cambios

---

<sup>277</sup> FORMARO, J., *Riesgos del trabajo*, Bs As, 2013, pp. 32/33. El constitucionalismo social no desconoce las libertades individuales, ni se opone al constitucionalismo clásico. Se limita a considerar que, además del individuo, también son titulares de ciertos derechos económicos los grupos sociales y los propios seres humanos en su condición de integrantes de esos grupos y no solamente en su condición de individuos. De este modo propicia la coordinación armónica entre los intereses individuales y los intereses sociales. Pero de ninguna manera propicia caer en el extremo, como se sostiene algunas veces, de hacer prevalecer el interés de los grupos sociales sobre las libertades naturales del individuo (BADENI, G., *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo II, Bs. As., 2010, p. 435).

<sup>278</sup> Los mejicanos fueron los primeros que incluyeron en un texto constitucional, en forma orgánica, los principios generales del Derecho del trabajo; cabe destacar lo dispuesto respecto al contrato de trabajo, de la jornada laboral de 8 horas, del descanso semanal de un día, del salario mínimo, vital e inembargable, del pago diferenciado de las horas extraordinarias de labor y de la inembargabilidad de los bienes declarados como patrimonio familiar del trabajador. La Constitución de Weimar consagra la protección estatal para el trabajo en todas sus formas, la libertad y el derecho de trabajo, el derecho a la huelga, la libertad de agremiación, el control de las condiciones del trabajo y de la producción en beneficio del obrero (GRISOLIA, J., *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Bs As, 1999, p. 76).

<sup>279</sup> FAYT, C., *Evolución de los Derechos Sociales: Del reconocimiento a la exigibilidad*, Bs. As., 2007, p. 17.

en la sociedad argentina, que se plasmarían en la reforma constitucional del año 1949, mediante la cual se incorporaron al texto constitucional, principios del Estado benefactor, normas de naturaleza corporativa y la reelección indefinida de presidente y vicepresidente.<sup>280</sup>

Con la segunda guerra mundial -y la necesidad de sustituir las importaciones bloqueadas por el quiebre del mercado mundial-, el proletariado industrial argentino tuvo un notable crecimiento numérico. Así, se fue configurando un sindicalismo previo al movimiento obrero de 1943, conformado por anarquistas, socialistas, revolucionarios y comunistas, impulsado por la gran ola de inmigración europea, las migraciones internas, el industrialismo -sustitución de las importaciones-, el auge de las empresas estatales desarrolladas desde 1920 y el “nacionalismo obrero”. Los gobiernos conservadores que se sucedieron en Argentina desde 1930 hasta 1943, no desarrollaron políticas sociales y prácticamente no sancionaron leyes laborales. El gobierno militar que asumió en 1943 era consciente de esas necesidades insatisfechas y en particular el coronel Juan Domingo Perón, que desde la Secretaría del Trabajo y Previsión, tomó viejos proyectos de legisladores socialistas, nunca aprobados por el Congreso y los convirtió en leyes (creó los tribunales laborales, promulgó leyes de jubilación para todos los gremios, decretó vacaciones pagas y aguinaldo, entre otras medidas). Con estas notables conquistas para los asalariados, Perón ganó el apoyo de amplios sectores del movimiento obrero. En ese marco, los sindicatos comenzaron un período de crecimiento y fueron afiliando masivamente a los nuevos trabajadores, los que migraban a la ciudad desde el interior del país -los “cabecitas negras”- y a los trabajadores “viejos”, descendientes de la inmigración europea. De este modo, los sindicatos se unificaron -y afianzaron- en torno a la Secretaría de Trabajo: comienza a gestarse así, el “movimiento peronista” que llevó a Perón a la presidencia en las elecciones de 1946 -primera presidencia-. Durante su gobierno, en 1949 se realiza una reforma constitucional que incorporó a la Constitución argentina los derechos de los trabajadores -constitucionalismo social-. La reforma también estableció normas sobre la propiedad y el papel activo del Estado en la economía. La reforma fue desconocida por un sector de la oposición y sería luego abolida en la dictadura militar instalada en 1955.

Con el texto de la Constitución de 1949 se buscó superar el régimen individualista que hasta entonces regía el contrato de trabajo, para pasar al planteo de naturaleza social inherente a la vinculación laboral, en el marco de leyes obreras que, en virtud de sus disposiciones forzosas (de orden público), por el interés social que las informa, son inderogables por la voluntad privada y por los convenios colectivos de trabajo. En tal sentido, se ha afirmado que estos principios constituyeron un hito fundacional del Derecho laboral en Argentina.<sup>281</sup>

---

<sup>280</sup> FAYT, *Evolución...*, pp. 26 y 33.

<sup>281</sup> FAYT, *Evolución...*, p.41. Entre las particularidades que distinguen a los derechos sociales respecto de los considerados de primera generación -individuales-, cabe señalar que aquellos no suponen, como en el caso de los derechos individuales, la confrontación individuo-Estado, sino la integración y cohesión de los diversos grupos sociales. Otro rasgo se relaciona con la conducta exigida al Estado. En efecto, mientras que los derechos civiles y políticos suelen vincularse a un rol abstencionista del Estado, los derechos de segunda generación, le exigen a aquel una conducta activa, manifestada a través de políticas y medidas de acción positivas. Luego, el carácter programático u operativo de estas normas se halla en

Los derechos con contenido social apuntan a combatir ciertas distribuciones que se considera que generan desigualdad, por eso la finalidad de estos derechos es eminentemente *redistributiva*. Esta redistribución opera de dos formas. Lo hace de manera indirecta cuando el Estado destina recursos, previamente extraídos de la sociedad, a satisfacer funciones relacionadas con los derechos sociales, por ejemplo la salud y la educación. Pero también existen redistribuciones directas, cuando el Estado sanciona una legislación que implica una transferencia directa de recursos de un sector a otro.<sup>282</sup> Uno de los instrumentos redistributivos más utilizados en el Derecho laboral está dado por la aplicación de “pisos” legales y convencionales que regulan las condiciones de trabajo.<sup>283</sup>

El sentido protectorio de las instituciones del Derecho del trabajo recibió el espaldarazo que necesitaba para competir con las libertades individuales plasmadas por el constitucionalismo clásico, con el art. 14 bis de la CN, en la consagración de los derechos sociales allí mencionados. De allí que, siendo que los derechos del trabajo y de la seguridad social hallan en el constitucionalismo su garantía, ese precepto configura la piedra basal.<sup>284</sup>

## **I. 2 El artículo 14 bis de la Constitución Nacional argentina y los Instrumentos Internacionales**

Después del golpe militar autodenominado “revolución libertadora” de septiembre de 1955, por el que se depuso a Juan Domingo Perón de la presidencia, se deja sin efecto la constitución peronista de 1949 y se convoca a convención constituyente. El art. 14 bis es producto de esa reforma. En diciembre de 1956 se crea una comisión de estudios constitucionales y luego de la labor de esa comisión, se convocó a elecciones de convencionales constituyentes. A consecuencia de ello, en 1957 se reforma el texto

---

estrecha conexión con esta característica, dado que al requerir una participación activa del Estado, ello puede afectar a su exigibilidad inmediata; esta puede, en el plano fáctico, depender del desarrollo de las condiciones y los recursos necesarios para llevarlos a cabo (*ibídem*, p. 20).

<sup>282</sup> SOLA, J., *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo II, Bs. As., 2009, pp.321/22. Esto último ocurrió cuando se sancionó la ley n° 9688 (viejo régimen legal de los accidentes y enfermedades de trabajo) que establecía la opción para el trabajador de reclamar la indemnización tarifada prevista en la ley o la reparación integral derivada del Derecho común, ello implicó una transferencia de recursos de los empleadores a sus dependientes, desde el momento en que las cargas de la prueba y los presupuestos de la responsabilidad eran diferentes en uno y otro caso. Si los trabajadores sólo hubieran tenido la posibilidad de demandar con fundamentos en el Código Civil, probablemente muchas demandas hubiesen sido rechazadas. En cambio si se dispone que el mero acaecimiento de un siniestro laboral da lugar a una indemnización, aunque tarifada, las víctimas de accidentes de trabajo tienen una mayor probabilidad de obtener una reparación, generándose así, una transferencia de recursos (SOLA, *Ibídem*).

<sup>283</sup> SOLA, *Tratado...*, p. 325. En ese sentido se establece, por ejemplo, el “salario mínimo vital”.

<sup>284</sup> FORMARO, *Riesgos del trabajo...*, p. 34.

constitucional de 1853, al que se le agrega el art. 14 bis, introduciendo de ese modo los principios del llamado Derecho social. La reforma de 1957 establece el retorno a la CN de 1853 con sus reformas 1860, 1866 y 1898 y se da por inválida la CN de 1949.<sup>285</sup>

Art 14 bis CN: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de la empresa, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”.

El art 14 bis es la manifestación de un cambio paradigmático en la noción del trabajo, iniciado con la reforma constitucional de 1949. Ya no se trata de un derecho civil gobernado por las normas que rigen los contratos entre particulares, sino que estamos frente a un derecho social, con una tutela especial por parte del Estado. Ello es así porque, en la relación de trabajo se plantea una desigualdad que exige reglas especiales para su regulación y dinámica.<sup>286</sup> En efecto, mientras el art. 14 CN, alude al trabajo en forma general, el art. 14 bis se refiere a una especie del género trabajo, que es el *trabajo en relación de dependencia*.<sup>287</sup> La enunciación de derechos que formula este precepto

---

<sup>285</sup> FAYT, *Evolución...*, pp. 57 y ss.

<sup>286</sup> FAYT, *Evolución...*, p. 64. La dicción del art 14 bis C.N. tiene un significado trascendental porque sus palabras hilvanan las piezas que representan a los actores sociales: el empleador, el trabajador, la familia -la sociedad- y el Estado, en rededor del conflicto que subyace en la relación laboral. Abordando directamente el problema de la desigualdad en las relaciones laborales. La historia de esta norma constitucional está emparentada con la del país, sobrevivió a la supresión de la reforma de 1949 - constitución peronista- y viene desde entonces perdiendo eficacia ante la ofensiva flexibilizadora (BISCEGLIA, V., *La protección penal de la seguridad e higiene del trabajo*, Tesis de posgrado en Derecho penal y criminología, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2006, p.31).

<sup>287</sup> BADENI, *Tratado...*, p. 430. El trabajo en relación de dependencia supone una subordinación técnica, jurídica y económica. La primera significa que el trabajador debe acatar las órdenes que le imparte el empleador sobre cómo debe ser realizado el trabajo. La subordinación jurídica resulta de la facultad que le confiere la ley al empleador de dirigir, dentro de ciertos límites, la actividad productiva de su dependiente. La económica, se traduce en la remuneración que tiene derecho a recibir el trabajador, como contraprestación de sus servicios (BADENI, *Ibidem*).

coloca definitivamente a la “ley suprema” en el constitucionalismo social, que se adiciona al liberalismo personalista de la CN histórica de 1853.<sup>288</sup>

La enumeración de los derechos contenidos en el art. 14 bis es precedida por la formulación del “principio protectorio”, rector en la materia y pauta de interpretación de la norma “el trabajo en todas sus formas gozará de la protección de las leyes”.<sup>289</sup> A continuación del principio, se enuncian en la norma tres categorías de derechos: los derechos personales del trabajador en relación de dependencia, los derechos colectivos del trabajo propios de las asociaciones gremiales y finalmente, otorga los derechos de la seguridad social.<sup>290</sup>

La primera categoría contiene una serie de derechos reconocidos al trabajador en relación de dependencia que pueden ser reglamentados por leyes laborales o por convenios colectivos, siempre que allí se establezcan condiciones de trabajo más favorables. Entre estos derechos, está el de las “condiciones dignas y equitativas de labor”, que contiene el *mandato protectorio de la seguridad e higiene en el trabajo*: se trata de una norma formulada de forma muy genérica, en consecuencia, ha de ser el legislador quien le otorgue contenido a tal principio, para los distintos supuestos que puedan plantearse. Luego, en el caso concreto, será el juez quien, guiado por este principio, deba interpretar la normativa aplicable. La legislación ordinaria dotó de contenido a esta prescripción, al imponer al Estado la obligación de tutelar la integridad psicofísica de los trabajadores, el deber del empleador de indemnizar en caso de daños provocados por accidentes laborales o enfermedades profesionales, entre otras cuestiones.<sup>291</sup>

Por otra parte, la reforma constitucional de 1994, que incorpora a los Tratados Internacionales al Derecho interno -con jerarquía constitucional- (art. 75, inc. 22 CN),

---

<sup>288</sup> GELLI, M., *Constitución de la Nación Argentina*, Bs.As., 2003, pp. 116 y ss.

<sup>289</sup> El principio protectorio es considerado -junto con el principio de irrenunciabilidad- el más importante en el ámbito del Derecho del trabajo. Tiene como finalidad proteger la dignidad del trabajador en su condición de persona humana. Consiste en distintas técnicas dirigidas a equilibrar las diferencias preexistentes entre trabajador y empleador, evitando que quienes se desempeñan bajo la dependencia jurídica de otros, sean víctimas de abusos que ofendan su dignidad, en virtud del poder diferente de negociación y el desequilibrio jurídico y económico existente entre ellos (GRISOLIA, *Derecho del trabajo...*, pp. 88 y ss.).

<sup>290</sup> GELLI, *Constitución...*, pp. 116/8.

<sup>291</sup> FAYT, *Evolución...*, pp. 66/67. También, relacionado con la protección de la salud del trabajador, el precepto garantiza el derecho a jornada limitada, descanso y vacaciones pagadas. Aquí se postula la necesidad de descanso diario, semanal y anual. La duración de la jornada y semana laborable varía conforme a la actividad que se trate y su fijación es competencia del Congreso Nacional (art. 75, inc. 12 CN). De acuerdo a la legislación específica, la jornada laboral, en líneas generales no puede superar las ocho horas (*Ibidem*).

hizo un definido aporte al constitucionalismo social y diseñó el perfil del Estado social democrático de Derecho, aunque sin apelar a esa denominación.<sup>292</sup> En oportunidad de pronunciarse sobre cuestiones en las que estaban en juego derechos sociales, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha sostenido en numerosas oportunidades, el rango constitucional del principio *in dubio pro justitia sociale*, eje fundamental de un sistema protectorio en tal ámbito. Esa concepción, se ha visto enriquecida con mayor fuerza por el sustento normativo que ofrece la autoridad de las normas internacionales de Derechos Humanos incorporadas al citado art. 75, inc. 22 de la CN.<sup>293</sup>

El “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” dispone en su art. 7 que “los Estados parte en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:...b) La seguridad y la higiene en el trabajo...”. En el art. 12 establece que “los Estados parte en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental...2. entre las medidas que deberán adoptar los Estados parte en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:...b) el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente...”.

Los Convenios de la OIT han sido asimilados a los Tratados Internacionales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 31 y 75, inc. 22 -párrafo 11- de la CN. Mediante su ratificación, el Estado asume compromisos internacionales que no pueden ser contrariados y que tienen jerarquía superior a las leyes, aunque que -en principio- infraconstitucional, por no estar comprendidos entre los instrumentos de Derechos Humanos a los que hace alusión el art. 75 inciso 22, primer párrafo.<sup>294</sup>

Argentina ha ratificado 81 Convenios y 2 Protocolos de la OIT. Entre ellos cabe mencionar: el Convenio n° 81, sobre la inspección del trabajo (en 1955); Convenio n° 29, sobre el trabajo forzoso (en 1950); Convenio n° 115, sobre la protección contra las radiaciones (en 1960); Convenio n°155, sobre la seguridad y salud de los trabajadores (en 2014); Convenio n° 184, sobre la seguridad y salud en la agricultura (en 2006); Convenio n°187, sobre el marco promocional de la seguridad y salud en el trabajo (en 2014).

En este contexto, cabe mencionar también, el Convenio suscripto el 4 de septiembre de 2007, entre el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, la OIT, Sector Empresario y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (C.E.P.A.L.), en el marco de los encuentros sobre Responsabilidad Social de la

---

<sup>292</sup> BIDART CAMPOS, G., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Tomo I-B, Bs. As., 2006, pp. 467 y ss.

<sup>293</sup> FAYT, *Evolución...*, p. 92. Así, declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Riesgos del Trabajo (n°24. 557), por considerar que se hallaba en grave conflicto con un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (fallo “Aquino”, Fallos: 327:3753).

<sup>294</sup> FORMARO, *Riesgos del trabajo*, pp. 41/42.



Empresa. En dicho documento se reconocen como objetivos comunes entre otros: la reivindicación del “trabajo decente”, asegurar condiciones dignas de trabajo, igualdad de oportunidades, proveer lo necesario para asegurar el respeto de los derechos de los trabajadores, etc.<sup>295</sup>

Desde el punto de vista regional, un instrumento que pone de manifiesto la importancia que tiene la seguridad y salud en el trabajo, para el MERCOSUR,<sup>296</sup> es su tratamiento en la “Declaración Sociolaboral”, suscripta en Río de Janeiro en 1998, que regula los derechos fundamentales reconocidos en materia laboral, promoviendo la armonización de la normativa interna de los Estados miembros y estableciendo mecanismos de seguimiento para asegurar su implantación efectiva.<sup>297</sup> En el artículo 17 de esta Declaración, se afirma textualmente que: “Todo trabajador tiene el derecho a ejercer sus actividades en un ambiente sano y seguro, que preserve su salud física y mental y estimule su desarrollo y desempeño profesional. Los Estados parte se comprometen a formular, aplicar y actualizar, en forma permanente y en cooperación con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, políticas y programas en materia de salud y seguridad en el trabajo, con el fin de prevenir los accidentes de trabajo y las

---

<sup>295</sup> ANTACLI, G., La prevención de los riesgos y la seguridad en el trabajo: un desafío para la responsabilidad social empresaria, publicado en 12/2008, [www.saij.jus.gov.ar](http://www.saij.jus.gov.ar).

<sup>296</sup> Con la firma del Tratado de Asunción, el 26 de marzo de 1991, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay constituyen el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), cuyos objetivos básicos son: la libre circulación de bienes, servicios y factores de producción entre los países; el establecimiento de un arancel externo común y de una política comercial común con relación a terceros; la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales y el compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones, ya que se considera que la integración es una condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social. Actualmente el MERCOSUR está integrado por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay, la República Oriental del Uruguay, la República Bolivariana de Venezuela y el Estado Plurinacional de Bolivia. Para el desarrollo y análisis de los aspectos sociales y laborales de la región existe el Subgrupo de Trabajo N°10, de “Asuntos Laborales, Empleo y Seguridad Social”, integrado de forma tripartita (siguiendo el modelo de OIT). Dentro de este subgrupo funcionan diversas Comisiones entre las cuales se encuentra la “Comisión de Salud y Seguridad en el Trabajo” (MEDINA MAILHO, R., *Desde la historia hacia el futuro: buenas prácticas para consolidar la cultura de la prevención de riesgos del trabajo, a partir del estudio comparado del rol de los agentes sociales en Argentina y España*, Tesis doctoral, Universidad de Alcalá, 2014, pp. 168 y ss.).

<sup>297</sup> Del análisis de este instrumento de armonización normativa, surge con claridad que gran parte de su contenido, por la técnica utilizada en su redacción, es directamente exigible a los países que lo suscribieron. Por otra parte es importante destacar que este instrumento fue aprobado por medio de una “Declaración Presidencial”, por lo que resulta de aplicación inmediata sin necesidad de ratificación de forma tal que, a partir de su sanción, sólo queda desarrollar las acciones que garanticen el cumplimiento de los derechos fundamentales, regulados en la Declaración Socio laboral (MEDINA MAILHO, *Desde la historia...*, p. 170).

enfermedades profesionales, promoviendo condiciones ambientales propicias para el desarrollo de las actividades de los trabajadores”.<sup>298</sup>

## **II. Protección administrativo-laboral de la seguridad e higiene en el trabajo en Argentina**

### **II. 1 Introducción**

La evolución del Derecho del trabajo en Argentina fue tardía en comparación con la europea. Las instituciones fundamentales de Derecho laboral se desarrollaron después de 1930 y unidas a los vaivenes, por demás pronunciados, de la vida política.<sup>299</sup> Sin embargo, no se puede dejar de mencionar que Argentina fue uno de los primeros países en contar con una oficina estatal, especialmente dedicada a tratar y solucionar los problemas inherentes a las relaciones laborales. Dicha oficina fue el Departamento Nacional del Trabajo, creada en 1912.<sup>300</sup>

Durante las primeras décadas del siglo XX, y ante el generalizado carácter precario de las instalaciones industriales, se hacen sentir las protestas de los trabajadores. Estas se centraron en el reclamo de la responsabilidad patronal en el caso de accidentes laborales, la necesidad de contar con medidas preventivas, la reducción de la jornada laboral y el aumento de los salarios.<sup>301</sup>

---

<sup>298</sup> A nivel del Sub Grupo 10, también se ha llegado a consensuar y a recomendar la adopción de una serie de directrices específicas relacionadas con: Control de sustancias y equipos peligrosos para la salud, garantizando, a su vez, la fabricación y uso de equipos seguros, Derecho de formación e información en materia de seguridad y salud en el trabajo y en particular el derecho de los trabajadores a ser informados, sobre los riesgos de su puesto y los mecanismos adoptados para evitarlos, Derecho de los trabajadores a no prestar servicios en caso de riesgos graves e inminentes, Participación y consulta de los agentes sociales en la elaboración e implantación de las políticas de los Estados en materia de seguridad y salud en el trabajo, así como también en el control y seguimiento de estos sistemas en cada uno de los países, participación, en la empresa, de trabajadores y empresarios para la prevención de los infortunios laborales, priorizar la protección colectiva sobre la individual, aplicación por parte de empresas extranjeras de los estándares superiores que puedan tener en sus casas matrices, en materia de prevención de los riesgos laborales y Notificación de los siniestros laborales, para contar con estadísticas anuales (MEDINA MAILHO, *Desde la historia...*, pp. 170 y ss.).

<sup>299</sup> LÓPEZ PALOMERO, E., *Derecho penal del trabajo*, Bs. As., 2011, p.24.

<sup>300</sup> GRISOLIA, J., *Derecho del trabajo...*, pp. 70 y ss.

<sup>301</sup> El primer trabajo sistemático y exhaustivo acerca de las condiciones laborales entre los trabajadores de Argentina, fue “El estado de las clases obreras en Argentina a principios de siglo XX”, escrito en 1904 por Juan Bialeto Massé (1846-1907). Por eso esta obra y su autor se consideran precursores de la preocupación estatal por las condiciones laborales de los trabajadores en la Argentina. Otra figura pública en la lucha por las condiciones de trabajo fue Alfredo Palacios, que en 1920 y por encargo de la OIT, hizo una investigación sobre la fatiga. Palacios recurrió a expertos, pero también estudió a los trabajadores en su lugar de labor llegando a conclusiones contundentes sobre los perjuicios que acarrearía el sistema de la organización científica del trabajo, tan valorado en esa época. En su labor parlamentaria, se destacó como impulsor de la Ley de la Silla (ley n° 12.205) que incorporaba el simple derecho a que los empleadores proveyeran suficientes sillas para sus empleadas y empleados (BARBA, FERNÁNDEZ, MORALES, RODRÍGUEZ NARDELLI, MANZOTTI, BUENO y GIORDANO, *Salud y Seguridad en el trabajo, aportes para una cultura de la prevención*, 2014, publicado en [www.ilo.org](http://www.ilo.org)).

El primer antecedente en el Derecho argentino de la normativa prevencionista en los accidentes laborales, se remonta a 1914, momento en que por iniciativa del presidente Victorino De La Plaza (1914/1916), se presenta en el Congreso Nacional el primer proyecto de ley sobre higiene y seguridad en el trabajo, que si bien no llegó a ser sancionado, merece ser citado por haber sido de avanzada para la época.

En 1915 se sancionó la ley n° 9688, reguladora de la protección de los trabajadores respecto de los accidentes y enfermedades profesionales. Esta norma es considerada pionera en el tema, e incluyó los resarcimientos por infortunios en especie y dinerarios y lo referido a las incapacidades temporales, permanentes, parciales, totales y la muerte, por enfermedad o accidente de trabajo.<sup>302</sup> Con posterioridad, se fueron sancionando numerosas normas relacionadas con la preservación de la salud de los trabajadores.<sup>303</sup>

En las décadas siguientes, durante las presidencias de Juan D. Perón (1946-1955), el Departamento Nacional del Trabajo, organismo dedicado a los asuntos laborales y sindicales -que más tarde se convertiría en la Secretaría de Trabajo y Previsión-, se orientó al tratamiento de las problemáticas y necesidades de la clase trabajadora argentina.<sup>304</sup>

En 1953 se sancionó la Ley de Convenciones Colectivas de Trabajo (n°14.250). Esta norma se destaca, ya que incorporó cláusulas sobre el cuidado de la salud de los trabajadores en los mecanismos de negociación. También durante este gobierno se produjeron innovaciones significativas al incorporarse el concepto de “evento indemnizable”.<sup>305</sup>

---

<sup>302</sup> La citada norma establecía un sistema de responsabilidad objetiva con resarcimiento tarifado, que como sus antecedentes europeos, permitía eludir el sistema impuesto y reclamar una reparación integral con fundamento en las normas civiles, que era la herramienta existente tanto allí como aquí antes de la sanción de las normas de responsabilidad objetiva. Este principio es ignorado por la posterior LRT, ley n° 24.557, que veda el acceso al reclamo fundado en la legislación común, salvo la existencia de dolo civil (LÓPEZ PALOMERO, *Derecho penal...*, p. 93).

<sup>303</sup> Cabe mencionar: leyes n° 11.127, 11338, 11544, entre otras. Se regularon también actividades específicas, como ocurre con el trabajo minero (código de minería), construcción (decreto n° 911/96), trabajo a domicilio (decreto n° 118.755/42), trabajo rural, obreros de la zafra azucarera (decreto-ley n° 10.644). Igualmente, los convenios colectivos receptaron normas de la misma índole, como los convenios de la industria de la construcción, empleados de comercio, talleres mecánicos de reparación de automóviles, etc.

<sup>304</sup> En ese contexto, se integra la ya mencionada reforma constitucional 1949, introduciendo el derecho a “condiciones dignas” de trabajo, como uno de los derechos del trabajador.

<sup>305</sup> En esta época se destacó la figura del Dr. Ramón Carrillo médico sanitario y Ministro de Salud Pública, quien se interesó por los factores socioeconómicos que incidían en la aparición de enfermedades (malnutrición, condiciones insalubres de trabajo, ignorancia de las medidas de higiene más básicas) y desde esa concepción, promovió la prevención como instrumento sanitario (BARBA, FERNÁNDEZ, MORALES, RODRÍGUEZ NARDELLI, MANZOTTI, BUENO y GIORDANO, [www.ilo.org](http://www.ilo.org), p. 32).

En 1972 (durante un gobierno “de facto”)<sup>306</sup> se sancionó la Ley Nacional n° 19.587, de Higiene y Seguridad en el Trabajo, que aún está vigente. Es considerada una “ley marco” en materia de seguridad laboral, que ha sido reglamentada por diferentes decretos, teniendo en cuenta la actividad (construcción, agraria, minería) y por temas (cancerígenos, amianto, accidentes industriales mayores, difenilos policlorados, elementos de protección personal, electricidad, especificaciones técnicas de ergonomía, radiaciones y máquinas de moldeo).

Al año siguiente, se creó en la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires el Instituto de Medicina del Trabajo (IMT). Esta medida acompañó el proyecto político de aquel momento sobre el campo de la salud, elaborado con propósitos renovadores respecto de la relación entre medicina y trabajo. Su originalidad residió en el planteo acerca de la participación activa de los trabajadores y sus organizaciones, en el control de la salud, la higiene y la seguridad laborales.<sup>307</sup>

En esta secuencia legislativa, un hito importante lo marcó en 1974, la sanción por el Congreso Nacional de la ley n° 20.744, Ley de Contrato de Trabajo (LCT), cuyo rasgo más destacable en este tema es el expreso reconocimiento de la dignidad del trabajador, que se traduce en el aseguramiento de las condiciones necesarias a fin de evitar daños en su salud psicofísica. En el art. 75 refiere expresamente al deber de previsión del empleador.

Art. 75. Deber de seguridad: “El empleador debe hacer observar las pautas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en la ley y demás normas reglamentarias, y adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores, debiendo evitar los efectos perniciosos de las tareas penosas, riesgosas o determinantes de vejez o agotamiento prematuro, así como también los derivados de ambientes insalubres o ruidosos. Está obligado a observar las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes sobre higiene y seguridad en el trabajo. El trabajador podrá rehusar la prestación de trabajo, sin que ello le ocasione pérdida o disminución de la remuneración, si el mismo le fuera exigido en transgresión a tales condiciones, siempre que exista peligro inminente de daño o se hubiera configurado el incumplimiento de la obligación, mediante constitución en mora, o si habiendo el organismo competente declarado la insalubridad del lugar, el

---

<sup>306</sup> Con la expresión “gobierno de facto” se alude a aquel gobierno (de hecho o *non de iure*) que si bien en la práctica ejerce, no está reconocido por norma jurídica alguna (antijurídico); por ejemplo, en el caso mencionado, el gobierno que se forma tras haber tomado el poder a través de un golpe de Estado por las fuerzas militares.

<sup>307</sup> BARBA, FERNÁNDEZ, MORALES, RODRÍGUEZ NARDELLI, MANZOTTI, BUENO y GIORDANO, *Ibidem*.

empleador no realizara los trabajos o proporcionara los elementos que dicha autoridad establezca.”

En 1995 se sanciona la ley n° 24.557, de Riesgos del Trabajo (LRT), que reemplaza a la ley n° 9688 e instaura el régimen normativo actual.<sup>308</sup>

El régimen jurídico normativo de la protección de la vida y salud del trabajador en Argentina, ha presentado históricamente compartimentos claramente diferenciados y en gran parte sin una relación directa entre sí: por un lado las disposiciones que hacen concretamente a la implementación de medidas de seguridad e higiene destinadas a *evitar* los daños psicofísicos en o con ocasión del trabajo, y por el otro las normas que regulan indemnizaciones y atención médica *posterior* al hecho dañoso. El aspecto indemnizatorio es el que más ha recibido la atención de la doctrina y del accionar profesional cotidiano. Distintas razones podrían explicar esta disparidad en el tratamiento de uno y otro aspecto del Derecho laboral; en este sentido, cabe destacar las deficiencias del accionar sindical, así como las urgencias salariales que han postergado el abordaje de la cuestión relativa a la prevención.<sup>309</sup> “En estos últimos años, la reforma laboral y la precarización del empleo han generado un mayor retroceso en las condiciones de trabajo, con obvias consecuencias en la seguridad y en la salud de los trabajadores. En este sentido, con la aparición de la LRT la casi totalidad del debate sobre la misma giró en torno a las cuestiones indemnizatorias, quedando relegados otra vez aspectos importantes del nuevo régimen, vinculados justamente al cumplimiento de las obligaciones protectorias de la vida y salud de sus trabajadores.”<sup>310</sup>

## **II. 2 Sistema de prevención de riesgos en el ámbito laboral**

Concretamente la normativa sobre seguridad e higiene en el trabajo actualmente vigente puede sistematizarse -sin pretensiones de exhaustividad- en dos bloques de leyes: el primero tiende a la *prevención* de la siniestralidad y el otro a la *reparación* del daño producido.<sup>311</sup>

El primer grupo, está compuesto por la “Ley básica de la higiene y seguridad en trabajo”, ley n° 19.587, que establece pautas generales para regular la materia de fondo, su decreto reglamentario n° 1338/96; la ley n° 25.212, llamada “Pacto Federal del

---

<sup>308</sup> Sancionada y promulgada el 13/09/95.

<sup>309</sup> PÉREZ CRESPO, G., El control de la normativa de higiene y seguridad en el nuevo régimen de riesgos de trabajo, *ponencia en el marco de las XXIII Jornadas de Derecho Laboral*, disponible en [www.tel.org.ar](http://www.tel.org.ar).

<sup>310</sup> PÉREZ CRESPO, *ibidem*.

<sup>311</sup> Según sistematización efectuada por BISCEGLIA (*La protección penal...*, pp. 7 y ss.).

Trabajo” que establece el régimen de infracciones laborales y el procedimiento para la comprobación y juzgamiento de las mismas y la ley n° 25.877, complementaria de la anterior.

El segundo grupo converge en la muy cuestionada ley n° 24.557, LRT <sup>312</sup> que se refiere a la prevención, curación, rehabilitación y reparación de accidentes y determinadas enfermedades, e instituye un conjunto de sanciones penales que han sido catalogadas como parte -junto a otras tantas leyes especiales- del “Derecho penal simbólico argentino.”<sup>313</sup>

## **II.2.a La ley básica de higiene y seguridad en el trabajo (n° 19.587)**

En la nota elevada al Poder Ejecutivo Nacional que acompañó al proyecto de esta ley, se señaló que “La materia legislada está definida por la preocupación de proteger y preservar la integridad de los trabajadores...la función educativa que cumple por sus efectos una norma jurídica, se acentúa por previsiones destinadas a ejercer una efectiva docencia de la prevención en el orden de la higiene y seguridad, pretendiendo que nazca en los sectores interesados una clara conciencia de que el medio más eficaz, si no el único, de disminuir los accidentes y enfermedades del trabajo es neutralizar o aislar los riesgos y sus factores más determinantes. También ha de apreciarse que en sus proyecciones prácticas, la actitud que se quiere estimular hará sentir su influencia en la elevación de los niveles de productividad con la consiguiente economía en los costos y cargas laborales”. <sup>314</sup>

Esta ley marco contiene preceptos programáticos, cuyo desarrollo reclama el dictado de reglas complementarias -a través de decretos reglamentarios- que los tornen operativos. No obstante, la ley impone a los empleadores y trabajadores obligaciones generales, que no quedan subordinadas a la reglamentación. En efecto, en ella se fijan normas fundamentales, con suficiente amplitud para abarcar los aspectos más representativos, permitiendo que *a posteriori*, con la evolución de la ciencia y la técnica se vaya

---

<sup>312</sup> Tanto dicha ley como su decreto reglamentario (n° 351/79, con reglamentaciones temáticas, relacionadas con carga térmica, contaminación ambiental, iluminación, ruidos, prevención de incendio, entre otras), han sido modificados por el decreto n° 1338/96 y éste, a su vez, por el decreto n° 491/97. A ello deben agregarse los decretos n° 911/96 y n° 617/97, que aprueban los reglamentos de higiene y seguridad para trabajadores de la construcción y agrarios respectivamente, y las resoluciones administrativas dictadas para reglamentar varios aspectos de la ley n° 24.557 (LRT) que también introdujeron importantes modificaciones a la norma general (ACKERMAN, M., *Ley de Riesgos del Trabajo*, Santa Fe, 2013, pp. 169/70).

<sup>313</sup> BISCEGLIA, *La protección penal...*, p. 7.

<sup>314</sup> BISCEGLIA, *La protección penal...*, pp. 36/7.

logrando paulatinamente, mejorar la prevención de riesgos laborales. En este sistema, las especificaciones se logran a través de sus sucesivas y minuciosas reglamentaciones (decreto n° 4160/73, luego por el decreto n° 351/79 y posteriormente por el decreto n° 1338/96).

La ley n° 19.587 se aplica a todos los establecimientos y explotaciones del país, persigan o no fines de lucro, cualquiera sea la actividad y el modo de producción (arts. 1 y 2). El bien jurídico protegido es la vida e integridad psicofísica de los trabajadores (art. 4) y para tal objeto, impone y estimula la prevención mediante normas técnicas y sanitarias a reglamentarse, según la tarea específica, por rama o sector.

Esta norma coloca al empleador en posición de garante, definiéndolo como “persona física o jurídica, privada o pública, que utiliza la actividad de una o más personas en virtud de un contrato o relación de trabajo”, al que le impone el cumplimiento de medidas de higiene y seguridad.<sup>315</sup> Por otra parte, también impone deberes al trabajador.<sup>316</sup>

## **II.2.b Ley de Riesgos del Trabajo (LRT) (n° 24.557)**

---

<sup>315</sup> Art. 8°: “Todo empleador debe adoptar y poner en práctica las medidas adecuadas de higiene y seguridad para proteger la vida y la integridad de los trabajadores, especialmente en lo relativo: a) a la construcción, adaptación, instalación y equipamiento de los edificios y lugares de trabajo en condiciones ambientales y sanitarias adecuadas; b) a la colocación y mantenimiento de resguardos y protectores de maquinarias y de todo género de instalaciones, con los dispositivos de higiene y seguridad que la mejor técnica aconseje; c) al suministro y mantenimiento de los equipos de protección personal; d) a las operaciones y procesos de trabajo.”

Art. 9°: “Sin perjuicio de lo que determinen especialmente los reglamentos, son también obligaciones del empleador; a) disponer el examen pre-ocupacional y revisión periódica del personal, registrando sus resultados en el respectivo legajo de salud; b) mantener en buen estado de conservación, utilización y funcionamiento, las maquinarias, instalaciones y útiles de trabajo; c) instalar los equipos necesarios para la renovación del aire y eliminación de gases, vapores y demás impurezas producidas en el curso del trabajo; d) mantener en buen estado de conservación, uso y funcionamiento las instalaciones eléctricas y servicios de aguas potables; e) evitar la acumulación de desechos y residuos que constituyan un riesgo para la salud, efectuando la limpieza y desinfecciones periódicas pertinentes; f) eliminar, aislar o reducir los ruidos y/o vibraciones perjudiciales para la salud de los trabajadores; g) instalar los equipos necesarios para afrontar los riesgos en caso de incendio o cualquier otro siniestro; h) depositar con el resguardo consiguiente y en condiciones de seguridad las sustancias peligrosas; i) disponer de medios adecuados para la inmediata prestación de primeros auxilios; j) colocar y mantener en lugares visibles avisos o carteles que indiquen medidas de higiene y seguridad o adviertan peligrosidad en las maquinarias e instalaciones; k) promover la capacitación del personal en materia de higiene y seguridad en el trabajo, particularmente en lo relativo a la prevención de los riesgos específicos de las tareas asignadas; l) denunciar accidentes y enfermedades del trabajo”.

<sup>316</sup> Art. 10: “Sin perjuicio de lo que determinen especialmente los reglamentos, el trabajador estará obligados a: a) cumplir con las normas de higiene y seguridad y con las recomendaciones que se le formulen referentes a las obligaciones de uso, conservación y cuidado del equipo de protección personal y de los propios de las maquinarias, operaciones y procesos de trabajo; b) someterse a los exámenes médicos preventivos o periódicos y cumplir con las prescripciones e indicaciones que a tal efecto se le formulen; c) cuidar los avisos y carteles que indiquen medidas de higiene y seguridad y observar sus prescripciones; d) colaborar en la organización de programas de formación y educación en materia de higiene y seguridad y asistir a los cursos que se dictaren durante las horas de labor.”

El art. 1 de la LRT declara como uno de sus objetivos -además de la reparación de daños generados por los accidentes de trabajo y enfermedades laborales- el de “reducir la siniestralidad laboral a través de la prevención de los riesgos derivados del trabajo”.

En el art. 6, la LRT define al accidente de trabajo como “todo acontecimiento súbito y violento ocurrido por el hecho o en ocasión del trabajo” y considera enfermedad profesional a aquellas que se encuentran incluidas en el listado que elabora y revisa el Poder Ejecutivo, conforme al procedimiento del art. 40, apartado 3 de la misma ley. Este concepto de accidente laboral ha sido muy criticado por ser muy restrictivo, teniendo en cuenta que existe un número considerable de casos en que el resultado lesivo (lesión o muerte del trabajador) no se produce por un hecho “súbito y violento” sino por el paso del tiempo.<sup>317</sup>

Una novedad de esta norma ha sido, en el marco del modelo de la responsabilidad individual del empleador con seguro obligatorio, la incorporación de un nuevo actor al elenco de los protagonistas y responsables de la prevención: las “Aseguradoras de Riesgos del Trabajo” (ART).<sup>318</sup> En efecto, la LRT obliga a los empleadores a contratar un seguro de siniestralidad laboral con agencias privadas especialmente habilitadas a tales efectos (ART),<sup>319</sup> que tienen como ente de control a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT), entidad autárquica en jurisdicción del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación.<sup>320</sup> El objetivo de estas agencias es gestionar la siniestralidad laboral, con fines de lucro. Las ART son contratadas por el empleador para que cubra los riesgos laborales de su empresa y se haga cargo, en caso de enfermedad o accidente, de prestar al trabajador la asistencia necesaria para curarlo,

---

<sup>317</sup> BISCEGLIA, *La protección penal...*, p. 70, quien ofrece como ejemplo, el caso de un trabajador encerrado en una cámara frigorífica que muere lentamente congelado, donde el accidente no es ni súbito, ni violento (*Ibidem*).

<sup>318</sup> ACKERMAN, *Ley de Riesgos...*, p.167.

<sup>319</sup> Todos están obligados a contratar un seguro de riesgo a favor de sus dependientes con una ART, salvo las empresas que por su solvencia económico-financiera, estén en condiciones de autoasegurarse, por ejemplo, el Estado Nacional, Provincial, Municipal y la Ciudad Autónoma de Bs.As.

<sup>320</sup> El art 36 LRT establece sus funciones: A controlar el cumplimiento de las normas de higiene y seguridad en el trabajo, pudiendo dictar disposiciones complementarias que resulten de delegaciones de esta ley o de decretos reglamentarios. B supervisar y fiscalizar el funcionamiento de las ART. C imponer las sanciones previstas en esta ley. D requerir la información necesaria para el cumplimiento de sus competencias, pudiendo peticionar órdenes de allanamiento y el auxilio de la fuerza pública. E dictar su reglamento interno, administrar su patrimonio, gestionar el Fondo de garantía, determinar su estructura organizativa y su régimen interno de gestión de recursos humanos. F mantener el Registro Nacional de Incapacidades Laborales, en el cual se registran los datos identificatorios del damnificado y su empresa, época del infortunio, prestaciones abonadas, incapacidades reclamadas y además, deberá elaborar los índices de siniestralidad. G supervisar y fiscalizar a las empresas autoaseguradas y el cumplimiento de las normas de higiene y seguridad del trabajo en ellas (BISCEGLIA, *La protección penal...*, pp. 64/66).



rehabilitarlo, repararlo en el daño, devolverlo a sus tareas, reasignarle otras más livianas o jubilarlo.

El art. 4 establece que es obligación de las partes -empleadores, trabajadores y ART- “adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo”. Este precepto mantiene concordancia con el art. 31, en cuanto impone a la ART la obligación de denunciar ante la SRT, los incumplimientos de las normas de higiene y seguridad de las empresas afiliadas. En efecto, las ART se ocupan de prevenir los riesgos del trabajo ejerciendo el poder de policía por delegación, teniendo a su cargo inspeccionar al empleador.

Respecto de la infracción de las normas de prevención laboral, el art. 5 establece que “Si el accidente de trabajo o la enfermedad profesional se hubiere producido como consecuencia de incumplimientos por parte del empleador de la normativa de higiene y seguridad en el trabajo, éste deberá pagar al Fondo de Garantía, instituido en el art. 33 de la presente ley,<sup>321</sup> una suma de dinero cuya cuantía se graduará en función de la gravedad del incumplimiento y cuyo tope máximo será de treinta mil pesos (\$30.000).

2. La SRT es el órgano encargado de constatar y determinar la gravedad de los incumplimientos, fijar el monto del recargo y gestionar el pago de la cantidad resultante.”

Por su parte, en el art 32 se establecen sanciones penales para ciertos incumplimientos. Entre ellos, cabe destacar el incumplimiento de los empleadores y de las ART de la prestación relativa a la asistencia médica y farmacéutica de un trabajador afectado, ya sea por un accidente de trabajo o enfermedad profesional, que según el inciso 2º de este artículo, será reprimido con la pena del art. 106 del Código Penal, en tanto se configura una hipótesis de falta de auxilio.<sup>322</sup> Es decir, la enfermedad o el accidente ya se han

---

<sup>321</sup> ART. 33 Creación y recursos. “1. Créase el Fondo de Garantía de la LRI cuyos recursos se abonarán las prestaciones en caso de insuficiencia patrimonial del empleador, judicialmente declarada. 2. Para que opere la garantía del apartado anterior, los beneficiarios o la ART en su caso, deberán realizar las gestiones indispensables para ejecutar la sentencia y solicitar la declaración de insuficiencia patrimonial en los plazos que fije la reglamentación.3. El Fondo de Garantía de la LRT será administrado por la SRT y contará con los siguientes recursos: a) Los previstos en esta ley, incluido el importe de las multas por incumplimiento de las normas sobre daños del trabajo y de las normas de higiene y seguridad; b) Una contribución a cargo de los empleadores privados autoasegurados, a fijar por el Poder Ejecutivo nacional, no inferior al aporte equivalente al previsto en el artículo 34.2; c) Las cantidades recuperadas por la SRT de los empleadores en situación de insuficiencia patrimonial; d) Las rentas producidas por los recursos del Fondo de Garantía de la LRT, y las sumas que le transfiera la SRT; e) Donaciones y legados; 4. Los excedentes del fondo, así como también las donaciones y legados al mismo, tendrán como destino único apoyar las investigaciones, actividades de capacitación, publicaciones y campañas publicitarias que tengan como fin disminuir los impactos desfavorables en la salud de los trabajadores. Estos fondos serán administrados y utilizados en las condiciones que prevea la reglamentación.”

<sup>322</sup> El art. 106 del CP tipifica el delito de abandono de personas, que se tratará más adelante.

producido y el trabajador ha quedado incapacitado, naciendo la obligación de otorgarle las prestaciones mencionadas.<sup>323</sup> También se sanciona al empleador por el incumplimiento de abonar las cuotas correspondientes a la ART o de declarar su pago, con pena de prisión, de seis meses a cuatro años (inciso 3°).

Finalmente, una característica destacable del sistema de la LRT, que la diferencia de las leyes precedentes, es que ha reclamado el dictado de numerosas leyes reglamentarias y complementarias, lo que complica el abordaje y conocimiento del régimen en su integridad.<sup>324</sup>

### **II.2.c Leyes n° 25.212 y n° 25.877**

La ley n° 25.212, en su parte pertinente, prevé tres clases de infracciones administrativas: las infracciones leves,<sup>325</sup> las infracciones graves<sup>326</sup> y las infracciones muy graves<sup>327</sup>. Las sanciones previstas son el apercibimiento, multa y clausura del

---

<sup>323</sup> El art. 20, “Prestaciones en especie”, prevé que las ART otorgarán a los trabajadores que sufran algunas de las contingencias previstas en esa ley, asistencia médica y farmacéutica, entre otras prestaciones.

<sup>324</sup> ACKERMAN, *Ley de Riesgos...*, p.134.

<sup>325</sup> Art. 2° Infracciones leves. “Son infracciones leves: a) El pago de las remuneraciones fuera del plazo legal, cuando el atraso fuere de hasta cuatro (4) días hábiles si el período de pago fuera mensual, y de hasta dos (2) días hábiles si el período fuera menor. b) No exponer en lugar visible del establecimiento los anuncios relativos a la distribución de las horas de trabajo. c) No otorgar, salvo autorización, el descanso de las mujeres al mediodía cuando correspondiera. d) Cualquiera otra que viole obligaciones meramente formales o documentales, salvo las tipificadas como graves o muy graves. e) Las acciones u omisiones violatorias de las normas de higiene y seguridad en el trabajo que afecten exigencias de carácter formal o documental, siempre que no fueren calificadas como graves o muy graves.”

<sup>326</sup> Art.3° Infracciones graves. “Son infracciones graves: a) La falta, en los libros de registro de los trabajadores, de alguno de los datos esenciales del contrato o relación de trabajo. b) La falta de entrega de los certificados de servicios o de extinción de la relación laboral a requerimiento del trabajador. c) La violación de las normas relativas en cuanto a monto, lugar, tiempo y modo, del pago de las remuneraciones, así como la falta de entrega de copia firmada por el empleador de los recibos correspondientes, salvo lo dispuesto en el artículo 2°, inciso a).d) La violación de las normas en materia de duración del trabajo, descanso semanal, vacaciones, licencias, feriados, días no laborables y en general, tiempo de trabajo. e) La violación de la normativa relativa a modalidades contractuales. f) La falta o insuficiencia de los instrumentos individuales de contralor de la jornada de trabajo. g) Toda otra violación o ejercicio abusivo de la normativa laboral no tipificada expresamente en esta Ley, establecida para proteger los derechos del trabajador, para garantizar el ejercicio del poder de policía del trabajo y para evitar a los empleadores la competencia desleal derivada de tales violaciones o conductas abusivas. h) Las acciones u omisiones que importen el incumplimiento de las obligaciones en materia de salud, seguridad e higiene en el trabajo, siempre que no fueran calificadas como muy graves.

<sup>327</sup> Art. 4° Infracciones muy graves. “Son infracciones muy graves: a) Las decisiones del empleador que impliquen cualquier tipo de discriminación en el empleo o la ocupación por motivos de: raza, color, ascendencia nacional, religión, sexo, edad, opinión política, origen social, gremiales, residencia o responsabilidades familiares. b) Los actos del empleador contrarios a la intimidad y dignidad de los trabajadores. c) La falta de inscripción del trabajador en los libros de registro de los trabajadores, salvo que se haya denunciado su alta a todos los organismos de seguridad social, incluidas las obras sociales, en la oportunidad que corresponda, en cuyo caso se considerará incluida en las infracciones previstas en el artículo 3°, inciso a).d) La cesión de personal efectuada en violación de los requisitos legales. e) La violación de las normas relativas a trabajo de menores. f) La violación por cualquiera de las partes de las

establecimiento e inhabilitación del empleador, en supuestos de reincidencia en infracciones muy graves.<sup>328</sup> El art. 7 de esta ley enumera las facultades de los inspectores de trabajo.<sup>329</sup>

Se ha interpretado que estas infracciones tienen en mira un peligro abstracto dirigido contra el bien jurídico específico: la seguridad e integridad física de los trabajadores, y a

---

resoluciones dictadas con motivo de los procedimientos de conciliación obligatoria y arbitraje en conflictos colectivos. g) Las acciones u omisiones del artículo 3º, inciso h) que deriven en riesgo grave e inminente para la salud de los trabajadores.”

<sup>328</sup> Art. 5º. De las sanciones. “1. Las infracciones leves se sancionarán de acuerdo a la siguiente graduación:

- a) Apercibimiento, para la primera infracción leve, de acuerdo a los antecedentes y circunstancia de cada caso, evaluadas por la autoridad administrativa de aplicación.
- b) Multa del veinticinco por ciento (25%) al ciento cincuenta por ciento (150%) del valor mensual del Salario Mínimo, Vital y Móvil vigente al momento de la constatación de la infracción.
2. Las infracciones graves se sancionarán con multa del treinta por ciento (30%) al doscientos por ciento (200%) del valor mensual del Salario Mínimo, Vital y Móvil vigente al momento de la constatación de la infracción, por cada trabajador afectado.
3. Las infracciones muy graves serán sancionadas con multa del cincuenta por ciento (50%) al dos mil por ciento (2.000%) del valor mensual del Salario Mínimo, Vital y Móvil vigente al momento de la constatación de la infracción, por cada trabajador afectado.
4. En casos de reincidencia respecto de las infracciones previstas en los incisos c), d) y h) del artículo 3º, la autoridad administrativa podrá adicionar a los montos máximos de la multa una suma que no supere el diez por ciento (10%) del total de las remuneraciones que se hayan devengado en el establecimiento en el mes inmediato anterior al de la constatación de la infracción. Las sanciones previstas en el punto 3 del presente artículo por las conductas tipificadas en el inciso f) del artículo 4º del presente régimen, se aplicarán por cada uno de los trabajadores integrantes de la nómina del establecimiento o de los establecimientos involucrados.
5. En los supuestos de reincidencia en infracciones muy graves:
  - a) Se podrá clausurar el establecimiento hasta un máximo de diez (10) días, manteniéndose, entre tanto, el derecho de los trabajadores al cobro de las remuneraciones. En caso de tratarse de servicios públicos esenciales, deberán garantizarse los servicios mínimos.
  - b) El empleador quedará inhabilitado por un (1) año para acceder a licitaciones públicas y será suspendido de los registros de proveedores o aseguradores de los Estados nacional y provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.”

<sup>329</sup> ArtT. 7º. Facultades de los inspectores. “1. Los inspectores, en el ejercicio de su función, tendrán las atribuciones establecidas por el artículo 12 del Convenio sobre Inspección del Trabajo, 1947, número 81, por lo que estarán facultados para: a) Entrar libremente y sin notificación previa en los lugares donde se realizan tareas sujetas a inspección en las horas del día y de la noche. b) Entrar de día en cualquier lugar cuando tengan motivo razonable para suponer que el mismo está sujeto a inspección. c) Requerir todas las informaciones necesarias para el cumplimiento de su función y realizar cualquier experiencia, investigación o examen y en particular: I) Interrogar solos, o ante testigos, al empleador y al personal. II) Exigir la presentación de libros y documentación que la legislación laboral prescriba y obtener copias o extractos de los mismos. III) Tomar y sacar muestras de sustancias o materiales utilizados en el establecimiento, con el propósito de analizarlos y realizar exámenes e investigaciones de las condiciones ambientales de los lugares de trabajo y de las tareas que en ellos se realizan. IV) Intimar la adopción de medidas relativas a las instalaciones o a los métodos de trabajo cuyo cumplimiento surja de normas legales o convencionales referentes a la salud, higiene o seguridad del trabajador. V) Disponer la adopción de medidas de aplicación inmediata en caso de peligro inminente para la salud, higiene o seguridad del trabajador, incluida la suspensión de tareas. VI) Requerir la colocación de los avisos que exijan las disposiciones legales. d) Tendrán las demás facultades que le reconocen las leyes. 2 Los inspectores de trabajo, cuando no se deriven riesgos, daños o perjuicios directos para los derechos de los trabajadores, podrán emplazar al empleador a cumplir con las normas infringidas, labrando acta al efecto. 3. Los inspectores estarán habilitados para requerir directamente el auxilio de la fuerza pública a los fines del cumplimiento de su cometido.”

la vez, un perjuicio concreto al sistema de control de seguridad e higiene en el trabajo.<sup>330</sup>

Por su parte, la ley n° 25.877, crea el Sistema Integral de Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social (SIDITYSS), destinado al control y fiscalización del cumplimiento de las normas del trabajo y de la seguridad social en todo el territorio nacional, a fin de garantizar los derechos de los trabajadores previstos en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, y en los Convenios Internacionales ratificados por la República Argentina, eliminar el empleo no registrado y las demás distorsiones que el incumplimiento de la normativa laboral y de la seguridad social provoquen (art. 28).<sup>331</sup>

#### **II.2.d Análisis crítico del sistema de prevención de riesgos laborales**

En el esquema de distribución diseñado por el marco normativo argentino, y en tanto titular del poder de organización de la empresa y de las actividades allí desarrolladas, la responsabilidad primera y principal en la prevención de riesgos laborales recae en el “empleador” (arts. 8 y 9, ley n° 19.587 y art. 31 apartado 2, LRT), quien debe ser asistido y controlado por la ART (art. 31, apartado 1, inc. a y c, LRT) y que amén de las obligaciones propias de los trabajadores (art. 10 ley n° 19.587 y art. 4 apartado 1 LRT), debe contar con la colaboración de éstos.<sup>332</sup>

Sin embargo, conforme al sistema de la LRT, el empleador no responde *en realidad* por la falta de prevención. En efecto, nótese que conforme al art. 5 LRT, sólo será posible de multa el empleador cuando, *una vez producido el siniestro* (enfermedad o el

<sup>330</sup> BISCEGLIA, *La protección penal...*, p. 45.

<sup>331</sup> El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social será la Autoridad de Aplicación del Sistema Integral de Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social y, en todo el territorio nacional, ejercerá las funciones de fiscalización de trabajo y de la normativa laboral, articulando con las administraciones del trabajo provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. (art. 29). En el art. 32 alude a la actuación de los inspectores, estableciendo que: “Los inspectores actuarán de oficio o por denuncia, recogerán en actas el resultado de sus actuaciones y, en su caso, iniciarán el procedimiento para la aplicación de sanciones. En el ejercicio de sus funciones y dentro de su jurisdicción, los inspectores están facultados para: a) Entrar en los lugares sujetos a inspección, sin necesidad de notificación previa ni de orden judicial de allanamiento. b) Requerir la información y realizar las diligencias probatorias que consideren necesarias, incluida la identificación de las personas que se encuentren en el lugar de trabajo inspeccionado. c) Solicitar los documentos y datos que estimen necesarios para el ejercicio de sus funciones, intimar el cumplimiento de las normas y hacer comparecer a los responsables de su cumplimiento. d) Clausurar los lugares de trabajo en los supuestos legalmente previstos y ordenar la suspensión inmediata de tareas que —a juicio de la autoridad de aplicación— impliquen un riesgo grave e inminente para la salud y la seguridad de los trabajadores. En todos los casos los inspectores labrarán un acta circunstanciada del procedimiento que firmarán junto al o los sujetos responsables. Los responsables del cumplimiento de la normativa del trabajo y la seguridad social, están obligados a colaborar con el inspector, así como a facilitarle la información y documentación necesarias para el desarrollo de sus competencias. La fuerza pública deberá prestar el auxilio que requiera el inspector en ejercicio de sus funciones.”

<sup>332</sup> ACKERMAN, *Ley de Riesgos...*, p.178.

accidente), se compruebe que el mismo ha sido la consecuencia de su incumplimiento de la norma de seguridad e higiene (que puede ser tanto imprudente como doloso).<sup>333</sup>

Como puede verse, a diferencia de lo dispuesto en el art. 4º inc. g) de la ley n° 25.212, donde la sanción se dirige a una situación de peligro, cuando se advierte un “riesgo grave e inminente para la salud de los trabajadores”, aquí la sanción abarca la conducta *una vez realizado ese riesgo en el resultado dañoso*.<sup>334</sup>

Por otra parte, el art. 5 LRT utiliza el plural, haciendo referencia a la necesidad de “incumplimientos”, de lo que se desprende que si el incumplimiento es singular -uno solo-, aunque fuera determinante del accidente o enfermedad sufrida por el trabajador, no le acarrea sanción.<sup>335</sup>

Paradójicamente, el art. 32, inc. 3º LRT, establece que si el empleador incumple con su obligación de abonar las cuotas a la ART o no declara su pago, será sancionado con pena de prisión. Sin embargo, los incumplimientos de las normas de seguridad e higiene, *siempre que se haya producido el resultado lesivo*, sólo merece una sanción de multa a favor de la SRT, quien fija su monto (art. 5 LRT).<sup>336</sup>

---

<sup>333</sup> La Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT), organismo de contralor en materia de accidentalidad laboral, está a cargo de su fijación y percepción, cuyo destino es el Fondo de Garantía.

<sup>334</sup> Hay que aclarar que los órganos de aplicación en uno y otro caso son diferentes, ello impide a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT) conocer acabadamente lo que la policía del trabajo local tiene en sus antecedentes, y viceversa, lo que conduce a la ineficacia en materia de prevención (BISCEGLIA, *La protección penal...*, p. 45). La Ley del Régimen Laboral N° 25.877 establece un sistema de inspección del trabajo. Sin embargo, como se indica en los comentarios de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenio y la Recomendación (CEACR), la inspección del trabajo es un sistema deficiente y no cumple con los requisitos del Convenio n° 81 de la OIT (que dispone que la Inspección de trabajo debe estar bajo la vigilancia y control de una autoridad central). Argentina está compuesta por veintitrés provincias organizadas como una federación y cada provincia tiene una ley de inspección diferente. Los poderes de los inspectores de trabajo dependen de esta división administrativa (jurisdicción provincial). Con el fin de garantizar el cumplimiento de las leyes laborales, la ley nacional crea un Sistema Integral de Inspección del Trabajo y Seguridad Social. El inspector del Trabajo tiene la facultad de entrar en el lugar de trabajo en cualquier momento durante el día y la noche y sin notificación previa; solicitar información; reunir evidencias; tomar o sacar muestras de sustancias y materiales utilizados en el lugar de trabajo según lo prescrito por la legislación laboral; y pueden pedir ayuda a la policía si es necesario. Los inspectores del trabajo están autorizados a ordenar al empleador a tomar medidas para cumplir con las obligaciones legales en materia de seguridad laboral. En caso de incumplimiento de las obligaciones legales, los inspectores pueden emitir una advertencia al empleador y también pueden imponer sanciones económicas cuando hay obstrucciones a la actuación de los inspectores. Las sanciones para las empresas que no cumplen con la ley, dependen del tamaño de la empresa y otros factores. La legislación nacional también ha autorizado a los inspectores para cerrar un lugar de trabajo y exigir el cese de tareas que impliquen un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores.

<sup>335</sup> LÓPEZ PALOMERO, *Derecho penal...*, p. 99.

<sup>336</sup> LÓPEZ PALOMERO, *Derecho penal...*, p. 108.

El escenario descrito arroja al vacío todos los argumentos de prevención de riesgos laborales que animaron la sanción de la LRT y que en su art. 1º preconiza como uno de sus objetivos primordiales.<sup>337</sup>

A esta deficiencia legislativa, cabe agregar que en Argentina hay un deliberado caos jurídico, mediante el cual se han beneficiado las empresas privadas de salud y los empleadores.<sup>338</sup> La mayoría de la inmensa cantidad de leyes, reglamentos y disposiciones de Derecho colectivo laboral que aluden a la seguridad e higiene en el trabajo, tienen un carácter simbólico, ya que el procedimiento de sanción suele volverse engorroso y las multas impuestas no llegan a ser ejecutadas y probablemente esto se deba a la “mistificación del empresario como creador de empleo”.<sup>339</sup> La vaguedad y dispersión con que se ha legislado en materia de prevención de riesgos laborales trae como consecuencia un relajamiento en el cumplimiento de la norma y el sostenido aumento de accidentes y enfermedades profesionales.<sup>340</sup>

En este contexto, el sistema de seguros implementado por la LRT, a través de la contratación de la ART, lejos de estimular al empleador al cumplimiento de sus deberes de cuidado, ha eliminado prácticamente su responsabilidad, vedando -al mismo tiempo- al trabajador el acceso a la justicia. En el esquema establecido, la ART se ocupa de prevenir los riesgos laborales ejerciendo el poder de policía por delegación, teniendo a su cargo inspeccionar al empleador, *quien es su cliente*, y denunciarlo a la SRT en caso de que no cumpla con los requisitos de prevención. Por eso se ha expresado que “pretender que quien lucra con la salud y seguridad de los trabajadores, sea quien tutele sus derechos, hiere el sentido común y violenta el orden constitucional” y así fue declarado en fallos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN).<sup>341</sup> Cuanto más se asienta el sistema legal creado, mayor inseguridad laboral existe y el accidente y la enfermedad resultan promovidos: en este sentido se ha dicho que con la LRT y a partir de la afiliación a una ART, “los empleadores argentinos consiguieron una licencia

---

<sup>337</sup> BISCEGLIA, *La protección penal...*, pp. 45 y ss.

<sup>338</sup> Así lo ha señalado BISCEGLIA, *La protección penal...* pp. 33 y ss. ver lo desarrollado en el capítulo I.

<sup>339</sup> BISCEGLIA, *Ibidem*, p.6 y pp.10/11.

<sup>340</sup> BISCEGLIA, *Ibidem*, p. 33.

<sup>341</sup> BISCEGLIA, *Ibidem*, p. 61. Desde que el sistema está vigente, muchísimas sentencias de los Juzgados y Tribunales del Trabajo, de todas las jurisdicciones, declararon la inconstitucionalidad de las disposiciones de la LRT, que agravan los artículos 14 bis, 16, 18 y 19 de la Constitución Nacional. Desde la sanción de la LRT, la gran mayoría de los académicos la ha criticado, luego los jueces de primera y segunda instancia de todo el país, fueron declarando inconstitucionales numerosas disposiciones de la misma. Pero a partir de septiembre de 2004 se produce un salto cualitativo, cuando la CSJN dictó los trascendentes fallos “Castillo”, “Aquino” y “Milone”, que hicieron colapsar los pilares de una de las leyes más cuestionadas (SCHICK, H., *Riesgos del trabajo*, Buenos Aires, 2010, p.51).

para actuar sin tener que soportar las consecuencias económicas de los daños que causan”.<sup>342</sup>

“Una prevención eficiente evita reparaciones innecesarias y, como contrapartida, un régimen de responsabilidad eficiente induce a invertir en la prevención, para no tener que soportar el costo reparativo. Esta regla básica del funcionamiento del sistema no fue respetada en la LRT, que al externalizar del sistema a los empleadores, terminó incidiendo en la falta de inversión en prevención. El sistema vigente promueve así el infortunio y la indiferencia patronal por la salud y la vida de los trabajadores, ya que la propia dinámica de su funcionamiento, facilita a los empleadores operar sin ser responsables de sus conductas violatorias de los deberes de seguridad y prevención.”<sup>343</sup>

En este sentido se ha señalado que el derecho organiza la protección contra los accidentes de trabajo a través de dos tipos de medidas: unas tienden a la reparación y otras a la prevención, mediante sanciones punitivas. Sin embargo, estas medidas no pueden separarse: la lógica de la reparación debe incluir un efecto preventivo. No se trata sólo de compensar a la víctima el daño sufrido, *sino de lograr que sea el agente causante del daño el que tenga que soportar su coste y no pueda “externalizarlo”*. En la externalización, la función de reparación se separa de la prevención, y de ese modo se “socializa” el efecto dañoso del accidente cuando se opta, por ejemplo, por un sistema de aseguramiento del daño. Por el contrario, la responsabilidad como institución jurídica es la que permite establecer el nexo entre reparación y prevención, mediante la “internalización” del coste de los accidentes. La socialización elimina el efecto preventivo. “Si desvinculamos el accidente de trabajo de la responsabilidad empresarial, estamos debilitando la prevención.”<sup>344</sup>

Por eso se ha sostenido que la LRT, más que configurar una ley de prevención de riesgos del trabajo, “ha dado forma jurídica a un negocio de la salud y puso el acento en regular el contrato privado de prestación de seguros entre dos empresarios: el empleador y la ART.”<sup>345</sup>

---

<sup>342</sup> CORNAGLIA, R., Licencia patronal para matar, *Revista Le monde diplomatique*, n° 61, 7/2004, pp. 4/6. En un sentido similar, se ha señalado que la pretendida limitación (mediante lista cerrada) de factores de riesgo y enfermedades profesionales y la reducción indemnizatoria a través de la grosera limitación a la acción civil, más allá de obstaculizar la pretensión económica reparadora del trabajador afectado significa en muchos casos, un “piedra libre” para el empleador (PÉREZ CRESPO, ponencia en el marco de las XXIII Jornadas de Derecho Laboral).

<sup>343</sup> CORNAGLIA, *Ibidem*.

<sup>344</sup> DESDENTADO BONETE, A., Reflexiones sobre los accidentes de trabajo al hilo de algunas decisiones judiciales recientes, en *Revista de Derecho Social*, n° 24, Albacete, 2003, pp. 81/83.

<sup>345</sup> BISCEGLIA, *La protección penal...*, p. 67. “Contrariamente a lo declamado, los especialistas consultados coinciden en señalar que la mayoría de las empresas no tienen adecuadas políticas de prevención y que las ART no cumplen acabadamente con su función” (La otra inseguridad, nota periodística de Diego Rubinzal, *Página 12*, del 8/2/2009). El régimen impuesto por la LRT, fruto de la reforma laboral de los años 90, se caracteriza por procurar una drástica rebaja del costo laboral, mediante la reducción de la protección de los trabajadores y de la responsabilidad de los empleadores ante los accidentes y enfermedades del trabajo. Para ello redujo los supuestos de responsabilidad, limitó las indemnizaciones por accidente y obstaculizó el acceso de los trabajadores a la justicia. Mientras cualquier

### III Respuesta penal a la siniestralidad laboral y riesgos del trabajo

#### III.1 Introducción

A diferencia de la situación del Derecho español, y en el ámbito regional, de los ordenamientos legales de Perú, Paraguay y Uruguay, que cuentan con un tipo penal que configura un delito de peligro, en Argentina, el control de los riesgos en el trabajo ha recibido otro tratamiento: protección y sanción administrativa, reservando la intervención del Derecho penal a un momento posterior a “la puesta en peligro” de los bienes jurídicos vida y salud, esto es, cuando se produzcan los resultados lesivos derivados de los siniestros laborales y enfermedades profesionales: muertes y lesiones de los trabajadores en el ejercicio de sus labores.

En efecto, ante la ausencia de una norma penal específica para abordar la problemática de los riesgos laborales, se recurre a los delitos genéricos de homicidio<sup>346</sup> y lesiones culposas.<sup>347</sup> Teniendo en cuenta que esos resultados lesivos (muerte y lesiones) son consecuencia del incumplimiento de las medidas de prevención de riesgos laborales (“inobservancia de los reglamentos” en los términos de los citados tipos penales), la mayor parte de los casos consistirán en delitos de comisión por omisión impropia.<sup>348</sup>

---

ciudadano, está habilitado para hacer un reclamo por daños y perjuicios, al trabajador le está vedado, cuando este último sufre las consecuencias de conductas culposas o negligentes. Se entiende que la Ley N° 24.557 hizo un trato discriminatorio a los trabajadores, por un lado colocándolos a merced del poder legitimado de los empleadores, las ART, las Comisiones Médicas y por el otro, no reparando o resarciendo el sufrimiento o dolor causado al trabajador por la contingencia padecida. Sin contar con las dificultades por las que atraviesa el trabajador enfermo o accidentado, por el incumplimiento de la propia norma y por conductas negligentes y culposas de los responsables (ANTACLI, G., La prevención de los riesgos y la seguridad en el trabajo: un desafío para la responsabilidad social empresaria, publicado en 12/2008, [www.saij.jus.gov.ar](http://www.saij.jus.gov.ar)).

<sup>346</sup> Art. 84 “Será reprimido con prisión de uno (1) a cinco (5) años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco (5) a diez (10) años el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo causare a otro la muerte. El mínimo de la pena se elevará a dos (2) años si fueren más de una las víctimas fatales.”

<sup>347</sup> Art. 94 “Se impondrá prisión de un (1) mes a tres (3) años o multa de mil (1.000) a quince mil (15.000) pesos e inhabilitación especial por uno (1) a cuatro (4) años, el que por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud. Si las lesiones fueran de las descriptas en los artículos 90 o 91 y fueren más de una las víctimas lesionadas, el mínimo de la pena prevista en el primer párrafo, será de seis (6) meses o multa de tres mil (3.000) pesos e inhabilitación especial por dieciocho (18) meses.” Art.90. “Se impondrá reclusión o prisión de uno a seis años, si la lesión produjere una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente del rostro.” Art.91. “Se impondrá reclusión o prisión de tres a diez años, si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir.”

<sup>348</sup> En este contexto, para indagar la eventual responsabilidad penal del empresario debe recurrirse a la ley n°19.587 -que regula todo lo relativo a las medidas de seguridad e higiene en el trabajo-, a la ley n° 24.557 (LRT) y también a las distintas reglamentaciones que regulan cada actividad laboral específica.



Sin embargo, la infracción de un deber por parte de una persona aisladamente considerada, más la relación causal con un resultado lesivo, no parece una solución adecuada, teniendo en cuenta que estos incumplimientos se producen en el marco de la empresa, donde se permite la existencia de *cierto nivel* de riesgo jurídicamente tolerado por su utilidad social. En ese contexto, surge claramente la necesidad de un tipo penal específico que abarque las *situaciones de peligro grave, generadas por la superación con dolo de ese riesgo permitido*, por cuanto, imponer la pena ya en el momento del peligro, implica *reforzar* la exigencia de cumplimiento del deber de seguridad en el trabajo. Este objetivo no puede lograrse con los “tipos penales clásicos” de resultado, no sólo porque mediante su aplicación, la intervención penal llega “tarde”, luego de que la lesión o muerte del trabajador ya ha ocurrido, sino porque estos delitos están diseñados para un ámbito -tradicional- de interacción basado en una dinámica individual, por lo que no son aptos para abarcar adecuadamente la *dimensión plural* del ataque propio de los riesgos -no permitidos- laborales, en el ámbito empresarial.

En segundo término, los delitos de lesión y homicidio imprudentes, en tanto el autor puede ser “cualquiera”, tampoco son apropiados para abarcar la problemática propia del sujeto activo de tales comportamientos infractores, que se producen en el seno de una estructura compleja y jerarquizada (empresa), en la que los centros de decisión aparecen frecuentemente alejados de los agentes ejecutores. En este sentido, un tipo penal efectivo deberá aportar criterios precisos para la determinación del *sujeto activo especial*, en quien recae la obligación de cumplir con las medidas de prevención laborales (posición de garante), en un contexto de organización colectivo con división de trabajo y una dinámica de delegación y coordinación de funciones.

De este modo y sin adentrarme en su desarrollo, sólo pretendo -por el momento- dejar esbozadas las cuestiones que sustentan mi propuesta de introducir en el CP argentino, un delito de peligro que proteja la vida y salud de los trabajadores, frente a riesgos laborales no permitidos. Estas cuestiones serán analizadas exhaustivamente a lo largo de la presente investigación, ya que constituyen los “ejes temáticos” de los capítulos que siguen y las conclusiones de dicho análisis serán tenidas en cuenta en el diseño del tipo penal que propondré en el capítulo final de este trabajo.

### **III. 2 El delito de abandono de personas (art. 106 CP)**

#### **III.2. a Introducción**

Un sector doctrinal minoritario ha postulado la posibilidad de aplicar al ámbito de los riesgos laborales el delito de abandono de personas, previsto en el art.106 CP argentino. En ese sentido, se ha expresado BISCEGLIA, quien más allá de propugnar la creación de un delito específico, señaló que “en lo que a prevención de la siniestralidad laboral se refiere, resulta clave comprender el alcance de la norma prevista en el art.106 CP, en tanto tipo penal de peligro, que constituye una herramienta de intervención oportuna aunque insuficiente, para revertir el número de accidentes laborales.”<sup>349</sup>

Art 106 CP: “El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de 2 a 6 años.

La pena será de reclusión o prisión de 3 a 10 años, si a consecuencia del abandono resultare un grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima.

Si ocurriere la muerte, la pena será de 5 a 15 años de reclusión o prisión”.

En opinión de la autora mencionada, hay una aparente superposición entre el art. 106 y el art. 4 inc. g de la ley n° 25.212 (“Son infracciones muy graves...las acciones u omisiones del artículo 3º, inciso h) *que deriven en riesgo grave e inminente para la salud de los trabajadores*”).<sup>350</sup> En su interpretación, las dos normas abarcarían la conducta del empleador que expone al trabajador al peligro, cuando le da tareas objetivamente riesgosas para las que éste no cuenta con el conocimiento específico, ni con las herramientas adecuadas. Y lo abandona a su suerte cuando, colocado ya en esa situación de peligro -por él o por otros-, no le brinda el auxilio necesario al que se encuentra obligado por su posición de garante. El auxilio puede estar dirigido a sustraer al trabajador del peligro o a desviar el peligro hacia otro trayecto.<sup>351</sup>

BISCEGLIA grafica esta situación con el siguiente ejemplo: cuando el encargado de un taller quita los protectores de las máquinas para aumentar el ritmo de producción, incurre en una conducta activa de “desamparar” y el empleador que conoce la maniobra, “abandona a su suerte” al operario que se encuentra bajo su custodia, omitiendo su deber de auxilio generado en el deber de protección y de vigilancia sobre el encargado y las máquinas. Es decir, en el esquema que propone, la infracción de las medidas de seguridad *coloca en desamparo* al trabajador (creando un peligro abstracto), y en esa

---

<sup>349</sup> BISCEGLIA, *La protección penal...*, p. 108.

<sup>350</sup> La autora propone suprimir las faltas graves del art. 4, ley n° 25.212, que se superponen con el art. 106 CP, por resultar ofensivo al orden constitucional que la puesta en peligro de los trabajadores constituya una falta administrativa. (BISCEGLIA, *La protección penal...*, p.149.).

<sup>351</sup> BISCEGLIA, *La protección penal...*, pp.108/09.

situación, *abandonarlo a su suerte*, es no auxiliarlo, generándose un resultado de peligro (peligro concreto).<sup>352</sup>

Según este planteamiento, el sujeto activo del art. 106 es cualquier persona vinculada a una víctima “incapaz de valerse por sí misma” y respecto de la cual, el autor tiene un deber especial de cuidado de naturaleza contractual o legal: en las relaciones laborales, “el trabajador no puede valerse de otras herramientas y técnicas que aquellas que le impone el patrón”, quien detenta las facultades de organización y dirección del proceso productivo.<sup>353</sup> La incapacidad de valerse de “otros auxilios” también está relacionada con el conocimiento previo que el trabajador tiene de la tarea que llevará adelante: el trabajador confía en que el empleador cuidará de su salud y que no correrá otro riesgo que el socialmente aceptado. En este “estado de confianza”, manipulará los elementos de trabajo. Si éstos no están en condiciones reglamentarias porque el empleador ha omitido la norma de prevención, sólo queda verificar si *ex ante*, esa puesta en peligro la realiza con dolo -en cualquiera de sus variantes- o imprudentemente. En el primer caso se configura el supuesto previsto por el art. 106; en el segundo, el de la sanción administrativa prevista en la ley n° 25.212.<sup>354</sup> Conforme a este razonamiento, si se produce el resultado lesivo (muerte o lesión del trabajador) la pena del art. 106 se incrementa proporcionalmente al desvalor de resultado (delito preterintencional). Pero si el siniestro es sólo imputable al apartamiento imprudente de la normativa de seguridad, se aplican los delitos imprudentes de resultado (lesiones u homicidio, según el caso).<sup>355</sup> La estructura típica del delito de abandono de persona, sin embargo, lleva a rechazar la postura de BISCEGLIA, como se expone a continuación.

### III.2.b Análisis del tipo penal del art. 106 CP

El tipo penal comprende básicamente tres situaciones *dolosas*:

1. poner en peligro la vida o salud de otro, *colocándolo en situación de desamparo*.
2. poner en peligro la vida o salud de otro, *abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar*.

---

<sup>352</sup> BISCEGLIA, *La protección penal...*, p. 115.

<sup>353</sup> BISCEGLIA, *La protección penal...*, pp. 42/43.

<sup>354</sup> *Ibidem*. BISCEGLIA, señala que, si por ejemplo un inspector de la policía laboral se presentara en el centro de trabajo y verifica la exposición al peligro, deberá hacer la denuncia penal y será el juez quien decida si la conducta tiene por lo menos dolo eventual. Si hubiera sólo negligencia, remitirá las actuaciones al órgano de aplicación, a los efectos de que se impongan las sanciones administrativas de la ley n° 25212 -muy graves-. Este sería el correcto proceder, pero rara vez llega este tipo de conductas a conocimiento del juez penal (*Ibidem*).

<sup>355</sup> BISCEGLIA, *La protección penal...*, pp. 42 y ss.

3. poner en peligro la vida o salud de otro, *abandonando a su suerte a una persona a la que el autor haya incapacitado.*

Conforme el segundo y tercer párrafo del precepto, estos tres casos se agravan si se produce grave daño en el cuerpo o la salud de la víctima y más aún, si se causa la muerte. En general se ha sostenido que los resultados deben ser preterintencionales.<sup>356</sup>

#### Estructura típica de la “colocación en situación de desamparo”

El sujeto activo puede ser cualquier persona, se encuentre o no relacionada jurídicamente con la víctima. El sujeto pasivo puede ser también cualquiera, sin que importe su edad o condición ni su estado físico. La acción típica consiste en “colocar” a otro, por cualquier medio, en situación de desamparo, de la que resulte peligro para su vida o salud. Se coloca a alguien en situación de desamparo, cuando *se lo priva de la posibilidad de una ayuda o asistencia necesaria*<sup>357</sup> o cuando el agente rodea a la víctima de circunstancias que *le impiden obtener el auxilio que requiere su condición.* Es decir, se requiere un despliegue físico del autor que le genere al sujeto pasivo un peligro para su vida o salud, que antes no tenía.<sup>358</sup> Puede tratarse de una víctima totalmente capaz, pero que el peligro provenga, por ejemplo, del lugar donde ha sido dejada desamparada.<sup>359</sup> Este supuesto de comisión de delito es muy diferente a los dos restantes, pues *es una infracción a una obligación de no hacer*, es decir, constituye un tipo activo, mientras los otros dos implican infracciones a obligaciones de hacer.<sup>360</sup>

---

<sup>356</sup> CREUS, C., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo I, Bs. As., 1983, pp.117/18. De modo que cuando la exposición al peligro fue el medio seleccionado por el autor para causar los daños, las figuras aplicables serían las lesiones u homicidios dolosos, para lo cual se acude a la omisión impropia (D’ALESSIO (dir), *Código Penal de la Nación Comentado y Anotado*, Tomo II, *Parte Especial*, Bs.As., 2009, p.139). En el abandono seguido de grave daño en el cuerpo o salud, la escala penal está relacionada con un disvalor de resultado, la pena se incrementa de tres a diez años de reclusión o prisión, en coincidencia con las lesiones gravísimas del art. 91, CP y cuando es seguido de muerte, la pena se incrementa de 5 a 15 años de reclusión o prisión. A diferencia de las lesiones, el homicidio simple doloso (art. 79 CP) tiene más pena, de 8 a 25 años de prisión o reclusión. Esta diferencia se debe a que -fundamentación político criminológica- aquí la muerte se produce por la falta de asistencia y no por un hecho violento y directo de quitarle la vida a otro, como en el homicidio (BISCEGLIA, *La protección penal...*, pp. 85/86).

<sup>357</sup> FONTÁN BALESTRA, C., *Tratado de Derecho Penal*, Tomo IV, *Parte Especial*, Bs. As., 1969, p. 130

<sup>358</sup> BAIGÚN, D. y ZAFFARONI, E. (dir), *Código Penal y Normas Complementarias*, Tomo 4, Bs. As., 2008, p. 163, en igual sentido, CREUS, *Derecho Penal...*, p. 114. Por ejemplo quien saca la cama de un enfermo en un frío día de invierno, a la intemperie, que estaba al abrigo de una temperatura agradable en su sala respectiva (BAIGÚN/ ZAFFARONI (dir), *Código Penal...*, p.163).

<sup>359</sup> CREUS, *Derecho Penal...*, p.114.

<sup>360</sup> D’ALESSIO (dir), *Código Penal...*, p. 134. Aunque para un sector doctrinario también puede ser cometido por omisión, por ejemplo, dejar que un niño entre en una jaula de leones sin impedirlo, pudiendo hacerlo (caso que también puede encuadrarse en el 3er supuesto) (BAIGÚN/ ZAFFARONI (dir), *Código Penal...*, p. 163).

A la luz de tales pautas, difícilmente pueda equipararse el incumplimiento del empresario de las medidas de seguridad laboral con un “despliegue físico” que coloque en situación de desamparo al trabajador. En efecto, colocar es “poner en” y se refiere a un “hacer” por eso el sujeto activo es *cualquiera*, a diferencia del caso del empleador que pone en peligro a su dependiente porque infringe un deber, el deber de prevención que le impone la normativa extrapenal de riesgos laborales (posición de garante de control)<sup>361</sup>. Asimismo, la situación de desamparo se sustenta en que la prestación del auxilio necesario en las condiciones que se coloca al sujeto pasivo, se torna imposible (por ejemplo, un sitio deshabitado), por su aislamiento de las comunicaciones.<sup>362</sup>

Por otra parte, el art. 106 es considerado por la doctrina y jurisprudencia como un delito de resultado de peligro -peligro concreto- y no de peligro abstracto, como sostiene BISCEGLIA, respecto de la colocación en situación de desamparo.<sup>363</sup>

#### Estructura típica del abandono de persona “incapaz de valerse por sí misma”:

Sujeto activo sólo puede ser quien está obligado a prestar los auxilios necesarios a la víctima por un deber jurídico preexistente, que puede provenir de la ley (por ejemplo, los parientes que tienen deber de asistencia impuesto por la ley civil), de una convención (por ejemplo, el médico respecto de su paciente), o de una conducta precedente, que son los casos en que la obligación nace en virtud de una conducta anterior del sujeto activo. Es decir, el autor se encuentra en la posición de garante y debe tener dolo directo de abstenerse a ayudar y conocer su posición y las características exigidas respecto del sujeto pasivo.<sup>364</sup> La víctima sólo puede ser una persona *incapaz de obtener los auxilios necesarios por sí misma*. Esta incapacidad puede provenir de su condición física -minoridad, enfermedad, etc.-, aunque esa ineptitud se haya originado en su culpa -por ejemplo, ebriedad- o por las particulares circunstancias en que se encuentra -por ejemplo, el viajero por agua que no sabe nadar-.<sup>365</sup>

#### Estructura típica del abandono de persona “que el mismo autor haya incapacitado”:

El sujeto activo únicamente puede ser aquella persona que en virtud de su accionar *haya incapacitado a la víctima* y ésta, la persona que el mismo autor haya incapacitado. El autor debe haber incapacitado al sujeto pasivo en forma *accidental*, pues de lo contrario

---

<sup>361</sup> Este tema se abordará en el capítulo V.

<sup>362</sup> Por ejemplo, vigilando el autor que se mantenga el encierro sin auxilio (CREUS, *Derecho Penal...*, p.118).

<sup>363</sup> FONTÁN BALESTRA, *Tratado ...*,p.128.

<sup>364</sup> D’ALESSIO (dir), *Código Penal ...*, pp. 135/7.

<sup>365</sup> CREUS, *Derecho Penal...*, p. 119.

la conducta sería típica de la figura de colocar en situación de desamparo. De la existencia de esa circunstancia, depende la vigencia del deber.

Se abandona a la víctima cuando se la deja privada de los auxilios o cuidados que le son imprescindibles para mantener su vida o la integridad actual de su salud, cuando ella misma no puede suministrárselos y en situación en que normalmente no es posible que se los presten los terceros (“abandonar a la suerte”).<sup>366</sup> El que incapacitó a otro está obligado (en virtud del mandato contenido en este artículo) a prestarle ayuda, pero no lo hace y, en infracción de ese mandato, lo abandona con peligro para su vida o su salud. El deber de asistencia nace entonces de la situación que el propio autor ha creado. Un ejemplo clásico, es el de quien causa un accidente automovilístico y abandona al lesionado sin socorrerlo.

#### Inidoneidad del delito de abandono de persona para abarcar la situación de los riesgos laborales

De lo expuesto, se desprende que tampoco es posible subsumir la conducta infractora del empresario en ninguno de los casos de abandono. En efecto, el trabajador, aunque se encuentre en una situación de subordinación laboral (carece de poder de organización), en el sentido de que “no puede valerse de otras herramientas y técnicas que aquellas que le impone el patrón y que confía en que éste cuidará de su vida y salud”, señalada por BISCEGLIA, no puede equipararse a una persona *incapaz de obtener auxilio*. Tampoco puede decirse que el empleador *incapacita* al trabajador, al no brindarle las medidas de seguridad a las que está obligado, aun cuando con esa infracción pueda generar un peligro grave para la vida y salud de su dependiente.

Según estos lineamientos, el trabajador no sólo *no es incapaz*, sino que no se trata de que en el contexto descripto *necesite auxilio de terceros para evitar la afectación de su vida y salud*. En efecto, el peligro desvalorado aquí (a diferencia de los supuestos de desamparo/abandono), no proviene de que el trabajador no pueda conseguir “ayuda” frente a la omisión de las medidas de prevención, sino de una situación especial, propia del trabajo en relación de dependencia, que no se ve reflejada en el tipo penal del delito de abandono de persona. Esa situación se relaciona con que, frente al incumplimiento del deber seguridad por el empresario, no se le puede exigir al trabajador que para resguardar su vida o salud se niegue a prestar su actividad laboral -en condiciones peligrosas irregulares-, porque se encuentra en una *posición de dependencia*. En este sentido, justamente lo esencial de un delito específico como el 316 CP español es que

---

<sup>366</sup> CREUS, *Derecho Penal...*, p.118.

capta la problemática propia de la relación asimétrica entre el empleador y el subordinado. Esto es, el empleador no cumple el deber de prevención y esa infracción coloca al trabajador en *situación de peligro*, pero no de desamparo o abandono: la sanción penal de ese comportamiento de “poner en peligro” los bienes jurídicos fundamentales del trabajador parte de la base de que éste no puede consentir ese incremento del riesgo por encima del nivel permitido, esto es, no puede renunciar a las condiciones legales de seguridad, porque son una manifestación del principio protectorio que caracteriza a la regulación jurídica de las relaciones laborales, pero tampoco se le puede exigir que se niegue a realizar la tarea peligrosa, porque en su posición de subordinación, *no está en igualdad de condiciones para negociar el nivel de seguridad de su prestación laboral*.

BISCEGLIA identifica “desamparo” y “abandono” con “inseguridad laboral”, pero según la estructura típica del art. 106 -y su interpretación doctrinaria- no son equiparables, ya que el delito de abandono de persona exige el *aislamiento* de la víctima desamparada o abandonada. Esta interpretación ha sido cuestionada por la autora, quien señala que exigir el aislamiento de la víctima de todo auxilio para que el delito de abandono se configure, “demuestra la incompreensión y confusión de las dos conductas (desamparo y abandono) y además olvida que se trata de un delito especial (donde el sujeto activo es garante) y de un delito básico de peligro, por lo que la concurrencia de ayuda de terceros, posterior a la puesta en peligro en nada redime al sujeto abandonado”.<sup>367</sup>

En respuesta a esa observación, cabe decir que lejos ser cuestionable, la exigencia del aislamiento está *directamente vinculada* a la clase de peligro desvalorado por el delito de abandono, precisamente al que proviene de la imposibilidad de la víctima de obtener auxilio de terceros, para resguardar su vida y salud. Por eso se considera atípica la conducta del autor que abandona a su víctima en un lugar donde es seguro que será atendida -sin peligro para esos bienes jurídicos-, ya que el abandono requiere la *absoluta soledad* del sujeto pasivo.<sup>368</sup> Aunque pueda ser “un poco injusto” hacer depender la respuesta penal de una circunstancia, quizás externa al dolo del autor, como

---

<sup>367</sup> BISCEGLIA, *La protección penal...*, pp. 110/11.

<sup>368</sup> “Así lo ha sostenido la doctrina y jurisprudencia desde siempre, por eso no sería abandono, un caso de un accidente automovilístico en pleno día y en presencia de personas que pueden prestar auxilio” (BAIGÚN/ZAFFARONI (dir), *Código Penal...*, p.170). En igual sentido, FONTÁN BALESTRA, *Tratado...*, p. 132 y D’ALESSIO (dir), *Código Penal...*, p. 137.

es por ejemplo el hecho de que el lugar del abandono esté transitado o no, o que la víctima de alguna manera pueda recibir ayuda de otras personas, lo cierto es que, de verificarse esa circunstancia de posible ayuda externa, se descartará la existencia de un peligro concreto, que es lo exigido por el precepto, tanto para el desamparo como para el abandono, conforme la interpretación casi unánime de la doctrina -y jurisprudencia- y no de peligro abstracto. Esta exigencia del art. 106 pone claramente de manifiesto su incompatibilidad con la situación que BISCEGLIA entiende abarcada en el tipo: poner en peligro la vida y salud del trabajador, infringiendo las medidas de seguridad laboral, por cuanto el peligro no tiene que ver con un “aislamiento” del trabajador, sino con las circunstancias antes señaladas.

### **III. 3 Otras normas penales relativas a los riesgos laborales**

#### **III.3.a Los tipos penales de la ley de migraciones (n° 25.871)**

La ley de migraciones (n° 25.871), sancionada en 2003, es la norma que rige la política migratoria argentina. Esta norma regula el control estatal sobre el flujo de personas que ingresan o egresan del Estado y ofrece respuestas a problemas políticos, sociales, económicos y jurídicos de los migrantes, tales como las condiciones de acceso y exigibilidad de derechos, las relaciones entre extranjeros y nacionales, las condiciones y criterios de permanencia en el Estado, las atribuciones de las autoridades migratorias, los mecanismos de control, entre otras cuestiones.

El capítulo VI de la ley en cuestión, denominado por el legislador como “Delitos al orden migratorio”, alberga tres tipos penales básicos y tres agravados, con alcance general sobre los primeros. Entre los tipos básicos, se encuentran los arts. 116 y 117.

El art. 116 establece que “Será reprimido con prisión o reclusión de uno (1) a seis (6) años el que realizare, promoviere o facilitare el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a la República Argentina.

Se entenderá por tráfico ilegal de personas, la acción de realizar, promover o facilitar el cruce ilegal de personas, por los límites fronterizos nacionales con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio.”

Por su parte, el art. 117 dispone que “Será reprimido con prisión o reclusión de uno (1) a seis (6) años el que promoviere o facilitare la permanencia ilegal de extranjeros en el Territorio de la República Argentina con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio”.<sup>369</sup>

El bien jurídico penalmente protegido es la “política o el orden migratorio” del Estado, sin perjuicio de que en cada figura en particular de los tipos agravados, también se vean

---

<sup>369</sup> El tercer tipo penal básico, está previsto en art. 118: “Igual pena se impondrá a quien mediante la presentación de documentación material o ideológicamente falsa peticione para un tercero algún tipo de beneficio migratorio.”



comprometidos otros bienes jurídicos.<sup>370</sup> Tales preceptos proyectan esa protección hacia la fe pública (art.118), la libertad (art. 119), la vida e integridad física del inmigrante (art. 121), la seguridad nacional (art. 121), Administración pública (intervención de funcionarios o empleados públicos) (art. 120) y la salud pública (art. 121).<sup>371</sup>

Entre ellos, cabe destacar el art. 121, en tanto dispone que “Las penas establecidas en el presente capítulo se agravarán de CINCO (5) a QUINCE (15) años *cuando se hubiere puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de los migrantes* o cuando la víctima sea menor de edad; y de OCHO (8) a VEINTE (20) años cuando el tráfico de personas se hubiere efectuado con el objeto de cometer actos de terrorismo, actividades de narcotráfico o lavado de dinero.”

Respecto de la promoción o facilitación de la permanencia del extranjero ilegal, se configura un parcial solapamiento entre la infracción administrativa prevista en el art. 55<sup>372</sup> y el delito del art. 117 de la ley de migraciones.<sup>373</sup> Esta superposición ha llevado a

---

<sup>370</sup> BUOMPADRE, J., *Trata de personas, migración ilegal y derecho penal*, Córdoba, 2009, pp.101/30. Se ha señalado que los delitos migratorios, como parte integrante del Derecho penal económico, constituye uno de los sectores de la parte especial, en el que la determinación del bien jurídico protegido es problemática, ya que afectan intereses de distinta naturaleza, respecto de los cuales existe una relación dialéctica que oscila entre la convergencia y el antagonismo: intereses individuales y de grupo, intereses difusos e intereses referidos a la comunidad considerada en forma unitaria (GONZÁLEZ NUÑEZ, J., Tráfico ilícito de inmigrantes y otros ilícitos migratorios, 24/11/2008, pp. 3 y ss., disponible en [www.ciidpe.com.ar](http://www.ciidpe.com.ar)). Puede definirse al “orden migratorio”, como el conjunto de normas que regulan el ingreso y egreso de personas al territorio nacional, como aquellas que determinan las condiciones de acceso de los extranjeros a una residencia legal en el país. Tanto el tipo penal del art. 116, como el del art. 117, exigen un particular elemento subjetivo: “el fin del autor de obtener directa o indirectamente un beneficio”. En la estructura de ambos tipos penales, parece distinguirse un objetivo principal, dirigido a proteger el orden migratorio, pero, sólo se prohíben las conductas que facilitan o promueven el tráfico o permanencia ilegal del inmigrante, *cuando el autor persigue con ello un beneficio*. Es decir, se recurre a un “correctivo” que restringe la prohibición, dejando fuera del ámbito de la tipicidad, a las acciones que, aun cuando atenten contra el orden migratorio, no estén dirigidas a lograr algún rédito para el sujeto activo. De este modo, se concluye que la ley protege a la Administración, pero también puede hacerlo al extranjero. Según esta concepción, aparecen en escena, dos intereses tenidos en cuenta por el legislador al diseñar los tipos básicos: el orden migratorio por un lado y el inmigrante irregular, por otro (sobre el desarrollo de este tema ver, GALLO, Tráfico de inmigrantes: ¿un delito sin víctima?, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, BERTOLINO/ZIFFER (dir), Bs. As., abril 2012, pp. 7 y ss.).

<sup>371</sup> Art. 119 “Será reprimido con prisión o reclusión de dos (2) a ocho (8) años, el que realice las conductas descriptas en el presente capítulo empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de la necesidad o inexperiencia de la víctima.”

Art. 120 “Las penas descriptas en el presente capítulo se agravarán de tres (3) a diez (10) años cuando se verifiquen algunas de las siguientes circunstancias:

a) si se hiciera de ello una actividad habitual  
b) interviniere en el hecho un funcionario o empleado público en ejercicio o en ocasión de sus funciones o con abuso de su cargo. En este caso se impondrá también inhabilitación absoluta perpetua para ejercer cargos públicos”.

<sup>372</sup> El art. 55 en su parte pertinente establece que “...ninguna persona de existencia visible o ideal, pública o privada, podrá proporcionar trabajo u ocupación remunerada, con o sin relación de dependencia, a los extranjeros que residan irregularmente” (el art. 59 sanciona con multa la infracción de esa disposición).

<sup>373</sup> Se entiende que para que se configure el delito de facilitación de la permanencia, la conducta debe ir acompañada de actos tendientes al aseguramiento o protección de la ilegalidad -por ejemplo, ayuda a eludir los controles de la autoridad, el suministro o el ocultamiento de documentación, etc.- La simple actividad de facilitación desvinculada e independiente de la ilegalidad puede no ser ilícita -por ejemplo el que le vende comida a un ilegal- o constituir una infracción administrativa reprimida con multa, por

parte de la doctrina a elaborar el siguiente criterio de distinción: cuando alguien simplemente contrata a un inmigrante irregular, comete una infracción administrativa, pero el que contribuya a la permanencia del inmigrante ilegal mediante “el aprovechamiento laboral diagramado”, es decir, ya no aisladamente, sino como “política de empresa”, comete delito (art. 117). Ello por cuanto, en ese caso, la ilegalidad del inmigrante resulta parte inseparable de la conformación comercial, valiéndose de la explotación laboral y resulta impensable dicha actividad empresarial -por el sistema de controles impositivos y laborales que pesan sobre las empresas-, sin el ocultamiento de la condición de irregularidad del inmigrante.<sup>374</sup> Esta postura doctrinaria ha tenido amplia recepción por parte de la jurisprudencia. En algunos fallos, esa interpretación ha sido llevada inclusive más allá, exigiéndose por parte del autor “un mecanismo de captación de inmigrantes ilegales” para su contratación como trabajadores.<sup>375</sup>

De este modo, el ámbito de protección de esta norma abarca principalmente casos de inmigrantes ilegales, cuya situación de ilegalidad es aprovechada por emprendimientos comerciales que logran hacerse con “mano de obra barata”.

Si en ese contexto, el empresario infringe las medidas de seguridad laborales, creando condiciones peligrosas de trabajo, la situación es abarcada por el art. 121, agravante del art. 117, esto es, la promoción y facilitación de la permanencia de extranjeros ilegales, se agrava, elevándose la pena de prisión o reclusión de cinco a quince años, cuando *se hubiere puesto en peligro la vida, la salud o la integridad física de los migrantes*. Se trata de un delito de peligro concreto y se entiende que el consentimiento del trabajador extranjero a las “condiciones peligrosas de labor” carece de relevancia para la configuración del delito.<sup>376</sup>

En el capítulo anterior ha sido señalada la situación -extendida desde hace unos años- de ciudadanos peruanos, bolivianos y paraguayos que ingresados irregularmente al país, son “contratados” en talleres textiles clandestinos de confección de prendas de vestir, “en negro” (ya que al no estar registrados, los “empleadores” no tienen que pagar

---

ejemplo, dar trabajo individual a un ilegal (HAIRABEDIÁN, M., *Tráfico de personas*, Bs.As., 2009, pp. 144/45).

<sup>374</sup> HAIRABEDIÁN, *Ibidem*.

<sup>375</sup> Por ejemplo: Cam.Crim. y Corr. Fed., Sala II, “Hyun Sonn Lee”, del 16/6/2009, Reg. N° 30.024. Esta exigencia genera muchos problemas probatorios, debido a la dificultad de acreditar ese tipo de mecanismos que en muchos casos resulta muy sutil y por ende muy simple de “disimular”.

<sup>376</sup> HAIRABEDIÁN, *Tráfico...*, pp. 139 y ss. En este sentido, es relevante el hecho de que gran parte de los extranjeros ilegales de los países limítrofes, emigran de sus naciones escapando de situaciones económicas y sociales desfavorables, con altísimas tasas de desempleo, dispuestos a tolerar todo tipo de imposiciones laborales, con tal de no retornar a su lugar de origen.

prestaciones sociales ni vacaciones, etc., ni respetar el salario mínimo impuesto reglamentariamente) y muchas veces en condiciones de trabajo peligrosas para su vida y salud.

Ahora bien, con la interpretación del art. 117 antes indicada, esas situaciones sólo son abarcadas por esa norma cuando se configuran casos extremos -“explotación laboral”, “mecanismo de captación”, etc.-. Ello explica que en muchos de esos supuestos, además de aplicar el precepto mencionado (art. 117), se aplique también el art. 140 del CP argentino, en tanto también son abarcados por el delito de “reducción a servidumbre”.<sup>377</sup> Con este panorama, quedan fuera del ámbito de aplicación del art. 117 (y por lo tanto del agravante del art. 121), los casos intermedios, es decir donde no se llega a un extremo de explotación laboral o reducción a servidumbre, pero sí hay un aprovechamiento de la condición de inmigrante ilegal (en tanto permite su contratación “en negro”) y un relajamiento en el cumplimiento de las medidas de seguridad, que ponen en peligro la vida y salud de esos trabajadores informales extranjeros.

El escenario descrito pone de manifiesto la necesidad de incorporar al orden legal un nuevo tipo de penal de peligro que sancione esa situación de incremento del riesgo laboral por encima del nivel permitido, *desvalorando especialmente en ese contexto, la situación del trabajador “en negro”* (como un agravante), pero sin llegar a supuestos de explotación laboral. En este sentido, sería conveniente que de *lege ferenda*, se contemple la situación vulnerable de los trabajadores informales de un modo más amplio, es decir, poniendo el acento en la *informalidad en sí misma* y no en las circunstancias previas que facilitan esa contratación si registro -como por ejemplo, ser inmigrante irregular-. De este modo, podrían ser encuadrados en ese tipo penal postulado, otros casos de trabajadores informales, pero sin que se configuren los requisitos típicos del art. 117, por ejemplo el caso de dar trabajo a un inmigrante ilegal aisladamente (art. 55, ley de migraciones) y casos que no se relacionan con la inmigración clandestina, es decir, ciudadanos nacionales o inmigrantes regulares, que por distintas circunstancias -variadas condiciones de vulnerabilidad-, son contratados sin las formalidades de las leyes laborales y sometidos a condiciones peligrosas de labor.

---

<sup>377</sup> Por ejemplo: Cam.Crim y Corr. Fed., Sala II, “Coronel Montes”, del 13/4/2010, Reg. N° 31.263. Sobre el art. 140, ver lo desarrollado en el punto siguiente, sobre el delito de trata de personas.

### **III.3.b El delito de trata de personas con fines de explotación (arts. 145 bis y 145 ter CP)**

Si bien históricamente se habló en los instrumentos de la OIT de “trabajo forzoso”, recién hacia comienzos del siglo XXI se potenció la persecución de la trata de personas. Un paso importante en esa dirección, ha sido la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (diciembre de 2003), así como el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños o “Protocolo de Palermo”, que Argentina ratificó en agosto de 2002 (ley n° 25.632).

Con la sanción de la ley 26.364 en 2008, la trata de personas pasó a integrar los delitos contra la libertad individual, siendo éste el bien jurídico protegido por las figuras de los artículos 145 bis y 145 ter del C.P.<sup>378</sup>

Art. 145 bis. “Será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediere el consentimiento de la víctima.”

Art. 145 ter “En los supuestos del artículo 145 bis la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, cuando: 1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima. 2. La víctima estuviere embarazada, o fuere mayor de setenta (70) años. 3. La víctima fuere una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma. 4. Las víctimas fueren tres (3) o más. 5. En la comisión del delito participaran tres (3) o más personas. 6. El autor fuere ascendiente o descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima. 7. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria. Cuando se lograra consumar la explotación de la víctima objeto del delito de trata de personas la pena será de ocho (8) a doce (12) años de prisión. Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.”

La libertad individual, en tanto objeto de protección, debe ser entendida en un doble aspecto, “como libertad física (ambulatoria o de movimientos) y como libertad psíquica (actuación sobre la voluntad o psique del sujeto pasivo)”.<sup>379</sup> En este sentido, la trata de personas compromete la libertad individual en todas sus manifestaciones, viéndose afectada desde la libertad de movimientos hasta la libertad de decidir el destino de la propia integridad corporal, en un marco de anulación o disminución de la libre

<sup>378</sup> Esos preceptos fueron modificados por ley 26.842, en 2012, centrándose especialmente esa reforma en la exclusión del consentimiento de la víctima como una causal de renuncia de la tutela penal.

<sup>379</sup> BUOMPADRE, *Delitos contra la libertad*, Bs. As., 1999, pp. 24/25.

determinación de la persona, que es cosificada y ve aniquilado el libre desarrollo de su personalidad y la capacidad para decidir libremente sobre el rumbo de su propia vida.<sup>380</sup>

Esta figura delictiva involucra un proceso complejo, compuesto por diferentes etapas que pueden ser llevadas a cabo por una única persona o por distintos actores.

La propia explotación a la que son sometidas las víctimas, representa el tramo final de las distintas fases que componen este delito de tráfico de seres humanos. Una de esas modalidades de explotación es la laboral o trabajo esclavo.

### **III.3.b.1 Explotación laboral**

El art. 2 de la ley n° 26.364, modificado por la ley n° 26.842, entiende por explotación, entre otros supuestos, los siguientes:

- a) Cuando se redujere o mantuviere a una persona en condiciones de esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad
- b) Cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados

Estas modalidades de explotación, comparten una nota común: describen situaciones de sometimiento de la persona trasladada, captada o acogida a un trabajo o servicio en contra de su voluntad o sin su consentimiento válido. El objetivo aquí consiste en explotar el trabajo de la víctima, bajo la condición de esclavo o siervo o bajo la imposición forzada de la condición de trabajador, creando una situación de total disponibilidad sobre ésta.

Generalmente, en el delito de trata con fines de explotación laboral, la fase de tráfico consiste en la captación de las víctimas: se les ofrece un trabajo legal en el lugar de origen y el engaño se realiza de distintas formas, se le oculta o miente sobre el tipo de trabajo que va a realizar o sobre las condiciones laborales bajo las cuales se ejercerá dicho trabajo.<sup>381</sup>

---

<sup>380</sup> BUOMPADRE, *Trata de personas...*, pp. 61/62.

<sup>381</sup> A la hora de explicar el fenómeno de trata laboral se señalan ciertos factores denominados de *empuje* y de *atracción o llamada*. Con relación a los primeros, se destacan: situación económica y social precaria, e inestabilidad política de los países de origen. Además de estas condiciones reales y objetivas, existen también las subjetivas, por ejemplo: la percepción de mayores oportunidades disponibles en los países de destino es muchas veces el detonante para tomar la decisión. En general, esa percepción es exagerada, alimentada por experiencias de familiares o amigos que emigraron, por los medios de comunicación o por organizaciones criminales que les interesa divulgar esa información. Respecto de los segundos factores, se debe tener en cuenta: demanda de trabajadores en países de destino, que no pueden ser satisfechas con los nacionales o porque a pesar de existir recursos nacionales para esos puestos, resulta más ventajosa -económicamente- la contratación de extranjeros. También, existen muchas veces ligámenes históricos, culturales y lingüísticos entre países de origen y de destino que actúan de impulso para la decisión de emigrar (GIMENÉZ-SALINAS FRAMIS, A., SUSAJ, G. y REQUENA ESPADA, L., La dimensión

El proceso de captación termina con la aceptación de la oferta laboral y la contratación de una deuda, relacionada con los gastos del traslado, que se saldará con el trabajo. Las víctimas aceptan la propuesta (“oralmente”) como consecuencia del engaño y luego, en la fase siguiente, cuando están en su puesto de trabajo, se ejerce la violencia sobre ellas. Es en ese momento tardío en que éstas se percatan de que las condiciones laborales reales no son las que pactaron originariamente.

### **III.3.b.2 Reducir o mantener a condiciones de servidumbre o esclavitud.**

Esta modalidad de explotación, significa colocar al sujeto pasivo en relación de dominación tanto psíquica como física, al servicio del sujeto activo o un tercero.

Los términos “servidumbre” y “esclavitud”, no hacen alusión a una mera relación de servicio, sino a una relación de sometimiento y enajenación de la voluntad y albedrío de la persona. Ello exige no solamente una dominación física sobre el cuerpo del sujeto pasivo, sino un verdadero dominio psíquico.<sup>382</sup>

La esclavitud refiere al sometimiento por “comercio ilegal” de personas, que en la actualidad está expresamente condenado -art 15 CN-. Muy similar “en los hechos”, la servidumbre es un estado de sometimiento que presenta analogía con la esclavitud, pero puede iniciarse como sometimiento liso y llano o por el contrario, pactando en forma legal un servicio o labor, que luego va a ir recortando la libertad del sujeto pasivo, hasta extremos intolerables para su dignidad y libertad, en tanto ser humano.<sup>383</sup>

Una diferencia conceptual entre esclavitud y servidumbre, es que en esta última no es necesario exigir tal extremo de dominio o señorío psíquico, bastando una modalidad abusiva de la relación de servicios entre el sujeto activo y el sujeto pasivo. En este sentido, la servidumbre -“condición del siervo”- es más bien la sujeción de una persona a la voluntad y designios de otra desde cualquier punto de vista que implique la pérdida de la autodeterminación y en ofensa directa a su dignidad o condición de ser humano, pero sin llegar al concepto o idea de “mercancía”, como ocurre en la esclavitud.<sup>384</sup>

La esclavitud ha sido definida como “la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como

---

laboral de la trata de personas en España, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-04 (2009), pp. 5 y ss.).

<sup>382</sup> LUCIANI, D., *Criminalidad organizada y trata de personas*, Santa Fe, 2011, p. 135.

<sup>383</sup> VILLADA, J., *Delito de trata de personas y otros delitos conexos*, Córdoba, 2014, pp. 74/75.

<sup>384</sup> VILLADA, *Delito de trata...*, pp.77/78.

comprarla, venderla o darla en trueque”.<sup>385</sup> Pero una concepción contemporánea de la esclavitud no puede basarse en el ejercicio de derechos de propiedad sobre la persona sino en una “relación posesoria de carácter fáctico” de la víctima de trata: el autor se apropia ilícitamente del valor de su trabajo y le arrebató la condición de persona mediante el sometimiento a una situación de disponibilidad absoluta, se comporta *como si fuera* su dueño.<sup>386</sup>

### III.3.b.3 Obligar a una persona a realizar trabajos o servicios forzados

El *trabajo* supone una actividad física personal asociada al capital como medio de producción, que produce rédito económico o traducible en beneficio patrimonial de alguna naturaleza. El *servicio* es la prestación de una actividad de toda índole análoga al trabajo, pero no consiste necesariamente en una actividad de carácter personal ni que reporte beneficios para el capital o beneficios de especie patrimonial -cuidado y cura de enfermos, servicio de atención personal, etc.-.<sup>387</sup>

El delito consiste en “obligar” a realizar trabajo o servicios forzados a una persona, la característica del trabajo forzado está representada entonces por la amenaza de un castigo -corporal o no- y por el carácter involuntario de la prestación.<sup>388</sup>

La Organización Internacional del Trabajo ha sugerido seis elementos que de forma individual o conjunta pueden indicar una situación de trabajo forzoso: amenazas o daños físicos, restricción de movimientos o confinamiento en el lugar de trabajo, trabajo sin sueldo en pago de deudas contraídas para entrar en el país, retención del salario o reducción excesiva de éste, retención del pasaporte o documento de identidad y amenaza de denuncia a la policía sobre la situación irregular del inmigrante.<sup>389</sup>

---

<sup>385</sup> Convención de Ginebra sobre Esclavitud del 25/9/1926 (artículo 1).

<sup>386</sup> La necesaria vinculación del delito del 145 bis C.P. a determinados objetivos explotadores, convierte a la trata de seres humanos en la “versión moderna” de la trata de esclavos que se produjo hasta el siglo XIX. La nueva esclavitud del siglo XXI es, en cambio más rentable: es más barata que aquella legalmente establecida, porque se basa en una relación fáctica de dominio, en la que el valor de adquisición y mantenimiento del esclavo contemporáneo es mucho menor. Ha llegado a sostenerse que “esta instrumentalización mercantilista de las personas es una perversión más del modelo de producción capitalista dominante globalizado basado en la explotación de unos países sobre otros y en la supremacía del libre mercado; la libertad de compra y venta se convierte en un “imperativo moral”, en “fundamento de la naturaleza humana y base de una sociedad libre” (POMARES CINTAS, E., El delito de trata de seres humanos con fines de explotación laboral, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-15 (2011), pp. 4 y ss.).

<sup>387</sup> VILLADA, *Delito de trata...*, p. 80.

<sup>388</sup> TAZZA, A., *La trata de personas*, Bs.As., 2014, pp. 119/ 20.

<sup>389</sup> GIMENÉZ-SALINAS FRAMIS, SUSAJ, y REQUENA ESPADA *RECPC 11-04 (2009)*, pp. 4 y ss.

Así definido el trabajo forzoso, resulta muy difícil deslindarlo del primer supuesto, previsto en el inciso a) del artículo 2 de la ley n° 26.364. Casi no podría imaginarse un caso en que se obligue a una persona a realizar trabajos o servicios forzados y que a la vez no implique ello una relación servil, ya que las condiciones que definen al trabajo así impuesto le son inherentes al concepto de reducción a servidumbre o esclavitud.<sup>390</sup>

Una diferencia marcada por la doctrina es la que responde a una perspectiva temporal, mientras que la servidumbre será en principio duradera en el tiempo, o tendrá al menos visos de continuidad, los trabajos forzados pueden ser esporádicos, ocasionales y para una o más oportunidades establecidas.<sup>391</sup>

### **III.3.c Delitos conexos al delito de trata de personas**

#### **III.3.c.1 delito de “reducción a servidumbre” (art. 140 CP)**

Si bien existe cierta analogía entre la modalidad de explotación laboral del delito de trata de personas y el delito previsto en el art 140 CP, -también modificado por ley n°26.842-, se trata de delitos autónomos.

Art. 140 “Serán reprimidas con reclusión o prisión de cuatro (4) a quince (15) años el que redujere a una persona a esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad, y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella. En la misma pena incurrirá el que obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados o a contraer matrimonio servil”

Reducir a esclavitud o servidumbre significa colocar al sujeto pasivo en relación de dominación, tanto psíquica como física, al servicio del sujeto activo o de un tercero.<sup>392</sup>

Recibir a la persona para mantenerla en esclavitud o servidumbre significa receptor, alojar o acoger en un lugar al sujeto pasivo con la finalidad de seguir detentando sobre el mismo, un poder de hecho -sea como esclavo o siervo-, que ha sido transferido por otro. No es necesario que la finalidad de mantenerlo en esas condiciones se logre, basta con el móvil. La acción puede llevarse a cabo por cualquier medio, violento o no, fraudulento o no, con el consentimiento de la víctima o no.<sup>393</sup>

Las acciones típicas de ofrecer, captar, trasladar, recoger o acoger a una persona con la finalidad de explotación laboral (trata de personas), se constituyen de manera *previa* a la reducción a servidumbre (art. 140). Por otra parte, el o los autores del delito de trata, no

---

<sup>390</sup> En este sentido se expresa HAIRABEDIÁN, señalando que en muchos casos la esclavitud, servidumbre y trabajos forzados se superponen (*Tráfico...*,p.70). Creo que tal vez podría sostenerse una diferencia de grado entre el trabajo forzoso y la servidumbre o esclavitud, exigiendo en este segundo caso, que las condiciones impuestas sean más gravosas o degradantes.

<sup>391</sup> TAZZA, *La trata...*, pp. 117/ 18.

<sup>392</sup> VILLADA, *Delito de trata...*, p. 74.

<sup>393</sup> VILLADA, *Delito de trata...*, p.79.



reducen de manera necesaria a una persona a la condición de esclavitud o servidumbre, sino que restringen su ámbito de autodeterminación de manera violenta o fraudulenta, pero ello no implica necesariamente una reducción a las condiciones típicas previstas por el citado art. 140.<sup>394</sup>

### **III.3.c.2 Tráfico ilegal de inmigrantes (ley n° 25.871)**

Cuando el sujeto pasivo del delito de trata de personas es un ciudadano extranjero que ingresa ilegalmente al país, pone sobre el tapete la relación de estas dos normativas que relevan aspectos diferentes de un mismo fenómeno: el delito de trata de personas y los delitos migratorios (ley n° 25.871).

Para develar la relación entre ambas normas es necesario deslindar dos conceptos que resultan fundamentales en este razonamiento: el de tráfico y el de inmigración clandestina.

El concepto “tráfico ilegal de personas” tiene dos posibles significados: a) tráfico entendido como movimiento o tránsito de personas, definición coincidente con el de “inmigración clandestina” y b) tráfico entendido como “comercio de origen ilícito”, poseyendo aquí un carácter negativo al tener por objeto negocios prohibidos. En esta segunda hipótesis, hay una equiparación del tráfico con *comercialización* de personas, esto es, reduciendo su consideración a meras mercancías.<sup>395</sup>

Dicho esto, toca ahora analizar si la ley 25.781 contempla este segundo concepto de “tráfico”. Según se ha desarrollado en el punto anterior, en el capítulo VI de dicha norma, (“delitos contra el orden migratorio”), encontramos tres tipos penales básicos y tres agravados, con alcance general sobre los primeros. El bien jurídico penalmente protegido por la ley de migraciones es la “política u orden migratorio del Estado”, sin perjuicio de que en cada figura en particular de los tipos agravados previstos en ella, también se vean comprometidos otros bienes jurídicos.<sup>396</sup> Cabe aclarar que a diferencia de los tipos agravados, los tipos básicos *presuponen el consentimiento del inmigrante irregular*.

---

<sup>394</sup> ABOSO, G., *Trata de personas*, Bs. As., 2013, pp. 98/99.

<sup>395</sup> HORTAL IBARRA, Contratación de trabajadores: “irregulares”, inmigración clandestina, tráfico ilegal de personas y derecho penal, en VARELA CASTRO/MARCHENA GÓMEZ (dir) *La protección penal de los trabajadores: tipos, instrucción y enjuiciamiento*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2010, pp. 221y ss.

<sup>396</sup> El tipo penal agravado relevante en este análisis es el artículo 119 de la ley 25.871., que dispone que “Será reprimido con prisión o reclusión de dos (2) a ocho (8) años, el que realice las conductas descriptas en el presente capítulo empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de la necesidad o inexperiencia de la víctima.”

Mediante esta doble perspectiva, la ley citada abarca dos situaciones muy diferentes: los casos de inmigrantes que ingresan irregularmente al país por decisión propia -aun cuando reciban ayuda de terceros- (tipos básicos) y aquellos en los que el ingreso del inmigrante se vincula con una actividad de intermediación que tenga cierta relevancia, es decir que responda a un plan, a una ordenación de medios destinada al traslado ilícito de personas, y con el objetivo de aprovecharse laboralmente del extranjero (agravante). Este segundo universo de casos se corresponde con la segunda acepción del término *tráfico*. Ahora bien, así interpretado, esta clase de “tráfico” resulta muy cercano al concepto de “trata de personas”, con el que comparte dos elementos esenciales:

En primer lugar, la equiparación de la persona a mera mercancía, lo que constituye un grave atentado a la dignidad, en tanto condición inherente a todo ser humano. En segundo término, e íntimamente relacionado con lo anterior, la irrelevancia jurídico-penal del consentimiento prestado por la persona que es objeto de tráfico o trata, en la medida en que en ambos supuestos se precisa, cuanto menos, que se abuse de la situación de especial vulnerabilidad o inferioridad -vulnerabilidad máxima cuando se trata de menores o incapaces- en que se encuentra ésta, lo cual invalida el consentimiento formalmente prestado por la víctima.<sup>397</sup>

Conforme a lo que se viene desarrollando, la ley 25.871 contempla casos de esta especial acepción de tráfico, generándose de este modo una superposición parcial con el artículo 145 bis del C.P., cuando el sujeto pasivo del delito de trata, *es además un inmigrante irregular*.

### **III.3.d Inadecuación de los delitos de trata y reducción a servidumbre para abarcar la problemática de los riesgos laborales**

Las modalidades de “explotación laboral”, no consisten tanto en explotar el trabajo del sujeto pasivo mediante la imposición de condiciones ilícitas que vulneran los derechos laborales, como en *imponer la realización del trabajo mismo*. Los trabajos o servicios forzados, la esclavitud y la servidumbre son modos de imponer la *condición de trabajador, vulnerando la libertad de decidir realizar la prestación laboral*.<sup>398</sup>

El trabajo esclavo o forzoso se entiende así cuando las condiciones laborales irregulares constitutivas del trabajo se obtengan bajo coacción y amenaza, para retener al trabajador en forma involuntaria. Pero si bien todo trabajo forzoso implica condiciones

---

<sup>397</sup> HORTAL IBARRA, *Ibidem*.

<sup>398</sup> POMARES CINTAS, *RECPC*, 13-15 (2011), pp. 18 y ss.

inaceptables de trabajo, no todas las condiciones irregulares son trabajo forzoso.<sup>399</sup> Sólo cuando se den bajo la utilización de formas que lesionen o restrinjan la libertad de autodeterminación del individuo y su plena capacidad volitiva para decidir su aceptación, podemos estar en presencia de explotación laboral.<sup>400</sup>

En este contexto es necesario distinguir entre el trabajo esclavo o forzoso y el trabajo en condiciones irregularmente peligrosas. En el primer caso, se parte de la base de la inexistencia de una relación laboral remunerada, sea porque el trabajador realiza sus labores en el marco de una situación de privación o restricción de su libertad ambulatoria, sea porque la dirección del trabajo no respeta ninguna de las condiciones mínimas establecidas por la ley laboral; se priva al trabajador de un sueldo, del descanso, licencias anuales, es decir está marginado de toda ley, convención o estatuto laboral, al presentarse una *relación de dominio* entre empleador y trabajador. En suma, existe una situación de inequidad en la que el trabajador está en una posición de máxima vulnerabilidad, que le impide directa o indirectamente abandonar dichas tareas, ejercer sus derechos laborales, o bien disponer de su libertad personal.<sup>401</sup>

En cambio, la conducta que aquí se postula sancionar, es decir, la puesta en peligro de la vida y salud del trabajador por la infracción del empleador del deber de prevención, sí presupone la existencia de una relación laboral -que a su vez puede ser formal o informal-. Es decir, no hay un dominio psíquico -o físico- que impide al sujeto pasivo autedeterminarse volitivamente para decidir en tal sentido (sobre su condición de trabajador). No obstante, sí puede decirse que aunque no se “obliga” al trabajador a aceptar esas condiciones peligrosas de trabajo mediante amenazas o violencia física, sí le son *impuestas*, teniendo en cuenta la subordinación y dependencia propias de su *condición de trabajador en esa relación laboral existente*, que le impiden consentir válidamente ese riesgo no permitido.

---

<sup>399</sup> El trabajo de mujeres embarazadas en condiciones de peligro para su maternidad es considerado como un indicio de trabajo forzoso (ABOSO, *Trata...*, p. 106). VILLADA destaca el siguiente fallo: “La falta de mérito para procesar o sobreseer a los imputados por el delito del art. 140 del CP debe decretarse, pues si bien se demostró que explotaban talleres textiles no habilitados y que incumplían disposiciones laborales y de seguridad social con respecto a los trabajadores, no se desprende de los testimonios brindados por éstos la existencia de signos de explotación o reducción a servidumbre” (CNCrim y Correccional Federal, Sala I, 20/12/12, “O.C.,O y otros s procesamiento”, ver *Delito de trata...*,pp.75/76).

<sup>400</sup> TAZZA, A., *La trata...*, p.118. En ese sentido el autor ha sostenido que habitualmente será participativo de esta actitud, la existencia de condiciones insalubres e indignas de trabajo, prolongadas jornadas, escasa paga en relación con la tarea y toda otra característica similar que priva a las víctimas no sólo de todo derecho que la legislación laboral otorga, sino también, de aquellos otros que hacen a los atributos de la dignidad natural de todo ser humano (*Ibidem*).

<sup>401</sup> ABOSO, *Trata...*, pp. 104/05.

En este esquema, si bien estos delitos de explotación laboral pueden abarcar tangencialmente situaciones de puesta en peligro de la vida y salud del trabajador por incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene laborales, sólo lo hacen en la medida en que se configure un contexto de *imposición de la realización del trabajo* (en el que radica el eje del disvalor), descartando el presupuesto del que debe partir el delito específico aquí propugnado: la existencia de la relación laboral.

Sin embargo, es necesario destacar que si bien la estructura del tipo penal de trata con fines de explotación laboral no resulta adecuado para abarcar eficazmente esa conducta infractora del deber de prevención, creo que su incorporación al CP, representa un primer paso para tomar conciencia de la necesidad de la intervención penal para proteger al trabajador (en tanto sujeto vulnerable), de las conductas violatorias de sus derechos laborales fundamentales.

A la luz de las consideraciones expuestas, puede concluirse que el ordenamiento jurídico penal vigente en Argentina no brinda una respuesta adecuada a la siniestralidad laboral producida como consecuencia del incumplimiento de las normas de seguridad por parte del empresario, ya que los delitos analizados no relevan específicamente el peligro que esa infracción genera para los bienes jurídicos esenciales del trabajador - vida y salud-. A continuación se demostrará la necesidad de crear un tipo penal que responda a tales parámetros.

#### **IV Necesidad de un delito específico en el ámbito de los riesgos laborales**

##### **IV.1 Introducción**

El índice de siniestralidad laboral en Argentina es alto.<sup>402</sup> Los datos estadísticos dan cuenta de la relevancia social que ha alcanzado en la actualidad la problemática relativa a los accidentes y enfermedades laborales y de lo necesaria que resulta la intervención del Estado en la erradicación o al menos contención, de los numerosos riesgos que se ciernen sobre la persona del trabajador en el transcurso de su prestación laboral a favor del empresario. Y es en ese contexto en el que cabe destacar el importante rol que puede desempeñar el Derecho penal, en tanto instrumento más contundente con el que cuenta el Estado para la consecución de dicho objetivo.

Desde esta óptica, y partiendo de la inexistencia de algún precepto penal vigente apto para lograr ese objetivo, comparto la postura de aquellos autores argentinos que luego

---

<sup>402</sup> Ver lo desarrollado en el capítulo I.

de investigar este tema, han propugnado la intervención del Derecho penal mediante la creación un tipo penal de peligro, a semejanza del art. 316 del CP español.<sup>403</sup>

La postulación de un delito de peligro en el marco de la seguridad laboral, pone de manifiesto la existencia de dos posturas antagónicas que concretan; por un lado la tesis de quienes defienden la legitimidad de la intervención penal únicamente en la medida que se circunscriba al ámbito propio de un Derecho penal mínimo, reducido al Derecho penal tradicional o clásico.<sup>404</sup> Por otra parte, se encuentra la tesis que acepta la legitimidad de la intervención penal en nuevos ámbitos de la actividad social, en sectores en los que el referente supraindividual o colectivo está en un primer plano, siempre que se mantengan las garantías propias del Derecho penal, que es la posición que aquí se adopta.<sup>405</sup>

Para los representantes de la primera tesis mencionada, el tipo penal aquí postulado se inserta en lo que se ha denominado “Derecho penal accesorio” -para diferenciarlo del Derecho penal nuclear-, desde el momento en que se sanciona la violación de normas o reglamentaciones administrativas, que tienen una cierta trascendencia en el plano económico. De este modo, desde una perspectiva material, el concepto de Derecho penal accesorio, puede usarse para aludir a los delitos que, independientemente de que se ubiquen en el CP o leyes penales especiales, van referidos a un sector de actividad en el que ya existe una previa actividad de control por parte de las autoridades administrativas, ámbitos sobre los que se discute la legitimidad de la intervención penal.<sup>406</sup> Por el contrario, el Derecho penal nuclear se concibe como el Derecho penal de los bienes jurídicos altamente personales, los tradicionales de titularidad individual, como la vida y la salud, protegidos mediante tipos configurados como delitos de lesión. El debate en torno a la intervención penal en materia de protección de los derechos de los trabajadores cuenta con la oposición de este sector doctrinal.<sup>407</sup>

---

<sup>403</sup> ARESE, El Anteproyecto de Código penal: hacia un derecho criminal protectorio de los Derechos Humanos Laborales, ponencia en el marco del XV *Encuentro del Foro Permanente de Institutos de Derecho de Trabajo de los Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires*, San Justo, 25/4/2014, p. 18; BISCEGLIA, *La protección penal...*, p.42 y ss.; LÓPEZ PALOMERO, *Derecho penal...*, p.125; BERRUEZO, *Derecho Penal Laboral*, pp. 11 y ss.

<sup>404</sup> Son representantes de esta posición, HASSEMER, *Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno*, ADPCP, 1992, pp.235 y ss. y SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 2001.

<sup>405</sup> Es la postura sostenida por CORCOY BIDASOLO, Protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales y Derecho penal mínimo, en MIR PUIG (dir) *Derecho penal del siglo XXI, Cuadernos de Derecho Judicial*, VIII/2007, pp. 363 y ss.

<sup>406</sup> CORCOY BIDASOLO, *CDJ*, VIII/2007, p.364.

<sup>407</sup> ALCALÉ SÁNCHEZ, Siniestralidad laboral y delito: apuntes de Derecho comparado entre las legislaciones española y uruguaya, *Revista Derecho Laboral*, n° 254, 4/2014, p. 240. Las consecuencias

Esta situación de rechazo, ha podido observarse claramente en Uruguay, durante el proceso -en el Congreso- de gestación de la ley n° 19.196, de Responsabilidad Penal del Empleador,<sup>408</sup> que “ha conocido desde su origen, una encendida polémica que tanto en el plano doctrinal como en el parlamentario y los medios de comunicación, se dirigió a enfatizar las falencias de esta nueva norma, en términos abiertamente descalificantes.”<sup>409</sup>

Como ha señalado TERRADILLOS BASOCO, la radical reivindicación doctrinal y parlamentaria de un presunto modelo penal de mínimos para afrontar la siniestralidad laboral convive no obstante, con la complacencia para con opciones político-criminales que en otros preceptos penales, dan contenido al “Derecho penal del enemigo”<sup>410</sup> y que no han merecido sin embargo, la censura de los sectores académicos o políticos, lo que autoriza a deducir que la “satanización” de la intervención penal en el ámbito de los riesgos laborales, se vincula más al objetivo de garantizar la impunidad de ciertas manifestaciones de criminalidad de cuello blanco -y, por lo tanto a la consolidación de un sistema jurídico protector de intereses de parte-, que al de conseguir la mejor tutela de bienes jurídicos que, como la vida o la salud, son irrenunciables en una sociedad democrática.<sup>411</sup>

Los argumentos que se han esgrimido en contra de la intervención penal en el marco de los riesgos en el trabajo se relacionan con una gama de líneas argumentales: el déficit de legitimidad del bien jurídico colectivo (seguridad laboral) que se pretende tutelar, la ineficacia de los tipos penales como el aquí propuesto, considerado “Derecho penal

---

a las que lleva ese planteamiento es que el Derecho penal no puede intervenir para proteger bienes jurídicos colectivos, lo que implica dejar al abrigo de la sanción penal, comportamientos que afectan al colectivo de trabajadores, obligados a trabajar en condiciones peligrosas para su vida y salud, porque así los empresarios ahorran costes; la apropiación del patrimonio público por parte de los funcionarios encargados de su distribución, según criterios de razonabilidad cuando lo hacen según sus particulares necesidades, etc. En definitiva, preconizan la abstención del Derecho penal para criminalizar la delincuencia de cuello blanco, planteamiento muy clasista, que en el fondo conlleva reconocer que los clientes del Derecho penal son los pobres y los desviados socialmente y que los bienes jurídicos protegidos son sólo aquellos que tienen un titular individual. Sin embargo, el Estado social y democrático de Derecho, ha de poder asumir la existencia de bienes que trascienden a un sujeto particular (*Ibidem*).

<sup>408</sup> Ver lo expuesto en el capítulo I.

<sup>409</sup> TERRADILLOS BASOCO, Protección jurídico-penal de la vida y salud de los trabajadores. Ley uruguaya N° 19.196 y experiencia española, *Revista de Derecho Penal* N° 22, 12/2014, p.60.

<sup>410</sup> El “Derecho penal del enemigo” se caracteriza según JAKOBS por tres elementos: un amplio adelantamiento de la punibilidad, las penas previstas son desproporcionadamente altas y determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas (“La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente”, *Estudios de Derecho Judicial*, n° 20, 1999 (nota 1), pp. 138 y ss.).

<sup>411</sup> TERRADILLOS BASOCO, *Ibidem*. Según el autor, el proyecto de criminalización uruguayo “acarreo la crítica frontal de todas las organizaciones empresariales, prueba inequívoca del lado en que se encuentran los intereses afectados. Y para defender esos intereses, tan atendibles por otra parte, se ha diseñado un argumento que en lugar de refutar los contenidos de la ley, los disfraza y degrada” (*Ibidem*).

simbólico”,<sup>412</sup> en base a la escasa aplicación judicial, cuya tipificación no sería necesaria ante la existencia de los tipos penales de resultado que tutelan la vida y salud (lesiones y homicidio). Para descartar la necesidad de la configuración de este delito, también se alude a la autorresponsabilidad del trabajador (víctima), es decir, según esa concepción, el sistema penal no puede otorgar protección a quien no se protege a sí mismo, ello, teniendo en cuenta que en muchos accidentes laborales, se constata descuido por parte del trabajador.<sup>413</sup>

La respuesta a estos planteamientos requiere el análisis previo de ciertas cuestiones, que pueden clasificarse del siguiente modo:

Según el esquema expuesto por LASCURAÍN SÁNCHEZ, la intervención penal protectora de la seguridad en el trabajo se justifica por la *legitimidad del objeto de tutela* (por su conformidad con el sistema constitucional de valores), por su *necesidad* (por la insuficiente eficacia de los mecanismos no penales de protección y por el pronóstico positivo de eficacia que despierta la protección penal) y por la *posibilidad de que su forma se adecue a los principios esenciales de un Derecho penal democrático*.<sup>414</sup>

## IV.2 Legitimidad del objeto de protección

La intervención coactiva del Estado a través de una norma penal estará justificada, en primer lugar, cuando se dirija a la protección de un objeto que constituya “condición de convivencia en libertad”, que en cuanto tal, sea coherente con el sistema constitucional de valores.<sup>415</sup>

---

<sup>412</sup> El concepto “Derecho penal simbólico” se usa en sentido crítico cuando se quiere hacer referencia a que determinados agentes políticos tan sólo persiguen el objetivo de dar la “impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido”, es decir, que predomina una función latente sobre la manifiesta (SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 482 y referencias de nota 504; CANCIO MELIÁ, ¿”Derecho penal” del enemigo?, en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Bs As, 2005, p. 77. Ver también, DÍEZ RIPOLLÉS, “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *Actualidad Penal*, n°1, 2001, pp. 4 y ss. y sus referencias).

<sup>413</sup> Ver TERRADILLOS BASOCO, *RDP N° 22, 12/2014*, pp. 59 y ss.; MALET VÁZQUEZ, M., Accidentes laborales: análisis del delito previsto en la Ley N° 19.196, *RDP N° 22, 12/2014*, pp. 19 y ss.; SBROCCA COSIMINI, M., Reflexiones sobre el art. 1de la Ley N 19.196 que consagró la responsabilidad penal del empleador, *RDP N° 22, 12/2014*, pp. 45 y ss.; ALCALÉ SÁNCHEZ, *RDL, n° 254, 4/2014*, pp. 237 y ss.

<sup>414</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1994, p. 204. En igual sentido, HORTAL IBARRA ha dicho que para que un bien jurídico sea “merecedor” de protección penal, deben concurrir estas características: 1. dañosidad social de la conducta, 2. la existencia de un referente individual y 3. su consagración directa o indirecta en el texto constitucional (Legitimación y eficacia de la intervención penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir), *La política criminal en Europa*, Barcelona, 2004, p. 241).

<sup>415</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, p. 204.

En esta exégesis, únicamente pueden protegerse penalmente aquellos bienes jurídicos que constituyen un instrumento necesario para garantizar el libre desarrollo de todo individuo en la vida social. Por eso se ha expresado que con la tutela penal de la seguridad e higiene en el trabajo, se garantizaría el libre desarrollo de la personalidad en un ámbito de la vida social tan importante como la actividad laboral.<sup>416</sup>

Sin adentrarme aquí en la problemática de la delimitación del bien jurídico protegido,<sup>417</sup> considero importante adelantar que más que la “seguridad laboral” en tanto bien jurídico colectivo, lo que se pretende tutelar con el tipo penal aquí postulado, es la vida y salud del individuo, frente a los peligros graves a los que están expuestos en el específico ámbito de las relaciones de trabajo y que provienen básicamente de los incumplimientos de las medidas de seguridad laboral, por parte del empleador.<sup>418</sup>

La legitimidad de tal objeto de protección proviene de la jerarquía que en el sistema constitucional argentino se le ha otorgado, no sólo a los bienes jurídicos individuales vida y salud -de toda persona-, sino también a la seguridad (indemnidad) del trabajador, en el marco de su prestación laboral. Esa coherencia constitucional se desprende esencialmente de la adecuada interpretación del artículo 14 bis de la Constitución Nacional, en tanto establece que “el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: *condiciones dignas... de labor*”.<sup>419</sup>

Una visión amplia del mandato constitucional que consagra el principio protectorio y garantiza “condiciones dignas” de trabajo, debe incluir también el derecho a la salud y a la vida y para su desarrollo pleno, el “derecho a un proyecto de vida digno”.<sup>420</sup>

Los derechos a la vida y salud están en una relación jerárquica superior a los restantes derechos. El derecho a la vida ha sido catalogado por la CSJN como “primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva”.<sup>421</sup> Por su parte, el derecho a la salud es considerado entre los derechos implícitos del art. 33 de la CN<sup>422</sup> y en muchos de los Tratados Internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22

---

<sup>416</sup> HORTAL IBARRA, *La política criminal en Europa*, pp. 240/41.

<sup>417</sup> Ese tema será objeto de estudio en el capítulo III.

<sup>418</sup> En el capítulo III, al analizar el bien jurídico protegido del art. 316 CP español, se hará referencia a estos modos de agresión -y sus especiales características-, propios del ámbito de los riesgos laborales y su relación con la delimitación del objeto de protección y el objeto de acción de la norma citada.

<sup>419</sup> Ver lo expuesto en el punto I.2.

<sup>420</sup> SCHICK, *Riesgos del trabajo...*, p.188.

<sup>421</sup> FORMARO, *Riesgos del trabajo...*, p.51.

<sup>422</sup> Art 33 CN: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.



CN), entre ellos: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, arts. 4 y 5), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12, inc. C) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6, inc. 1). El objeto de tutela comprende el derecho a la integridad física, psíquica y moral.<sup>423</sup>

La relevancia de los bienes jurídicos analizados deriva no sólo de la Constitución Nacional, lo que ya supondría aval suficiente, sino que además es la lógica conclusión de un análisis sistemático interno al propio Código Penal. Si vida y salud son indudablemente valores de relevancia tal que siempre han sido objeto de tutela por el sistema penal, no puede negarse ese rango a los mismos bienes jurídicos cuando están considerados en el aspecto laboral, en su dimensión colectiva.<sup>424</sup>

Con esa lógica, la CSJN ha sostenido que el trabajador es sujeto de *preferente* tutela constitucional, “conclusión no sólo impuesta por el precepto del art. 14 bis, sino también por el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma de la Constitución Nacional en 1994.”<sup>425</sup>

La doctrina constitucional argentina ha entendido que el trabajo es una actividad humana en la que el hombre empeña y compromete su dignidad. El valor del trabajo proviene del valor del hombre que lo realiza, y no se trata de una mercancía, sino de conducta humana. En el trabajo se vuelca, en mérito a aquella dignidad personal, la vida, la salud, la energía, la subsistencia y la seguridad del hombre y debe tenderse a que sea fuente suficiente de recursos y de realización de la persona y a evitar que la prestación del mismo esclavice, denigre o enajene al hombre.<sup>426</sup>

Estas valoraciones se relacionan con el concepto de “trabajo decente”, que presenta una relación inescindible con uno de los derechos humanos más destacados como es la dignidad humana y a cuya reivindicación se ha comprometido el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, mediante el Convenio firmado con la OIT, en 2007. El concepto político de “trabajo decente” refuerza esta idea de

---

<sup>423</sup> FORMARO, *Riesgos del trabajo...*, p.52.

<sup>424</sup> TERRADILLOS BASOCO, Respuesta penal frente a la siniestralidad laboral, en Tutela penal de la seguridad en el trabajo, *Cuadernos penales José María Lidón*, Núm. 3, Bilbao, 2006, p. 18.

<sup>425</sup> CSJN-Fallos, 327:3677, citado por FORMARO (*Riesgos del trabajo...*, p. 54).

<sup>426</sup> BIDART CAMPOS, *Tratado elemental...*, pp. 476 y ss. Ello se hace asequible a través de tres medios principales: 1 la sanción de normas que protejan integralmente al hombre que trabaja, 2 haciendo posible la organización de asociaciones sindicales, cooperativas, etc., que cumplan funciones de defensa de intereses comunes de los trabajadores, vínculo de conexión con los empleadores, ayuda directa al trabajador, ampliando las prestaciones patronales y estatales, y 3 haciendo efectivos todos los derechos que emergen del trabajo mediante el desarrollo económico, a fin de que las posibilidades económicas de la sociedad permitan realmente el goce concreto de tales derechos (BIDART CAMPOS, *ibídem*).

la dignidad de la persona trabajadora, ya que identifica a ésta con el sujeto social de atribución de un conjunto de derechos y deberes, a través de los cuales se verifica la dignidad de la persona y la condición de ciudadano. Un ejemplo de esta doble vertiente de la dignidad humana, se expresa nítidamente en la situación actual de escasa participación política y sindical como consecuencia de una precariedad social que encuentra su principal causa, en las condiciones materiales en las que la persona presta trabajo. La definición de “trabajo decente”, introducida por primera vez en la Memoria del Director General a la Conferencia Internacional del Trabajo de 1999, contiene una serie de criterios fundantes que deben servir de guía para la construcción normativa del trabajo por cuenta ajena. A saber, trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son protegidos y que cuenta con una remuneración adecuada y protección social. De tal modo, que el trabajo decente se presenta como un “estándar mínimo” que debe reunir cualquier empleo, donde resultan esenciales tanto la cantidad como la calidad del mismo.<sup>427</sup>

### **IV.3 Contenido y alcance de las “condiciones dignas de labor”**

De lo expuesto en el punto anterior puede concluirse que las “condiciones dignas de labor”, en los términos del art. 14 bis, delimitan el contexto -“relaciones laborales”- en el que la vida y la salud del individuo requieren una protección “intensificada”. Pero, ¿en qué se traduce esa exigencia de tutela? O en otros términos; ¿qué clase de protección demanda la concreción de esa garantía constitucional? En marco del sistema normativo vigente, ¿puede considerarse cumplido ese mandato protectorio? Las respuestas a estos interrogantes, se relacionan con la necesaria determinación del carácter *operativo* o *programático* de dicha norma.

En efecto, la discusión sobre la naturaleza de los derechos enunciados en el art. 14 bis CN -operativa o programática-, junto a otras razones extrínsecas -principalmente de índole económica-, contribuyó a diluir algunos de esos derechos, entre ellos la tutela de las “condiciones dignas de labor”. Sus disposiciones están expresadas en un lenguaje muy general, en consecuencia la ley laboral les ha dado alcance y contenido, más o menos extenso según la época.<sup>428</sup>

En este panorama, corresponde señalar que no todos los derechos y garantías reconocidos en la CN tienen el mismo vigor; algunos pueden ser aplicados directa e inmediatamente con la sola invocación de la norma, otros en cambio no admiten su aplicación *per se*. Esta cuestión depende en gran medida de la formulación del precepto, esto es, si la redacción está concebida de forma que sea directamente aplicable o ejecutable o, por el contrario, requiere de la sanción de otra norma inferior para ser llevada a cabo su prescripción.

---

<sup>427</sup> TRILLO PARRAGA, F., Derecho a un trabajo decente y la dignidad de los nadie, en RAMÍREZ (coord.), *Derecho del Trabajo*, Bs. As., 2011, pp. 69/71.

<sup>428</sup> GELLI, *Constitución....*, pp. 116 y ss.

Un sector doctrinal entiende que los derechos contenidos en el 14 bis son programáticos y en consecuencia no aplicables de forma inmediata, sino que requieren de una norma que los reglamente, aun cuando toda norma programática tiene un marco de operatividad que no puede dejar de ser mandado a cumplir por los jueces. Esa ha sido la postura adoptada por la CSJN. Otra corriente sostiene que la norma es de carácter mixto, por contener disposiciones de uno y otro tipo. Finalmente, algunos autores creen que todo precepto constitucional es en principio operativo, pues no es admisible que en la “norma fundamental” haya artículos carentes de sentido o inaplicables, aunque se reconocen diferentes matices: operatividad fuerte o débil, dependiendo de circunstancias políticas y de la tendencia jurisprudencial que en consecuencia se imponga.<sup>429</sup>

En mi opinión, el art. 14 bis y en particular la prescripción sobre las “condiciones dignas de labor”, es una norma *programática*, no sólo por lo genérico de su formulación, sino principalmente porque, a diferencia de otras normas que se reducen a obligar al poder a abstenerse de intervenir, a fin de garantizar el goce de un derecho individual (operativa *per se*), esta norma exige al Estado algo diferente que la inacción frente a una situación determinada. En efecto, el precepto analizado requiere para su concreción una acción positiva: la implementación de cierto programa o política, que implica una conducta estatal activa, en principio, legislativa.<sup>430</sup>

Con esta lógica, la garantía constitucional de “las condiciones dignas de labor”, configura un mandato que si bien obliga a los tres poderes del Estado (cada uno, según su área), principalmente se dirige al legislador.<sup>431</sup> Ello por cuanto, por el modo y

---

<sup>429</sup> FAYT, *Evolución...*, pp.137/38. En opinión de un sector de la doctrina laboralista, el art 14 bis contiene una cláusula operativa tendiente a garantizar las condiciones dignas y equitativas de labor, de tal manera que el empleador se encuentra obligado a cumplir con el mandato constitucional, obligación que surge del deber de previsión del empleador y que abarca el conjunto de medidas que este debe adoptar con relación a las condiciones particulares de la tarea o función para evitar que el trabajador sufra daños en su persona y se afecte su dignidad, extremando su diligencia en el ejercicio del poder de dirección. Para los laboristas, la fuente de este deber de previsión del empleador está en el art. 75 de la Ley de Contrato de Trabajo, que a su vez se vincula con los arts. 62 y 63 de esa ley y el art 1198 del Código Civil, en el sentido de que debe adoptar las medidas de seguridad correspondientes, para no perjudicar al trabajador (FAYT, *Ibidem*).

<sup>430</sup> FAYT, *Evolución...*, pp.139/40. Estas condiciones, una vez reglamentadas por el legislador, generan el derecho subjetivo para el trabajador y la consecuente obligación del empleador de cumplir las exigencias legales. Por otra parte, el Estado, en su carácter de instrumento coordinador para la concreción de la libertad y dignidad del ser humano, tiene el deber de controlar y velar por el cumplimiento de las normas regulatorias de las condiciones de trabajo. Como las “condiciones dignas” de labor varían en su contenido a tenor del dinamismo de la idea social dominante en la comunidad, ellas deben ser apreciadas en función de la realidad social y no de parámetros ideales aunque utópicos, en un lugar y momentos determinados (BADENI, *Tratado...*, p.446).

<sup>431</sup> El que una norma esté formulada de modo programático, implica que, en principio, no será posible que un sujeto invoque el derecho derivado de dicha norma exitosamente en el marco de un proceso judicial. Pero de ninguna manera se sigue que ella no sea obligatoria. En efecto, el o los órganos estatales

amplitud con el que el precepto ha sido expresado, *requiere necesariamente una reglamentación específica y concreta, protectoria de los intereses fundamentales de quien ocupa la posición débil en la relación laboral: el trabajador.*

Haciendo una interpretación del art. 14 bis, ligada a las normas surgidas de la reforma constitucional de 1994 (art. 75, incisos 19 y 23 de la CN), con sus parámetros de justicia social, desarrollo humano, igualdad de oportunidades, y trato, etc., más lo que surge del sistema axiológico -también ampliado-, se concluye que: el trabajo *debe ser tutelado*, que esa tutela surge directamente de la Constitución, pero debe depararla la ley, y esa ley debe necesariamente asegurar *todo* lo que el artículo enumera<sup>432</sup>.

Por la forma gramatical que tiene el precepto, el legislador tiene el deber inmediato de legislar. Que el trabajo “gozará” de la protección legal y que las leyes asegurarán condiciones dignas, denota una *imperatividad insoslayable*. No hay opción para que el Congreso legisle o no legisle, ni para que legisle luego: debe legislar ahora. Esto significa que la demora u omisión en legislar es inconstitucional: hay inconstitucionalidad por omisión.<sup>433</sup>

Bajo tales pautas, puede decirse también que se trata de un mandato “dinámico” para el legislador, quien debe velar por el cumplimiento del objetivo constitucional, mediante *todos los recursos legislativos* -Derecho laboral, administrativo, penal-, *según las necesidades de cada momento histórico*. Es decir, que ante el fracaso de alguno de estos medios, no debe permanecer inactivo, sino implementar una nueva política legislativa que resulte *efectiva* para garantizar que el trabajador desarrolle su actividad laboral en condiciones dignas, en los términos el art. 14 bis.

Si llevamos este razonamiento a la situación actual, teniendo en cuenta los índices de siniestralidad laboral, está claro que el cumplimiento del mandato constitucional requiere introducir un nuevo recurso legislativo para lograr la tutela *intensificada* del trabajador (ausente en el sistema normativo vigente) y ese recurso implica la

---

pertinentes, deberán sancionar las normas en cuestión. Tienen la obligación de hacerlo. En este esquema, puede decirse que algunas normas otorgan derechos y otras establecen el “derecho a tener derechos”. En el primer caso, el órgano estatal destinatario por excelencia de dichas normas, es el Poder Judicial. En el segundo caso, los reclamos y reivindicaciones basados en aquellas normas deben resolverse en la arena política, aun cuando ello no excluya terminantemente la posibilidad de que los jueces se valgan de las mismas a la hora de resolver casos (SOLA, *Tratado...*, p.316).

<sup>432</sup>De aquí surge que la competencia le incumbe al Congreso con ejercicio obligatorio y que estamos ante lo que cabe denominar “zona de reserva de la ley”, por lo que el Poder Ejecutivo no puede asumirla ni interferirla, salvo en su potestad reglamentaria (BIDART CAMPOS, *Tratado elemental...*, pp. 476 y ss.).

<sup>433</sup>Desde 1957 hasta la actualidad esa inconstitucionalidad se ha consumado en todos los aspectos del art. 14 bis, sobre los cuales la falta de ley razonable o la vigencia de ley inconstitucional, frustra, bloquea o aminora el goce de los derechos en él enumerados (BIDART CAMPOS, *Tratado elemental...*, pp. 476 y ss.).

intervención del Derecho penal.<sup>434</sup> Esto es, el legislador, para acatar ese mandato constitucional dinámico e imperativo, en tanto cláusula programática, debe brindar la protección penal a los bienes jurídicos vida y salud expuestos a los riesgos no permitidos en el ámbito laboral, para asegurar las condiciones dignas de trabajo.

En cuanto al contenido de las “condiciones dignas de labor”, la CSJN ha entendido que implican trabajo seguro, respetuoso del derecho fundamental de la persona a la salud y seguridad del empleo y este concepto opera tanto en el campo de la reparación a los trabajadores dañados por infortunios, como en el de la *prevención* de daños.<sup>435</sup> En esta interpretación, el objetivo de prevenir los resultados lesivos, se logra mediante una efectiva política legislativa de riesgos laborales, lo que incluye tanto leyes administrativas de seguridad e higiene laboral, como la sanción penal de su infracción cuando genere un peligro grave para los bienes fundamentales vida y salud del trabajador. En este sentido, nótese que el art. 14 bis utiliza el término “condiciones” de labor, lo que se condice con una intervención penal *adelantada a la lesión* de esos bienes jurídicos, mediante un delito de peligro que sancione la omisión de brindar *condiciones seguras de trabajo*. Creo que de ese modo se lograría la protección intensificada requerida por la CN.

En esta exégesis, las “condiciones dignas” se satisfacen mediante la comodidad, higiene y decoro del lugar donde el trabajo se presta y mediante la debida atención de las situaciones personales del trabajador -como la edad, capacidad disminuida, etc.-. En suma, las condiciones dignas de trabajo apuntan a un aspecto material u objetivo -lugar o modo del trabajo- y a otro personal o subjetivo -situación personal del trabajador-.<sup>436</sup>

La legislación que concrete esta garantía debe tener en cuenta el tipo de trabajo de que se trate, y debe referirse tanto al *ámbito* en el que el trabajador desempeña su labor como a las *condiciones de salubridad y seguridad* en la tarea, para prevenir el daño

---

<sup>434</sup> Esta situación ha sido referida en una nota periodística, por el Secretario General de la Federación de Trabajadores Aceiteros, Daniel Yofra, quien señaló que “La Ley de Riesgos de Trabajo no cumple con el mandato constitucional de garantizar las condiciones dignas y equitativas de labor y la salud de los trabajadores, sino que únicamente garantiza la rentabilidad empresarial y el negocio financiero de las ART. Una vez más, la culpa de los accidentes de trabajo recae sobre la irresponsabilidad empresarial y su evidente desprecio por nuestra integridad psicofísica. Lo repetiremos hasta que nos escuchen: la única forma de proteger la vida de los trabajadores es la prevención, de nada nos sirve la reparación posterior. Si es evitable, no es accidente”, (*Página 12*, del 25/2/17, Sección Economía, “Si es evitable, no es accidente”).

<sup>435</sup> *CSJN-Fallos*, 333:1361, citado por FORMARO, *Riesgos del trabajo...*, p. 55.

<sup>436</sup> BIDART CAMPOS, *Tratado elemental...*, pp. 476 y ss.

profesional.<sup>437</sup> El diseño del tipo penal que aquí se propugna debe respetar estas pautas constitucionales.

De todo lo desarrollado cabe concluir que, los bienes jurídicos puestos en juego distan mucho de ser “creaciones artificiales del legislador”, como sostiene el sector doctrinal que rechaza la intervención penal, sino valores fundamentales, como lo son la vida y salud de la persona, en el ámbito del trabajo. La garantía de las “condiciones dignas de labor”, y por ende, de la seguridad laboral, hace inevitable el recurso al sistema punitivo, lo que no significa renunciar a la prevención en favor de la represión. Antes bien, comporta la integración del subsistema preventivo-penal en un marco preventivo más amplio.<sup>438</sup> De este modo, no estamos ante la expansión del Derecho penal con una disposición que olvide el bien jurídico, por el contrario, con estricta observancia del mismo, se busca que a través de las características particulares del marco laboral, se logre la eficacia preventiva que la CN ordena y hoy no se tiene.<sup>439</sup>

#### **IV.4 Los arts. 14 y 19 de la Constitución Nacional**

Por último, el mandato protectorio de la indemnidad del trabajador contenido en el art. 14 bis, debe interpretarse también, conjuntamente con los arts. 14 y 19 de la CN.

El art. 14 CN reconoce a todos los habitantes el derecho a ejercer toda industria lícita:

Art. 14: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y *ejercer toda industria lícita*; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.”

Por su parte, el art. 19 CN establece en su primer párrafo que:

Art. 19: “Las acciones privadas de los hombres que *de ningún modo afectan a terceros* o al bien común, quedan exentas del poder de los magistrados y sólo reservadas a Dios”

La combinación de ambos preceptos se traduce en que el empresario puede ejercer su derecho de desarrollar una explotación industrial, pero bajo ciertos parámetros. “En términos penales, toda actividad empresaria -lícita *per se*- tiene su anclaje constitucional en el derecho de agruparse para ejercer la industria. Ahora bien, ésta debe desenvolverse dentro de estándares que no lesionen ni afecten la organización de los otros sujetos,

---

<sup>437</sup> GELLI, *Constitución...*, pp. 116 y ss. Los convenios colectivos de trabajo establecen normas referidas a esta cuestión, cuyo cumplimiento debe ser controlado por el Estado (*Ibidem*).

<sup>438</sup> TERRADILLOS BASOCO, *La siniestralidad penal como delito*, Albacete, 2006, pp. 13, 31 y 32.

<sup>439</sup> MALET VÁZQUEZ, *RDP N° 22, 12/2014*, p. 23.

dentro de un marco general de riesgos vitales que son comunes a toda sociedad moderna”.<sup>440</sup>

En efecto, la afectación de esferas organizativas ajenas no se encuentra amparada por el ordenamiento jurídico, ni frente a ella puede oponerse una “libertad de organización de la propia zona de competencia”. Por el contrario, la libertad de autoorganizarse tiene como correlato el respeto de los intereses jurídicos de terceros. La actividad empresarial, en tanto manifestación del derecho de ejercer industria lícita, no puede escapar a este enfoque porque el empresario cuenta -como organizador de actividades trascendentes para la sociedad-, con un estatus especial que no sólo lo obliga a no lesionar intereses de terceros sino también a velar por sus condiciones de existencia, en el caso de sus trabajadores.<sup>441</sup>

Desde esta perspectiva, la actividad empresarial es un “riesgo permitido condicionado.” Existe una amplia esfera de libertad permitida que tiene como límite las prescripciones del Derecho Penal que interviene ante ataques graves a bienes jurídicos esenciales. El constituyente ha acordado mediante el art. 19, un piso mínimo de intervención del Derecho Penal, por debajo del cual todo comportamiento permanece dentro del riesgo social permitido.<sup>442</sup> Este párrafo del art. 19 consagra el más importante de los límites materiales que impone la CN a la injerencia activa del Estado. Esta opción constitucional se traduce en el Derecho penal, en el principio de lesividad, según el cual no se justifica una intervención punitiva cuando no media la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo.<sup>443</sup>

#### **IV.5 Necesidad de la protección penal**

La intervención penal se justifica no sólo por las características del objeto de protección (vida y salud del trabajador), sino también por su necesidad para la salvaguardia e integridad de dicho objeto. El ser humano es la base material de todo el sistema jurídico estatal y mientras se adviertan concretas necesidades de protección social, el Derecho punitivo estará legitimado a intervenir, siempre y cuando estos riesgos no puedan ser

---

<sup>440</sup> RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, *Riesgo penal...*, pp. 40/41.

<sup>441</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>442</sup> *Ibidem*

<sup>443</sup> ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal-Parte General*, Bs. As., 2000, pp.120/21. Sebastián SOLER ha destacado que las disposiciones penales son exhaustivas, un Código Penal es una mera yuxtaposición de incriminaciones cerradas, incomunicadas, entre las cuales no hay más relaciones que las establecidas por las mismas disposiciones. La zona entre una y otra incriminación es zona de libertad (art. 19 CN) y las acciones que en ella caigan son acciones penalmente irrelevantes (*Derecho Penal Argentino*, Bs. As., 1992, tomo I, p. 172).

contenidos y prevenidos con una menor violencia estatal.<sup>444</sup> En este sentido, el requisito de “necesidad” se puede formular en dos postulados: que el objeto sea efectivamente protegible por la norma (funcionalidad) y que además no sea protegible por medios de menor intensidad coactiva (*ultima ratio*).<sup>445</sup>

Con esa lógica, debe analizarse hasta qué punto resulta más eficaz la protección penal respecto del conjunto de mecanismos extrapenales de la normativa de seguridad e higiene en el trabajo. Esos mecanismos podrían clasificarse del siguiente modo: a. rescisión del contrato por parte del trabajador, b. responsabilidad civil-laboral por los daños irrogados y c. sanciones administrativo-laborales previstas en la normativa de riesgos laborales.<sup>446</sup>

Con relación al primero de los mecanismos, una solución menos drástica que la rescisión del contrato de trabajo, es contemplada por el segundo párrafo del art. 75 LCT, en tanto dispone que el trabajador podrá rehusar la prestación de trabajo, sin que ello le ocasione pérdida o disminución de la remuneración, si el mismo le fuera exigido en transgresión a las condiciones de seguridad, siempre que exista peligro inminente de daño. Sin embargo, tanto esta medida como la rescisión del contrato, son ineficaces teniendo en cuenta la situación de dependencia del trabajador y su subordinación frente al empresario, que seguramente lo conducirá a asumir un rol pasivo ante el incumplimiento del deber de prevención por parte de éste, para no poner en riesgo su fuente de sustento.

En cuanto a la responsabilidad civil-laboral por daños, no garantiza una tutela eficaz porque cumple una función más reparadora que preventiva. Además, la necesidad de recibir indemnización por parte del trabajador, lo llevaría a negociar con el empresario, que a la larga implicará cambiar seguridad por un aporte económico.

Finalmente, queda la sanción administrativo-laboral, esencialmente constituida por la multa administrativa.

En el panorama que se viene describiendo, el sistema normativo extrapenal de prevención de riesgos laborales, no ha resultado eficiente en Argentina.<sup>447</sup> En efecto, el diagnóstico sobre la eficiencia de la prevención de los riesgos en el trabajo, sólo puede evaluarse a través de la relación del índice de siniestralidad con el funcionamiento del

---

<sup>444</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, A., La política criminal en la sociedad de riesgo, en *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal, Libro homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez*, Lima, 2007, pp. 681 y ss. Ver también, MIR PUIG, *Derecho Penal-Parte General*, Barcelona, 2015, pp. 127/30.

<sup>445</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, pp. 204/5.

<sup>446</sup> HORTAL IBARRA, en *La política criminal en Europa*, p. 247.

<sup>447</sup> Ver lo expuesto en el capítulo I.



sistema. Esta comparación permite comprobar en Argentina un grado importante de insuficiencia preventiva, “a pesar de las pomposas y numerosas enunciaciones de obligaciones de prevención que las ART y los empleadores deben cumplir”.<sup>448</sup>

Amén de los problemas de aplicación de las sanciones administrativas, por lo engorroso del trámite -según se señaló al analizar la normativa extrapenal-, creo que la razón principal del fracaso, es el *pertinaz incumplimiento* por parte de los empresarios argentinos, de la norma de prevención.<sup>449</sup> Y ese incumplimiento de las medidas de seguridad, procede en gran parte de una comprensión de la relación laboral que margina la importancia de la seguridad del trabajador en beneficio de otros aspectos como la calidad y el precio del producto y sobre todo, el ritmo de producción.<sup>450</sup> Es decir, el empresario argentino infractor, no considera a la seguridad de los trabajadores como una inversión que reporta beneficios, sino que la concibe exclusivamente como un gasto cuya cuantía se intenta reducir.<sup>451</sup>

---

<sup>448</sup> SCHICK, *Riesgos del trabajo*...,p.47. Margarita Alcaraz, especialista en Seguridad e Higiene de la Aseguradora Asociart, expresó en una nota periodística que “Nosotros tenemos más de 1500 empresas asociadas a la ART, yo estoy a cargo del departamento de prevención, y las cifras son terroríficas, hay accidentes en todos los rubros... El empleador muchas veces minimiza los riesgos, a veces por cinco minutos no se arma un andamio y en ese lapso ocurre el accidente” (Empresarios deben invertir más en Seguridad laboral, *Misiones Online* del 23/7/06, disponible en misionesonline.net).

<sup>449</sup> LÓPEZ PALOMERO, *Derecho penal*...,p.27. “Es suficientemente reconocida la falta de cumplimiento de la ley 19.587 y su decreto reglamentario” (SCHICK, *Riesgos del trabajo*, p. 631). En ese sentido se ha expresado que “La accidentalidad en el ámbito laboral sigue siendo un tema de preocupación para los organismos oficiales. Los especialistas aseguran que todavía resulta difícil lograr que algunos empresarios tomen conciencia de los riesgos y acaten en su totalidad las normas de seguridad. El verdadero desafío radica en hacer un cambio de paradigma y modificar el concepto de la seguridad vista como un gasto, para pensarla como una inversión” (La pérdida de productividad por accidentes de trabajo, nota periodística publicada en *El Cronista*, 2/10/06).

<sup>450</sup> Se habla en este sentido del “círculo del desprecio por la vida del trabajador y de la maximización ilimitada de la rentabilidad” (La industria de la muerte, por Matías Cremonte, Presidente de la Asociación de Abogados Laboralistas (AAL), nota publicada en *El Cronista* el 11/10/16).

<sup>451</sup> Sobre el punto, TERRADILLOS BASOCO ha señalado que se detecta cierta subestimación de los valores vida y salud cuando sus titulares son los trabajadores, en cuanto tal colectivo, lo que sólo puede ser interpretado en el sentido de que se trata de bienes jurídicos de valor condicionado a las exigencias de la producción (“Costes sociales de la delincuencia económica”, en *Estudios sobre Derecho penal de la empresa*, Bs. As, 2009, p. 74). Más allá del ámbito empresarial, corresponde a los poderes públicos asumir estrategias premiales, a través por ejemplo, de subvenciones o de incentivos fiscales, que consigan 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 presión a favor de las prácticas preventivas (el mismo autor, en *RDP N° 22, 12/2014*, pp. 63/64). En este sentido se ha dicho que “en el marco de la legislación vigente en materia de prevención de riesgos laborales el trabajador se encuentra en una especial situación de vulnerabilidad, ya que si bien contamos con normas de higiene y seguridad (Ley N°19.587 y su reglamentación), el empleador no las adopta, ya sea por falta de incentivos o porque su única preocupación es pagar las contribuciones a su aseguradora siendo ésta la que, en definitiva, abona las prestaciones. Además no existe un adecuado sistema de control y fiscalización por parte de la autoridad competente ante los incumplimientos de las referidas normas, ni sanciones efectivas para compeler a su cumplimiento. *La realidad demostró que la mayoría de los empleadores no invierte en higiene y seguridad en sus establecimientos, ni en la capacitación de sus trabajadores* (PALACIO, A., WAGNER,

Esta situación ha sido claramente puesta de manifiesto por PAJONI, quien destaca la idiosincrasia del empresario argentino. Señala este autor que, por ejemplo, en el período 2002-2006 (luego de la gran crisis del 2001), la producción total del país creció más del 45%, mientras que en el mismo tiempo la cantidad de accidentes notificados aumentó un 84%. Por otra parte, en esos años la productividad del trabajo creció un 20%. Este último dato explica que el crecimiento de la siniestralidad casi duplique al crecimiento del producto bruto. Ello porque, en un país donde históricamente las clases propietarias no han mostrado vocación inversora, suele decirse que *están “siempre líquidas”, es decir, preparadas para fugar fondos del país; la mayor productividad no se logra por mejoras y ampliación de la capacidad instalada, por nuevas tecnologías o mejoramiento en los procesos, sino, lisa y llanamente, por un mayor grado de intensidad en el trabajo*. Pero las estadísticas hablan sólo de las consecuencias y no de las causas. Y éstas, no son otras que la *voracidad empresarial por la búsqueda de mayor productividad* y, por lo tanto, de mayores ganancias en el corto plazo. La mayor intensidad del trabajo es resultante de la combinación de la extensión de la jornada y el incremento de los ritmos de trabajo. Estas dos variables conforman la ecuación: incremento de la productividad y su contrapartida, la mayor siniestralidad laboral.<sup>452</sup> También se ha hecho referencia a este comportamiento empresario como un “flagelo” que embiste a los trabajadores argentinos, que pone en riesgo su vida y su salud, cuando el lucro se antepone a la necesidad moral y jurídica de garantizar la salud y la seguridad de éstos.<sup>453</sup>

En el contexto socioeconómico argentino actual, donde el afán de mayores ganancias y la precariedad en el empleo generan muchas contrataciones “en negro”, a menudo de trabajadores extranjeros, esa concepción *culturalmente* distorsionada de la seguridad del trabajador, se ve potenciada.<sup>454</sup> En efecto, en una economía crudamente competitiva, cuesta advertir la conveniencia de invertir en seguridad, y es muy fuerte la tentación de reducir los costes a corto plazo, sobre todo en el marco de una sociedad como la argentina, donde no existe la cultura de la prevención.<sup>455</sup>

Sin embargo, es necesario superar la falacia que comporta identificar estrategias de lucha contra la siniestralidad laboral, con incremento de costes empresariales. El respeto a la norma de seguridad no es la opción menos competitiva. Por el contrario, la falta de

---

G. y ZUCCHINI, M., *Salud laboral y prevención de riesgos del trabajo*, monografía presentada en el marco del Seminario Sobre Aportaciones Teóricas y Técnicas Recientes, Universidad Nacional de La Pampa, La Pampa, 2011, pp. 32 y 37, disponible en [www.biblioteca.unlpam.edu.ar](http://www.biblioteca.unlpam.edu.ar).

<sup>452</sup> Los accidentes de trabajo y la perversión de una ley increíblemente vigente. Las acciones judiciales y el día después del trabajador accidentado, en *El derecho del trabajo en la constitución nacional*, Bs As, 2007, pp. 180/81.

<sup>453</sup> ANTACLI, G., La prevención de los riesgos y la seguridad en el trabajo: un desafío para la responsabilidad social empresaria, publicado en 12/2008, [www.saij.jus.gov.ar](http://www.saij.jus.gov.ar).

<sup>454</sup> Ver lo desarrollado sobre el tema en el capítulo I.

<sup>455</sup> En igual sentido, aludiendo a la situación de Uruguay, MALET VÁZQUEZ, *RDP N° 22, 12/2014*, p. 25.

seguridad en el trabajo, se traduce en lo económico, en reducción considerable de la capacidad productiva.<sup>456</sup>

Para lograr este cambio cultural es necesario echar mano de múltiples recursos, como un control administrativo más eficiente, que conlleva una reforma profunda del sistema administrativo-laboral argentino, así como la promoción de educación en materia de seguridad en el trabajo<sup>457</sup>, que sin duda con el tiempo dará resultado, *pero que no son necesariamente excluyentes de la respuesta penal.*<sup>458</sup> De este modo, sostener que es

---

<sup>456</sup> TERRADILLOS BASOCO, *RDP N° 22, 12/2014*, p. 63. Según estudios de la Organización Mundial de la Salud, invertir en la recuperación de un trabajador es menos rentable para una empresa que gestionar un plan de protección y prevención de riesgos. El problema es que no muchas compañías están dispuestas a destinar dinero para que esto ocurra. Considerando que uno de los activos más importantes de una organización es su capital humano, se hace necesario, entonces, tomar medidas que velen por el bienestar de los empleados, a fin de resguardar no sólo la integridad física y psicológica de éstos, sino también la rentabilidad de la empresa. Promover un buen ambiente de trabajo, también será fundamental para la calidad y productividad empresarial, afirma Diego Cardona, decano de la Universidad del Norte de Colombia: “El clima laboral de una organización está intrínsecamente relacionado con el bienestar del trabajador y por lo tanto, invertir en salud es invertir en el bienestar. No se debe tratar como un gasto, debe tratarse como una inversión” (La importancia de invertir en la salud de los empleados, por Bárbara Guerrero, nota publicada el 29/01/10, en [mba.americaeconomia.com](http://mba.americaeconomia.com)).

<sup>457</sup> El Convenio N° 155 de la OIT, 1981, sobre seguridad y salud de los trabajadores (recientemente ratificado por la Argentina) y la Recomendación N° 164 que le acompaña, destacan la importancia de la participación tripartita (empleadores, trabajadores y Estado) en la aplicación de las medidas de seguridad y salud en el trabajo. Podemos distinguir dos tipos de instancias de participación y diálogo social en materia de seguridad y salud: A nivel de empresa, la participación de los trabajadores se ejerce mediante la figura de los Delegados de Prevención y de los Comités Mixtos de Salud y Seguridad en el Trabajo, en los que se produce una interacción entre el saber de los técnicos y profesionales en prevención y el de los trabajadores. Los comités tienen una composición paritaria en la que confluyen de manera igualitaria trabajadores y empleadores, y que se constituyen en espacios bipartitos de participación en relación a los temas de salud y seguridad en las empresas. Dichos comités se ocupan de controlar las condiciones de trabajo y el cumplimiento de las normas y acciones de prevención de riesgos laborales, con el objetivo de promover y proteger la vida y la salud de los trabajadores. El empleador elige sus propios representantes mientras que los de los trabajadores son elegidos por la propia representación legal de éstos en la empresa o directamente por ellos. Los representantes de los trabajadores en dichos comités han de contar con determinados derechos y garantías de representación, debiendo ser protegidos legalmente contra toda medida disciplinaria resultante de acciones emprendidas justificadamente por ellos (art. 5 del Convenio núm. 155 y art. 12.2 d) de la Recomendación N° 164 de la OIT) (BARBA, FERNÁNDEZ, MORALES, RODRÍGUEZ NARDELLI, MANZOTTI, BUENO y GIORDANO, *Salud y Seguridad en el trabajo, aportes para una cultura de la prevención*, 2014, p. 19, publicado en [www.ilo.org](http://www.ilo.org)).

<sup>458</sup> Una parte medular de las buenas prácticas laborales es incorporar una “cultura de la prevención” como parte integral de la gestión de la empresa. En la práctica, dicha cultura se refleja en los sistemas de gestión de los riesgos del trabajo, en la organización del personal, en el principio de participación, en las políticas de capacitación y en la calidad de la gestión de la empresa. La difusión de información y formación adecuadas sobre los peligros y riesgos a los que están expuestos en los lugares de trabajo y la participación de los trabajadores en las medidas de prevención, contribuyen a un mejor cuidado del medioambiente y de la salud de los trabajadores, al establecimiento de procedimientos seguros, al cumplimiento de la legislación y de la política nacional y a nivel de la empresa sobre seguridad y salud en el trabajo, y son por lo tanto, elementos esenciales para implementar buenas prácticas laborales en este ámbito (PALACIO, A., WAGNER, G. y ZUCCHINI, M., *Salud laboral...*, pp. 58/59). Una de las herramientas centrales para mejorar en forma continua las condiciones de salud y seguridad en el trabajo es el desarrollo y la consolidación de una cultura de la prevención. El concepto “cultura nacional de prevención en materia de seguridad y salud” desarrollado en el Convenio N° 187 de la OIT sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo (2006), se refiere a una cultura en la que el derecho a un medio ambiente de trabajo seguro y saludable se respeta en todos los niveles, y en la que el gobierno,

“preferible” cambiar conductas y actitudes de empleadores y empleados, por estos medios, no es una respuesta satisfactoria al problema actual de los accidentes laborales, sobre todo cuando *tarda tanto en llegar*.<sup>459</sup> Considero que la tasa de siniestralidad en Argentina es elevada, *a pesar de los controles administrativos* y debemos decidir hasta dónde toleramos esta situación sin el refuerzo de la perspectiva penal.<sup>460</sup>

En este sentido se ha señalado que ante la sanción administrativa ineficaz caben dos caminos: aumentar la certeza y persecución de la sanción o incrementar ésta. Lo más adecuado sería lo primero, pues sin tener que acudir al Derecho penal, se conseguiría una mayor prevención de las infracciones. El problema es que esta respuesta es un *recorrido largo* porque conlleva no sólo una profunda modificación de la norma de prevención, sino de todo el sistema, inspecciones, procedimientos administrativos, etc. Y además ha de enfrentarse con problemas donde se entremezclan cuestiones políticas y económicas; la eficacia del sistema se ve condicionada por la influencia de los *lobbies* de grandes empresas y grupo políticos que hacen presión sobre la Administración. Si partimos de que no es posible a corto plazo el aumento de persecución de la infracción, la opción entonces es incrementar la sanción, recurriendo al Derecho penal. La intervención del Derecho penal representa además, la ventaja de que por esa vía se introduce un tercero, el juez o fiscal, esto es, un control externo, no implicado en el juego de intereses que puede darse por ejemplo, respecto de grandes empresas inversionistas. El Derecho penal aporta así su mayor neutralidad frente a la política, así como la imparcialidad propia de lo jurisdiccional.<sup>461</sup>

Ante el escenario descrito, creo que el Derecho penal se presenta como una herramienta adecuada de prevención de siniestros laborales, en tanto configura un elemento de motivación para que los empresarios argentinos cumplan con las normas de seguridad, lo que no descarta una necesaria -y profunda- reforma administrativo-laboral. En mi opinión, en el caso de Argentina se pone de manifiesto de modo claro, la escasa eficacia preventiva que han demostrado en este ámbito las sanciones meramente pecuniarias. Ello por cuanto, en el contexto de los delitos socio-económicos, el Derecho

---

los empleadores y los trabajadores participan activamente en iniciativas destinadas a asegurar estas condiciones mediante un sistema de derechos, responsabilidades y deberes bien definidos, y en la que se concede la máxima prioridad al principio de prevención. En definitiva, la cultura de la prevención supone el compromiso de la sociedad, de las organizaciones y de los individuos con la salud y la seguridad, lo que se manifiesta en un conjunto de valores, actitudes, percepciones, conocimientos y prácticas de orden individual y colectivo. Instalar esta cultura preventiva en las empresas requiere del conocimiento y de la participación de todos los actores involucrados, directa o indirectamente, en el proceso de trabajo. En efecto, es importante informarse respecto de los riesgos a los que se está expuesto individual o colectivamente en una situación de trabajo; comprometerse con las acciones de prevención, y participar en la identificación de los riesgos mediante la reflexión sobre las propias acciones y las medidas que es posible tomar. Podría decirse que los pilares de una cultura de la prevención son la información, el compromiso y la participación (BARBA, FERNÁNDEZ, MORALES, RODRÍGUEZ NARDELLI, MANZOTTI, BUENO y GIORDANO, *Salud y Seguridad en el trabajo, aportes para una cultura de la prevención*, 2014, pp. 18/19, disponible en [www.ilo.org](http://www.ilo.org)).

<sup>459</sup> MALET VÁZQUEZ, *RDP N° 22, 12/2014*, pp.23/24.

<sup>460</sup> MALET VÁZQUEZ, *RDP N° 22, 12/2014*, p. 24, respecto de la situación en Uruguay.

<sup>461</sup> POZUELO PÉREZ, *LH al Profesor Günther JAKOBS*, pp. 128/9.

penal es el único que cumple una efectiva función preventiva.<sup>462</sup> La multa administrativa carece de la fuerza estigmatizadora de la pena y se puede internalizar como costos, en el balance de gastos de la empresa.<sup>463</sup> Bajo tales pautas, con el delito de peligro aquí postulado se echa mano del Derecho penal como medio *preventivo*, adelantando la tutela a un momento previo a la muerte o lesión: sancionar con pena de prisión la omisión de dar seguridad laboral, poniendo en peligro vida y salud de los trabajadores, puede ser eficaz para lograr el cumplimiento de la normativa de prevención de quienes, ni las indemnizaciones ni las sanciones administrativas han sido suficientes para motivarlos en la norma.<sup>464</sup>

En efecto, existen razones para alegar la eficacia de la intervención penal en el campo de la seguridad e higiene en el trabajo<sup>465</sup>, por cuanto el efecto preventivo de la pena está asegurado por las características típicas de los potenciales sujetos activos del delito, que por su profesión tienden a eliminar cualquier factor de inseguridad de su actividad futura y por su buena posición social, temen ser objeto del reproche que implica, no ya la imposición de pena, sino el propio sometimiento a los órganos de la jurisdicción penal.<sup>466</sup>

En este sentido, cabe traer a colación las palabras del Diputado socialista Pizarro Crespo, en oportunidad del debate parlamentario de la ley n° 12.713, de “trabajo a domicilio”, en el sentido de que “El patrón que sepa que tiene que ir a la cárcel por dos años, se cuidará muy bien de violar la ley.”<sup>467</sup>

Desde esta perspectiva, es necesario superar la visión de la intervención penal como recurso exclusivamente punitivo o directamente vindicativo. La amenaza de pena tiene inicialmente, una función didáctica: muestra a la colectividad que vida y salud de los trabajadores no son valores triviales, sino que se integran en el catálogo de bienes jurídicos de primer orden, de irrenunciable protección pública.<sup>468</sup> Por otra parte, la

---

<sup>462</sup> CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos supraindividuales*, Valencia, 1999, pp.187, 190/2 y 200/201.

<sup>463</sup> HORTAL IBARRA, HORTAL IBARRA, *La política criminal en Europa*, p. 249.

<sup>464</sup> MALET VÁZQUEZ, *RDN N° 22, 12/2014*, p. 24, con cita de TERRADILLOS BASOCO, respecto de la situación en Uruguay.

<sup>465</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*p. 202, quien agrega que un razonable nivel de aplicación del precepto podría venir garantizado por el control sindical en la empresa (*Ibidem*).

<sup>466</sup> *Ibidem*

<sup>467</sup> BISCEGLIA, *La protección penal...*, p. 9. Dicha norma (sancionada en 1941) regula las condiciones del trabajo a domicilio y sanciona penalmente -entre otras conductas-, con prisión de seis meses a dos años, al empresario, intermediario o tallerista que por violencia, intimidación, dádiva o promesa, realice actos que importen abonar salarios menores a los previstos legalmente (art. 35).

<sup>468</sup> En términos de JAKOBS, “el Derecho penal tiene la misión de garantizar la identidad de la sociedad. Eso ocurre tomando el hecho punible en su significado, como aporte comunicativo, como expresión de sentido, y respondiendo ante él. Con su hecho, el autor se aferra a la afirmación de que su conducta, esto

conminación de pena despliega un efecto preventivo de difícil cuantificación, pero en todo caso cierto.<sup>469</sup> La eventual pena a sufrir, que se une a los estigmas del proceso, es un factor más, aunque no sea el único, a la hora de decidirse por la observancia de la normativa en materia de seguridad. Y más en estos casos, que normalmente responden a la tipología de la criminalidad de cuello blanco. La ejecución de la pena impuesta, puede además, generar efectos preventivos-generales, ya que prueba que la amenaza de la ley penal es suficientemente seria y debe ser tenida en cuenta en el futuro.<sup>470</sup> Así contemplada, la intervención penal deja de ser una eventualidad de castigo vindicativo, para convertirse en un *instrumento de prevención*.<sup>471</sup>

Sin embargo, la eficacia de la intervención penal está supeditada a ciertas condiciones. En este sentido, es imprescindible potenciar una presencia más activa de los trabajadores y sus sindicatos, como agentes institucionales, ante los juzgados penales.<sup>472</sup> Asimismo, sólo cuando a la tipificación penal le acompañe una verdadera prevención general positiva, con campañas de sensibilización social sobre la importancia de los bienes jurídicos en juego, con un número de inspectores de trabajo suficiente, como para que los eventuales infractores sientan sobre sus espaldas como *real* la posible sanción penal, por el alto riesgo que se corre al poner en peligro los intereses penalmente protegidos y con la creación de fiscalías especializadas, se estará en la vía de ofrecer la tutela que éstos reclaman.<sup>473</sup> En efecto, un Derecho penal accesorio, caracterizado por el uso de normas en blanco -como el delito aquí postulado- requiere

---

es, la defraudación de una expectativa normativa, integra la conducta determinante, y que, entonces, la expectativa normativa en cuestión es un accesorio no determinante para la sociedad. Mediante la pena se declara, contra esa afirmación, que ello no es así, que, antes bien, la conducta defraudatoria no integra, ni antes ni ahora, aquella configuración social que hay que tener en cuenta...El Derecho penal garantiza pues una configuración social determinada, en tanto la sociedad se oriente según determinadas expectativas, y éstas no le sean impuestas desde afuera” (“Imputación jurídico penal”, en JAKOBS/STRUENSEE, *Problemas capitales del derecho penal moderno*, Bs. As., 1998, pp. 33 y 35).

<sup>469</sup> TERRADILLOS BASOCO, Respuesta penal frente a la siniestralidad laboral, en *Tutela penal de la seguridad en el trabajo*, Cuadernos penales José María Lidón, Núm. 3, Bilbao, 2006, pp. 26/27.

<sup>470</sup> *Ibidem*.

<sup>471</sup> *Ibidem*.

<sup>472</sup> Esta presencia debe ser palpable ya en la fase de la denuncia, pues dada la inhibición de la policía ante situaciones de riesgo, sólo la Inspección del Trabajo y las organización sindicales, pueden ser vehículos idóneos para que la denuncia llegue al sistema judicial (TERRADILLOS BASOCO, *Cuadernos penales José María Lidón*, Núm. 3, pp. 27/28). Los sindicatos podrían tener un importante rol en la prevención, pero sólo dos provincias argentinas han sancionado normas que obligan a instituir comités mixtos de seguridad e higiene en cada empresa, y son pocos los convenios colectivos de trabajo que lograron conseguirlo, por la férrea oposición de los empresarios (es más barato pagar una ART que invertir en prevención) (La industria de la muerte, por Matías Cremonte, Presidente de la Asociación de Abogados Laboralistas (AAL), nota publicada en *El Cronista* el 11/10/16).

<sup>473</sup> ALCALÉ SÁNCHEZ, *RDL*, n° 254, 4/2014, p. 240.

un mínimo de efectividad del sistema institucional-normativo del control administrativo, para no convertirse en Derecho penal simbólico.

En cuanto a los argumentos relativos a la escasa aplicación judicial de esta clase de normas penales, cabe traer a colación lo señalado por CORCOY BIDASOLO en el sentido de que la inaplicación o incorrecta aplicación del Derecho y en concreto de estos tipos penales, no se debe a la naturaleza de estos delitos, sino a la falta de voluntad política de perseguir realmente estas conductas, dotando de medios adecuados a las instancias encargadas de ello.<sup>474</sup>

Según el esquema de ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, pueden distinguirse dos niveles de criminalización. La criminalización primaria es el acto y el efecto de sancionar una ley penal material que incrimina o permite la punición de ciertas personas. Se trata de un acto formal y programático porque enuncia un “programa” que debe ser cumplido por agencias diferentes a las que lo formulan (secundarias). La criminalización primaria la ejercen las agencias políticas (parlamentos y ejecutivos), en tanto que las agencias de criminalización secundarias son: la policía, jueces, agentes penitenciarios, etc. Mientras que la criminalización primaria -hacer leyes penales- es una declaración que usualmente se refiere a conductas, la criminalización secundaria es la acción punitiva ejercida sobre *personas concretas*, por eso implica un proceso selectivo, decide quienes serán las personas que criminalice y al mismo tiempo quienes serán las víctimas potenciales de quienes se ocupe, pues la selección no es sólo de los *criminalizados*, sino también de los *victimizados*. Esta selección tiene una orientación burocrática -sobre personas sin poder y por hechos burdos- y alcanza sólo a quienes tienen bajas defensas frente al poder punitivo y devienen más vulnerables a la criminalización secundaria.<sup>475</sup> Esto demuestra que el poder punitivo opera en la realidad de modo inverso al sostenido en el discurso jurídico, que pretende colocar en primer lugar al legislador, en segundo al juez y casi ignorar a la policía; en la práctica el poder selectivo lo ejerce la policía y lo puede reducir el juez, en tanto el legislador abre un espacio para la selección que nunca sabe con quién se ejercerá.<sup>476</sup> Las normas de punición de la delincuencia económica, en cuanto a su aplicación, se encuentran fuera de la “selección criminalizante” que realiza el sistema penal.<sup>477</sup>

Con esta lógica, puede decirse que la protección penal efectiva en este ámbito, requiere dos pasos sucesivos: la tipificación del delito y luego su aplicación efectiva. Eso ha ocurrido en España con el delito contra la seguridad e higiene de los trabajadores: en primer lugar, tuvieron que considerarse propiamente delitos las conductas que más gravemente afectan a la vida y salud del trabajador (arts. 316 y 317 CP español) y posteriormente, lograr su aplicación real por los jueces. Hasta hace poco, tanto los jueces como los fiscales y los inspectores de trabajo, eran reacios a considerar delitos estos comportamientos que más se interpretaban como abusos, reprochables sí, pero no

---

<sup>474</sup> CORCOY BIDASOLO, *CDJ*, VIII/2007, p.367.

<sup>475</sup> ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *DP-PG*, pp.6/9.

<sup>476</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>477</sup> ILHARRESCONDO, *Delitos Societarios*, p.22.

tanto como para imponerles una pena y menos una pena privativa de libertad. Ello se debía a una arraigada concepción sobre la delincuencia, que partía de concebirla a partir de estereotipos clásicos, de acuerdo con los cuales el autor era un “marginado social”.<sup>478</sup> El cambio cultural se ha ido dando paulatinamente y los delincuentes de cuello blanco empiezan a ser percibidos actualmente como transgresores, y merecedores de sanciones penales. Anteriormente la posición social de los autores y el hecho de considerarlos como sujetos que cumplían una función social al dar trabajo a otros, eran características que determinaban una “visión benevolente” por parte de la judicatura.<sup>479</sup> Cuesta actuar contra la inercia de operadores del Derecho, la que lleva a rehuir los retos que generan las figuras delictivas que rompen con la tradición de perseguir sólo a quienes son naturalmente vulnerables al sistema.<sup>480</sup> Entre lo multifactorial que opera en esa cifra negra de la criminalidad, puede anotarse, además de la complicidad social con el delincuente de cuello blanco, la falta de denuncias debido a la vulnerabilidad de la víctima (trabajador) frente a la empresa.<sup>481</sup>

Detrás de la resistencia a la intervención penal en este sector, se observa la consideración de tres clases de Derecho penal que se corresponden con tres clases de ciudadanos, de primera, segunda y tercera. Ello porque los delitos que la doctrina considera que no deben incluirse en el Derecho penal nuclear, son conductas que pueden ser cometidas por quienes tienen poder y/o dinero. Únicamente esos ciudadanos pueden cometer delitos fiscales, societarios, de corrupción, contra el medio ambiente, etc. Los defensores de esta tesis sostienen que no es adecuada la aplicación de penas privativas de libertad, cuando es precisamente en estos casos que la única sanción que

---

<sup>478</sup> ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., Un cambio cultural en la aplicación del Derecho Penal Laboral, publicado el 5/4/2010, en *El Blog de Wilfredo Sanguinetti*, disponible en <https://wilfredosanguinetti.wordpress.com>. En igual sentido, GALLARDO GARCÍA señala que la mayor limitación con la que se ha encontrado en sus inicios la configuración de este delito de peligro ha sido su falta de aplicación por los jueces y tribunales. De hecho, ha sido tradicional que se denuncie una elevada cifra negra de criminalidad, que, por diferentes razones, no llega al conocimiento de autoridades policiales ni judiciales, pero se puede apreciar sin embargo, una mayor aplicación en los últimos años. Destaca la autora que los tribunales deberían abandonar la práctica generalizada de que la intervención penal en ciertos delitos de peligro -como éste- se condicione a la materialización del daño y sólo se aplique cuando hay lesiones o muertes (*Protección jurídica...*, pp. 14/15). Ante esa situación, ARROYO ZAPATERO ha destacado la necesidad de que “...los operadores jurídicos en la materia, sensibles ante la desprotección fáctica de la vida y salud de los trabajadores, presten mayor atención al problema y contribuyan a que la norma penal pueda cumplir los efectos de prevención general que le son propios” (*Manual de Derecho penal del trabajo*, Barcelona-Madrid, 1988, p. 63).

<sup>479</sup> ZUÑIGA RODRIGUEZ, *Ibidem*.

<sup>480</sup> MALET VÁZQUEZ, *RDP N° 22, 12/2014*, p. 25, con cita de TERRADILLOS BASOCO (*La siniestralidad laboral como delito*, Albacete, 2006, p.35).

<sup>481</sup> *Ibidem*.



tiene eficacia preventiva es ésta.<sup>482</sup> “En el delito aquí propuesto, la criminalización va claramente hacia otra dirección, lo que explica que entre las voces que se oponen a su tipificación, existan muchas que no cuestionan la tendencia a la penalización de otras acciones que se concretan con la afectación de la igualdad y la proporcionalidad de las sanciones.”<sup>483</sup>

En otro nivel argumentativo, en el marco del debate acerca de la sanción de la Ley de Responsabilidad Penal del Empleador en Uruguay, un sector doctrinario señaló que el tipo penal consagrado en el art. 1 de la ley, no era necesario ante la vigencia de los delitos de homicidio y lesiones. Asimismo, se señaló que no existía la necesidad de elevar a la salud del trabajador a la categoría de bien jurídico autónomo, ya que su protección queda cubierta con la tutela de su vida e integridad física, y que si se busca reforzar la protección de la salud, debe recurrirse a otros mecanismos, como ser normas de Derecho administrativo sancionador, grandes multas, clausuras de empresas, etc., o reforzar la vigilancia de los órganos de contralor en la materia.<sup>484</sup>

En respuesta a este planteamiento, cabe señalar que aunque se trate de los mismos bienes jurídicos (vida y salud), éstos pueden (deben) ser protegidos por el Derecho penal, frente a diferentes formas de agresión, lo que claramente conduce a la estructuración de *diferentes tipos penales*. La existencia de tipos penales de resultado que tutelan a la vida y salud, no obsta a la introducción de un delito de peligro específico que tutele esos intereses ante los ataques propios que éstos pueden sufrir en el marco de la actividad laboral. La incorporación de este nuevo precepto penal no es incompatible con la mejora de los controles administrativos, ésta es más bien una condición complementaria de la tipificación postulada, para lograr la eficacia preventiva de *todo el sistema sancionatorio*. Mientras tanto, no hay por qué descartar el recurso a esa herramienta de motivación al empresario para que cumpla las normas de prevención, que en mi opinión, comenzará producir sus primeros efectos con su tipificación, que se potenciarán en la medida que se concientice a los operadores judiciales y se aplique efectivamente. En este sentido, no se acaba de comprender porque estas conductas podrían controlarse más eficazmente a través del Derecho administrativo y laboral, cuando en la aplicación de estos derechos se utilizan conceptos formales, mientras que el Derecho penal actúa a través de criterios y conceptos

---

<sup>482</sup> CORCOY BIDASOLO, *CDJ*, VIII/2007, pp. 367/68.

<sup>483</sup> MALET VÁZQUEZ, *RDP* N° 22, 12/2014, p. 23.

<sup>484</sup> SBROCCA COSIMINI, *RDP* N° 22, 12/2014, pp.46/47.

materiales que, contrariamente a esos derechos formales, permite desenmascarar situaciones que han sido utilizadas para delinquir.<sup>485</sup>

En el CP español, la introducción de los arts. 316 y 317 en 1995, también ha sido objeto de críticas, coincidentes en ciertos casos con las formuladas en Uruguay. Pero como acertadamente señala TERRADILLOS BASOCO, el tiempo ha venido demostrando que no se trataba de una opción descabellada, sino de una estrategia político-criminal inobjetable, aunque haya sido plasmada en una fórmula legal no carente de falencias.<sup>486</sup>

#### **IV.6 Adecuación de la respuesta penal**

En el debate sobre la expansión del Derecho penal, la mayor parte de las veces, el problema no reside en si la ley penal debe intervenir o no en determinadas materias, sino en *cómo* lo hace. Desde esta óptica, no se propugna aquí una forma indiscriminada de intervención penal, sino una que responda a los principios que emanan del concepto de justicia del Estado democrático y que se cifran en torno a los de igualdad, culpabilidad, legalidad, proporcionalidad y de humanidad de las penas.<sup>487</sup>

Aunque la norma penal proteja eficazmente un objeto democráticamente legítimo, sólo estará justificada si la forma de intervención se adecua a dichos principios, conforme a los cuales, debe atenderse a la *intensidad* de los ataques dirigidos al bien jurídico (principios de intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad).<sup>488</sup> Basta remitirse en este sentido, a los altos índices de siniestralidad que se registran en el mercado de trabajo argentino para percibir la enorme dañosidad que trae consigo el incumplimiento sistemático de los empresarios de las obligaciones que en este ámbito impone el ordenamiento jurídico-laboral.<sup>489</sup>

En este contexto, el Derecho penal accesorio utiliza como recursos de técnica legislativa el delito de peligro y la ley penal en blanco. Es por ello que, junto a los

---

<sup>485</sup> CORCOY BIDASOLO, *CDJ*, VIII/2007, p. 367.

<sup>486</sup> TERRADILLOS BASOCO, *RDP* N° 22, 12/2014, pp.61/62.

<sup>487</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, p. 204. En igual sentido, POZUELO PÉREZ, L., De nuevo sobre la denominada “expansión” del Derecho penal, en *El funcionalismo en derecho penal, Libro homenaje al Profesor Günther JAKOBS*, Tomo II, Bogotá, 2003, pp.110 y ss.

<sup>488</sup> TERRADILLOS BASOCO, *Cuadernos penales José María Lidón*, Núm. 3, pp. 18/19. El autor señala que “Pronunciarse en el debate sobre la utilización de instrumentos penales en refuerzo de la tutela de la vida y salud de los trabajadores requiere valorar, además de los bienes jurídicos afectados, la relevancia de los ataques que se les infligen y aquí las estadísticas no dejan margen para la duda” (TERRADILLOS BASOCO, *Ibidem*).

<sup>489</sup> Ver en este sentido, lo expuesto en el capítulo I.

cuestionamientos sobre su legitimidad, también se ha criticado la merma de garantías que suponen esas técnicas de tipificación.<sup>490</sup>

A tales críticas cabe responder que, si es regla general la de adelantar la protección penal al momento de creación de riesgo grave para bienes jurídicos determinados, en los ámbitos en que se detecta un riesgo estructural -por ejemplo, seguridad vial, armas y explosivos, etc.- parece a todas luces *proporcionado* que la misma técnica legislativa se pueda aplicar en el ámbito del trabajo, generador estructural del peligro para los trabajadores. No hacerlo sería tanto como reconocer que la vida y salud de cada persona, pierden su valor en el momento en que su titular traspasa la puerta de la fábrica.<sup>491</sup> En cuanto a la técnica de la ley penal en blanco, bajo ciertas condiciones, tiene plena validez y es conciliable con los postulados constitucionales. Además, ha sido considerada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, como el recurso indicado para este tipo de delitos, donde se sanciona el incremento del riesgo respecto del nivel permitido por la norma extrapenal y además porque se legisla en un contexto cambiante, como el de la seguridad en el trabajo, que admite situaciones muy variadas y probablemente de no posible reducción a una redacción legal-penal concreta y unívoca.<sup>492</sup>

No hay duda de que el Derecho penal en este ámbito está subordinado a la normativa laboral que disciplina el objeto de intervención. Por eso es preciso resaltar que la intervención penal sólo será eficaz cuando simultáneamente se lleven a cabo las correspondientes reformas en el en el ámbito laboral, que vengán a ponerlo al día, recogiendo en un mismo texto disposiciones que de otra forma se dispersan y pierden su fuerza preventiva. Otro requisito que legitima la introducción del delito en materia de protección de los derechos de los trabajadores, es el de la correcta selección de las conductas: el principio de *ultima ratio* obliga pues a seleccionar las que más *gravemente* afectan a los intereses en conflicto. Sólo así se consigue -además-, establecer una sólida línea de separación entre el Derecho penal y el Derecho laboral en virtud del criterio de la gravedad del ataque y de la importancia del bien jurídico protegido. Pero si al incluir en el CP la tutela de los intereses del trabajador, se relajan los controles previos, aquella estará avocada al fracaso.<sup>493</sup>

---

<sup>490</sup>CORCOY BIDASOLO, *CDJ*, VIII/2007, p.365.

<sup>491</sup>TERRADILLOS BASOCO, *RDP* N° 22, 12/2014, pp. 61/62.

<sup>492</sup> Este tema se desarrollará *in extenso* en el capítulo VI.

<sup>493</sup> ALCALÉ SÁNCHEZ, *RDL*, n° 254, 4/2014, p. 340.

Otro argumento utilizado para descartar la intervención penal en este ámbito de riesgos laborales se basa en un principio de la victimodogmática: la autorresponsabilidad del trabajador. Según ese principio, el sistema penal no puede otorgar protección a quien no se protege a sí mismo, ello porque en muchos accidentes laborales se advierte descuido por parte de la víctima (trabajador).<sup>494</sup> Sin embargo, este planteamiento desconoce que la *autonomía* del trabajador depende de ciertas condiciones que no están configuradas en todos los casos en los que “aparentemente” puede decirse que hay un descuido de éste. Bajo tales parámetros, creo que la solución no es descartar la intervención del Derecho penal, sino profundizar en la dilucidación de tales condiciones y sobre la base de ese conocimiento, diseñar un tipo penal que abarque *con precisión* aquellas conductas que únicamente refieran a los incumplimientos del deber de seguridad que corresponde al empresario.

Quienes defienden la tutela penal de los derechos de los trabajadores, lo hacen con respeto al principio de *ultima ratio* del Derecho penal, la única cuestión es que dicho principio ha de establecerse en función de verdaderos intereses dignos de tutela. Esa es la función de este principio: la selección de los mismos y no desde un punto de vista “ideologizante”, sino desde otro puramente garantista con los derechos de las personas.<sup>495</sup>

El Estado democrático no puede sino decantarse por esta opción, en la convicción de que los siniestros laborales (tanto los accidentes como las enfermedades) no son un peaje necesario adherido a la prestación laboral para asegurar un ritmo adecuado de progreso y bienestar, un *factum* frente al que no cabe más que la resignación, sino, en la mayor parte de los casos, el resultado evitable de comportamientos infraccionales.<sup>496</sup> En ese contexto de incumplimiento, la intervención del Derecho penal se presenta como una adecuada herramienta preventiva, de motivación para lograr el cumplimiento de las normas de prevención por parte de los empresarios argentinos. El tipo penal propugnado, debe abarcar las conductas que supongan sólo un *peligro grave* para los bienes jurídicos vida y salud de los trabajadores.

Además de todo lo señalado, la situación de desigualdad estructural de la relación laboral, en la que una parte -trabajador- depende de la otra -empresario-, es una nota clave para configurar a los trabajadores en relación de dependencia, como un colectivo

---

<sup>494</sup> MALET VÁZQUEZ, *RDP* N° 22, 12/2014, p. 25.

<sup>495</sup> ALCALÉ SÁNCHEZ, *RDL*, n° 254, 4/2014, p. 340.

<sup>496</sup> TERRADILLOS BASOCO, *RDP* N° 22, 12/2014, p. 63.

vulnerable que requiere una protección intensificada de sus derechos fundamentales, que pueden verse afectados en el marco de esa relación “asimétrica”, y debe ser reforzada mediante la intervención del Derecho penal, a fin de nivelar, de proteger al más débil frente al más fuerte.

## CAPÍTULO III

### ***DETERMINACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DEL ART. 316 CP ESPAÑOL***

***Análisis del bien jurídico tutelado en el artículo 316 del C.P. español  
Las diferentes posturas. La seguridad laboral y los bienes jurídicos vida y salud.***

En este capítulo se analizarán las diferentes posturas doctrinarias sobre el objeto de protección del delito del art. 316 CP español. Se brindará también una interpretación propia sobre el objeto de protección en el citado precepto, en el marco de un esquema donde se deslinde conceptualmente el bien jurídico protegido del “objeto de acción”, teniendo en cuenta la clase de peligro exigida por el delito.

#### **I. interpretación doctrinaria del objeto de protección del art. 316**

##### **I. 1 Introducción**

Todo mandato o prohibición penal constituye una injerencia en la libertad general de acción: del Derecho penal se desprende una barrera a la libertad general de acción a partir de la intervención lesiva sobre un bien jurídico protegido; la lesión amenazadora o la puesta en peligro de un bien jurídico, de acuerdo con la tradición del Derecho penal, puede legitimar una amenaza penal. El bien jurídico configura el núcleo de la justificación de una prohibición penal de acción.<sup>497</sup>

Bajo tales conceptos, la teoría del bien jurídico responde a la elemental cuestión de qué es lo que se protege en los tipos penales. Afirmar que en todo tipo penal se protege uno o varios bienes jurídicos es tanto como decir que las prohibiciones y mandatos penales tienen una base racional: responden al interés de quien los emite, de alcanzar un fin que, en su esquema de valores, que se puede o no compartir, resulta valioso.<sup>498</sup>

Ahora bien, respecto de algunos tipos penales que protegen realidades complejas, no es posible a veces llegar a un acuerdo unánime sobre el bien jurídico protegido. Eso es lo

---

<sup>497</sup> HASSEMER, W., Bienes jurídicos en el Derecho penal, en *Estudios sobre Justicia Penal, Libro Homenaje a Julio Maier*, Bs As, 2005, p. 70.

<sup>498</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, F., ¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?: Reflexiones sobre un bien jurídico problemático, y a la vez aproximación a la “participación” en el delito, en BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO (ed.), *Política Criminal y blanqueo de capitales*, Madrid, 2009, p. 91.

que ocurre en este ámbito de la intervención penal, donde el tema está lejos de ser pacífico y existen variadas posiciones.

Sin embargo, está claro que para comprender el delito del art. 316 es necesario determinar su objeto de protección, cuestión de máxima importancia, porque la respuesta a cuál es lo injusto material específico de un determinado tipo penal, cuál es su naturaleza específica y, por consiguiente, cuál es su diferencia específica, se encuentra estrechamente relacionada con el bien jurídico protegido.<sup>499</sup>

Con este objetivo, se expondrán seguidamente los fundamentos en que se sustentan las diferentes posturas y luego un análisis crítico de éstas.

## **I. 2 Posiciones doctrinarias sobre el bien jurídico protegido en el art. 316 CP español**

Para un sector doctrinal, teniendo en cuenta la ubicación del art. 316 en el Título XV, del C.P., habría un bien jurídico “categorial común” que gira en torno a los derechos propios nacidos de la relación laboral -condiciones de trabajo, sindicación, seguridad social, etc.-. Señalan estos autores que a título orientativo puede decirse que se protege la indisponibilidad contractual “*in peus*” de los derechos de los trabajadores reconocidos por leyes, convenios o contrato individual, pero a la hora de interpretar cada una de las distintas figuras delictivas, sí puede hablarse de bienes jurídicos específicos o más concretos.<sup>500</sup>

Desde esta óptica, ha expresado NAVARRO CARDOZO, que el bien jurídico protegido en el título XV es único, es decir, los distintos delitos comprendidos en él tienen un mismo objeto jurídico, que consiste en “*los derechos mínimos de los trabajadores nacidos de la relación laboral*”, lo que puede sostenerse sin perjuicio de los aspectos concretos que se tutelan en cada delito, pero que en nada desvirtúan el objeto jurídico único. En su razonamiento, destaca que es evidente la relación entre el derecho de los trabajadores a la seguridad e higiene en el trabajo y el derecho de la persona a vida o a la salud, pero esa conexión no puede conducir a afirmar que lo que se protege en el art 316 es la vida o salud de las personas, pues la *vertiente social* de los intereses en juego,

---

<sup>499</sup> RUEDA MARTÍN, M. El bien jurídico protegido en los delitos relativos a productos de consumo masivo, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 30, 2010, pp.395 y ss.

<sup>500</sup> En este sentido, BOIX REIG/ORTS BERENGUER, “el art 316 se encuentra enclavado en el título XV en el que se han agrupado, con buen criterio, todos los delitos que planean sobre conductas que afectan de algún modo a los derechos de los trabajadores, y que en el anterior Código Penal aparecían desperdigados en diversos títulos. Precisamente, esta concentración faculta a hablar de un bien jurídico categorial común a todos los delitos del referido título, que gira en torno a los derechos propios nacidos de la relación laboral, de “innegable” dimensión colectiva” (*Consideraciones sobre el artículo 316 del Código Penal, Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Cuenca, 2001, Volumen II, p. 61).

distingue perfectamente estos delitos de aquellos que tutelan bienes jurídicos individuales.<sup>501</sup>

En un sentido similar, MORILLAS CUEVA, señala que el bien jurídico protegido no puede ser concebido de manera aislada a su ubicación sistemática. En el título XV se protegen los derechos de los trabajadores como interés autónomo tutelado, como bien jurídico colectivo. Pero específicamente en el art. 316, el objeto de protección es la seguridad e higiene en el trabajo, debiendo entenderse la referencia típica a la vida, salud e integridad física como instrumental, “en clave de fijación de contornos y alcance de la intensidad requerida para que el bien jurídico consiga protección penal”, y de este modo, diferenciarse de otras formas de protección de carácter administrativo.<sup>502</sup>

Otro extenso sector doctrinario sostiene que el bien jurídico protegido en el art. 316 es la “seguridad e higiene en el trabajo” como interés de carácter colectivo o supraindividual. Pueden distinguirse dos corrientes diferenciadas dentro de esta postura: En primer lugar, quienes aluden a la seguridad como un bien autónomo, respondiendo a la influencia de las formulaciones de ARROYO ZAPATERO, con relación al bien jurídico protegido en el anterior art 348 bis a), quien sostuvo que la esencia del delito consiste en la infracción de un deber de seguridad fundamentado en normas de Derecho público indisponibles. El citado autor, expresó que el objeto de protección del delito estudiado es la seguridad en el trabajo, entendiendo por tal “la ausencia de riesgos para la vida, la salud y la integridad física del trabajador, dimanantes de las condiciones materiales de prestación del trabajo”. Por eso lo considera un interés diferente y autónomo respecto de la vida y la salud del trabajador.<sup>503</sup>

En esta misma postura se enrola De VICENTE MARTÍNEZ, quien, no obstante, señala que la relevancia del bien jurídico aconseja matizar la concepción de signo formalizador defendida por ARROYO ZAPATERO de este ilícito penal, como “delito consistente en la infracción de un deber de seguridad, que hallaría su fundamento en la existencia de normas de Derecho público indisponibles”. Destaca la autora, que el deber del

---

<sup>501</sup> *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Valencia, 1998, pp. 26/29.

<sup>502</sup> La responsabilidad penal en materia de seguridad y salud laboral, *Cuadernos de Derecho Judicial*; nº 14, 2004, p. 11 y ss.

<sup>503</sup> *Manual del Derecho penal del trabajo*, Barcelona, 1988, pp. 64 y ss, el mismo autor, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Madrid, 1981, pp. 49 y ss. En igual posición se enrola, CONDE PUMPIDO TOURON (Dir) *Comentarios del Código Penal*, Barcelona 2007, Vol.3, p 2407.



empresario existe como reverso de los derechos del trabajador en materia de seguridad y así se contempla en el art 14 de la LPRL, al señalar que el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en trabajo supone la existencia de un correlativo deber del empresario y de las Administraciones públicas de protección de los trabajadores. La apelación al deber de seguridad, no ha de valorarse como fuente del bien jurídico a tutelar, sino como “medio de acotar el ámbito de los sujetos obligados, en el que no se integran los trabajadores en la medida en que no sean deudores de la obligación legal de seguridad”.<sup>504</sup>

En un orden de ideas similar, HORTAL IBARRA destaca que la legitimidad de la intervención penal en materia de prevención de riesgos laborales, pasa necesariamente por la protección de un bien jurídico penal de carácter supraindividual como lo es la “seguridad y la confianza de los trabajadores en el mantenimiento de los riesgos laborales dentro de los niveles de riesgo permitido”, no como un fin en sí mismo, sino como un medio para garantizar el libre desarrollo de la personalidad del trabajador en un ámbito tan crucial de la vida social como es la actividad laboral. Destaca que un bien jurídico para alcanzar la categoría de “bien jurídico penal”, debe tener un referente individual o en sus palabras, “debe garantizar la autorrealización del individuo en la sociedad”. Según el autor, con el esquema que propone, no se produciría un adelantamiento de las barreras de punición poco conciliable con el principio de lesividad, ya que se afectaría al bien jurídico colectivo, pero se evitaría también caer en el formalismo y la protección simbólica, en tanto que existe un referente individual, cual es el libre desarrollo de la persona en la vida social (el referente individual es uno de los valores que el legislador tiene en cuenta, en el momento de decidir la intervención del Derecho penal).<sup>505</sup>

En segundo término, el otro sector diferenciado dentro de esta postura, entiende que la seguridad e higiene en el trabajo no se tutela en forma autónoma, sino en referencia a los bienes jurídicos individuales vida, salud e integridad física de los trabajadores, lo

---

<sup>504</sup> Concluye que el bien jurídico tutelado es la propia seguridad de la vida, integridad física y salud de los trabajadores, como interés colectivo, que resulta ser distinto a la concreta integridad física del trabajador, bien jurídico que encuentra su protección más adecuada a través de otras figuras típicas, como pueden ser los delitos de lesiones (*Seguridad en el trabajo y Derecho penal*, Barcelona, 2001, pp. 71/72).

<sup>505</sup> *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Barcelona, 2005, pp.58 y ss.

que implica aceptar *dos bienes jurídicos de distinta naturaleza*, donde el interés colectivo es instrumental respecto del bien individual.

Así, MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, expresa que en el art. 316 no se protegen los derechos del trabajador individualmente considerados o de varios trabajadores en concreto, sino los intereses de los que son titulares “el colectivo de sujetos que presta un servicio por cuenta ajena y en el marco de dependencia y subordinación respecto de un empresario”, o sea, en una situación de marcada desigualdad material. Se trata de un bien jurídico espiritualizado de índole colectiva reconducible a bienes jurídicos individuales, de la misma naturaleza dogmática que la seguridad del tráfico, la seguridad colectiva o la salud pública. Los intereses colectivos de los trabajadores no se tutelan como bienes propios o autónomos, sino que se preservan en tanto en cuanto van ineludiblemente referidos a genuinos bienes individuales (en el caso del art. 316, vida, salud e integridad física). Ese interés colectivo, será entonces una abstracción conceptual, que engloba una colectividad difusa de un conjunto de derechos laborales básicos de las personas que acceden al mercado de trabajo. Ese interés se ve lesionado cuando se ponen en peligro los bienes jurídicos de los individuos concretos, que constituyen el fundamento último de la criminalización.<sup>506</sup>

De esta opinión es también FARALDO CABANA, quien señala que la idea de la seguridad e higiene en el trabajo como bien jurídico protegido se acepta, siempre que se admita también que con esa expresión se alude a un bien jurídico institucionalizado o espiritualizado, que no se tutela como bien jurídico autónomo sino únicamente en la medida en que va referido a genuinos bienes jurídicos individuales, como son la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores.<sup>507</sup>

Por su parte, CORCOY BIDASOLO entiende que en el art.316 el bien jurídico protegido es supraindividual, pero al mismo tiempo se protegen también bienes jurídicos individuales. En su postura, la protección de la seguridad e higiene en el trabajo supone el aseguramiento de que, con el cumplimiento de todas las medidas de seguridad, se mantenga el riesgo dentro del nivel permitido y con ello se protege la seguridad y confianza de los trabajadores en el desarrollo de su actividad.<sup>508</sup>

---

<sup>506</sup> *Derecho penal económico y de la empresa-Parte especial*, Valencia, 2015, pp. 864 y ss.

<sup>507</sup> *El delito contra la seguridad e higiene en el trabajo*, Valencia, 2013, p. 45.

<sup>508</sup> *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, 1999, pp. 227/28. Esta autora refiere que el fundamento último del bien jurídico protegido, se encuentra en el art. 9.2 de la C.E., donde se insta a los poderes públicos a remover aquellos obstáculos que limiten la participación de los individuos en condiciones de igualdad real, porque ello constituye la premisa básica

En otro orden de ideas, hay quienes sostienen que lo tutelado es la vida, la salud o la integridad del colectivo de los trabajadores, es decir, derechos que corresponden a los trabajadores *como colectivo* y no como derechos de titularidad individual.

TERRADILLOS BASOCO entiende que el bien jurídico protegido en el art. 316, se identifica con la vida y la salud de los trabajadores, pero como bien jurídico colectivo, porque a diferencia de los delitos de lesiones y homicidio, el titular no es cualquiera, sino los trabajadores en cuanto tales: lo que se castiga es poner en peligro la vida o salud de los trabadores, en plural.<sup>509</sup> La seguridad, autónomamente considerada, es el “marco condicionante de la eficacia en la protección de la vida o salud”, pero no el auténtico bien jurídico, ya que el ilícito penal no consiste en la infracción de un deber de seguridad fundamentado en normas de Derecho público indisponibles, aunque esa infracción se constituya en elemento típico. Destaca que, entenderlo de otro modo lleva a confundir los órdenes normativos laboral-administrativo y penal, poniendo éste a servicio de aquel e ignora las exigencias del principio de lesividad, reduciendo el comportamiento delictivo a la condición de mera desobediencia.<sup>510</sup> Sostiene también, que no es coherente considerar la vida y salud como bienes jurídicos de naturaleza y titularidad individual, por dos argumentos: éstos ya están protegidos por los delitos de homicidio y lesiones imprudentes, y lo que se protege aquí es un colectivo determinado en cuanto tal. En segundo lugar, si los bienes jurídicos fuesen de titularidad individual, el consentimiento debería producir los efectos generales del art 155 C.P. Por eso concluye que los bienes jurídicos vida y salud son considerados por el art. 316 en su dimensión colectiva. La conducta típica, que consiste en crear peligro, impone esta dimensión colectiva del bien jurídico, ya que ese peligro se proyecta sobre los “trabajadores” indeterminados, como colectivo al que se somete a condiciones de inseguridad.<sup>511</sup>

Del mismo modo, para RAMÍREZ BARBOSA, el objeto de tutela del art. 316, consiste en los intereses salud, vida e integridad de los trabajadores, en sentido colectivo. El delito intenta salvaguardar al conjunto de trabajadores que puedan ver en peligro sus bienes jurídicos fundamentales como consecuencia de la omisión de las medidas de

---

para garantizar el libre desarrollo de su personalidad, en el transcurso de su actividad laboral (ibídem, p.209).

<sup>509</sup> Protección de la vida y salud de los trabajadores en el Código Penal español, DONNA (Dir), *Revista de Derecho Penal, Delitos contra las personas*, número extraordinario-2003, p. 24

<sup>510</sup> *Ibidem*, p. 22/23.

<sup>511</sup> *La siniestralidad laboral como delito*, Albacete, 2006, pp. 49/50

seguridad, esas omisiones suelen poner en peligro los bienes jurídicos de un número indeterminado de trabajadores. Pese a ser la prestación laboral una actividad personal, en este tipo penal, el objeto de protección recae en el interés general de que se respeten las condiciones de seguridad en el trabajo, por ello el bien jurídico protegido adquiere una dimensión colectiva que se vincula directamente con la tutela de la vida, salud, e integridad de los trabajadores, no obstante para que se configure el delito basta con la específica puesta en peligro de la vida, salud o integridad de un trabajador. En consecuencia, el art. 316 protege intereses supraindividuales de los trabajadores: vida, salud e integridad física y no los derechos de los trabajadores en sentido particular, puesto que éstos son objeto de salvaguarda en los delitos de lesiones y homicidio.<sup>512</sup> Agrega que la vida, salud e integridad física, como bienes colectivos se hallan en estrecha vinculación con la seguridad en el trabajo, al ser ésta el elemento requerido de la defensa de tales bienes. Por lo tanto la seguridad en el trabajo, no reviste de manera autónoma la categoría de objeto de tutela penal, puesto que es una condición indiscutible en la protección de la vida, salud e integridad física de los trabajadores y en la prevención de la siniestralidad laboral.<sup>513</sup>

También en esta línea, GALLARDO GARCÍA considera que la conducta típica afecta a intereses individuales, pero “tipificados en su dimensión colectiva” constituyendo así, un bien jurídico transpersonal y de carácter laboral. Se trata, según su postura, de la protección de la vida y salud de los trabajadores, como bien de carácter macrosocial que afecta al conjunto de trabajadores (entiende que la salud incluye en su definición a la integridad física y psicológica).<sup>514</sup>

LASCURAÍN SÁNCHEZ, en referencia al anterior art 348 bis a), identifica como bien jurídico protegido a la seguridad de la vida y de la integridad física de los trabajadores. Se trata de un bien jurídico colectivo, de cuyo contenido esencial no forma parte el bienestar del trabajador. El titular del objeto del bien jurídico es una colectividad determinada y unificada por la común referencia a una realidad ambiental: la comunidad personal implicada en el riesgo sancionado.<sup>515</sup>

---

<sup>512</sup> *El delito contra la seguridad y la salud en el trabajo*, Madrid, 2007, pp. 71/76

<sup>513</sup> RAMÍREZ BARBOSA, *ibídem*, p. 91

<sup>514</sup> La protección penal de la salud de los trabajadores, *Derecho y salud*, vol. 14, nº 2, pp.267 y ss.; la misma, *Protección jurídica de la vida y salud de los trabajadores*, Granada, 2016, pp.113/14.

<sup>515</sup> *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1994, pp. 110 y ss.

A favor de una tesis similar, COMPAÑY CATALA -y partiendo de la doble constitucionalización-, señala que el objeto de protección del art. 316 es colectivo y consiste en el derecho de los trabajadores a desempeñar su trabajo en condiciones mínimas de seguridad personal.<sup>516</sup>

Finalmente, toca hacer referencia a quienes entienden que el interés tutelado consiste en la vida, salud e integridad física, pero como bienes jurídicos individuales:

En ese panorama, AGUADO LÓPEZ, señala que el bien jurídico protegido del art. 316 es el mismo que los arts. 348 a 350 del C.P.: la vida, salud e integridad física, pero el titular sería distinto, ya que en este caso son los trabajadores y no cualquier persona. Destaca, además, que la “seguridad” no forma parte del concepto de bien jurídico, sino de la “forma de protección” de esos bienes que, en este caso, se adelanta tipificando un delito de peligro para los mismos. La seguridad entendida como carencia de todo riesgo es un valor ideal que como tal, no puede ser protegido penalmente. La seguridad es el anverso del concepto de peligro, que implica siempre inseguridad para un bien jurídico, pues es una forma de atacar a éste.<sup>517</sup>

También sostiene el carácter individual del objeto de protección del art. 316 (vida, salud e integridad física), SALVADOR CONCEPCIÓN, quien señala que no se puede definir un bien jurídico de naturaleza colectiva porque tanto el fundamento del mismo Código Penal, como el de la normativa extrapenal de remisión, es la preocupación por el trabajador como destinatario último de los medios de control de riesgos de la empresa, con el objeto de humanizar y priorizar el tratamiento del empleado, por encima de cualquier otro interés supraindividual.<sup>518</sup> Añade que, el legislador ha recogido “la vida, salud e integridad física” del trabajador en la literalidad del precepto, y pese a que ese tenor no puede obviarse, debe considerarse que más que esos tres términos, el bien más exactamente protegido es la salud del trabajador.<sup>519</sup>

---

<sup>516</sup> La doble constitucionalización estará representada según el autor, por el art. 15 CE que dispone que “*todos tienen derecho a la vida y a la integridad física...*” y el art 40.2 CE, que establece que “*Asimismo, los poderes públicos... velarán por la seguridad e higiene en el trabajo*” (*La protección...*, pp. 37 y ss.).

<sup>517</sup> *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, Valencia, 2002, pp. 81, 82, 109 y ss.

<sup>518</sup> *El delito de creación de riesgo para la salud del trabajador*, Almería, 2010, p. 49.

<sup>519</sup> En sustento de esa afirmación señala dos argumentos: en primer lugar porque con una mención especial a la integridad física, se está omitiendo aquella de carácter psíquico, y en segundo lugar, porque la vida, como bien a proteger, sitúa el umbral de riesgo muy en el extremo. Un riesgo que amenace la propia vida ha de ser de carácter intolerable, mientras que aquel que pueda afectar la salud, permite

MARTÍN LORENZO y ORTÍZ DE URBINA, son también partidarios de que el bien jurídico protegido en el art. 316 es la vida y salud, como bienes jurídicos individuales.

Estos autores, sostienen que en el caso de los delitos contra la seguridad de los trabajadores -y seguramente en general respecto de los tipos paralelos incluidos en la categoría de los bienes jurídicos colectivos de referente individual-, no se logra construir convincentemente un bien jurídico colectivo. Según esta postura, la esencia del tipo radicaría en tipificar nuevas formas de agresión a bienes jurídicos tradicionales, que refuercen su tutela ante la insuficiencia de las estructuras típicas habituales.<sup>520</sup>

Por último, De RIVAS VERDE-MONTENEGRO, parece decantarse por la vida, salud e integridad física como bienes jurídicos individuales, aunque agrega que a través de este delito se pretende garantizar “la efectividad de las normas reguladoras de la libre competencia”, esto es, las normas reguladoras de la economía de mercado. En este sentido, refiere que el delito contra la seguridad de los trabajadores puede incluirse en lo que se denomina “criminalidad de empresa”, en cuanto delito cometido en interés de la empresa, y es que, en efecto, este delito reportará con frecuencia una ganancia económica a la empresa que se verá beneficiada por la falta de entrega a los trabajadores de los medios necesarios, con el ahorro (ilícito) de los costes que ello puede suponer.<sup>521</sup>

Conforme a lo reseñado previamente, y con una visión esquemática, pueden distinguirse dos posturas doctrinales extremas: la que sostiene que el bien jurídico protegido es la seguridad en el trabajo como bien jurídico colectivo autónomo, por un lado y en el extremo opuesto, la posición que señala como objeto de protección a la vida, integridad física y salud de los trabajadores como bienes jurídicos individuales. Pero entre estas dos posiciones, encontramos posturas “intermedias”, como aquella que entiende que la seguridad en el trabajo es un bien jurídico supraindividual pero no autónomo, sino de referente individual, es decir como bien jurídico instrumental, que sirve a la tutela de los bienes jurídicos individuales señalados antes. Esta postura “matiza el carácter colectivo del bien jurídico, acercándose a un bien jurídico individual, pero no se identifica con

---

proteger al trabajador antes de que sea incluso su vida, la que pueda estar en peligro. (*El delito...*, pp. 49 y 50.).

<sup>520</sup> Delitos contra la seguridad de los trabajadores en el ámbito de la construcción, en POZUELO PÉREZ (dir) *Derecho penal de la construcción*, Granada, 2012, pp. 19 y ss.

<sup>521</sup> *El accidente de trabajo en las obras de construcción como fuente de responsabilidad penal*, tesis doctoral (Universidad de Alcalá), Alcalá de Henares, 2015, p. 24.

él”.<sup>522</sup> También pueden incluirse en este grupo intermedio, las posiciones que consideran como bien jurídico protegido a la vida y salud, pero como colectivo (en sentido supraindividual).

Aquí se demostrará que la postura correcta es la que señala como objeto de protección a la vida y salud, como bienes jurídicos individuales.<sup>523</sup>

## **II. Problemática propia de las tesis “colectivistas”<sup>524</sup>**

### **II.1 Introducción**

Considero abarcadas en este bloque las posturas que señalan como objeto de protección a la seguridad en el trabajo como bien jurídico colectivo autónomo, como bien jurídico supraindividual pero no autónomo (de referente individual) y a la vida y salud, pero como colectivo (en sentido supraindividual).

Estas tesis sobre el objeto protegido están asociadas a los diferentes niveles en los que puede hablarse de una realidad valiosa: en esa realidad se pueden identificar bienes básicos valiosos en sí mismos y que no se explican por su relación con otros bienes y que constituyen bienes personales, y otros (bienes) que se pueden denominar derivados o instrumentales, porque su protección contribuye a crear las condiciones para la protección de esos bienes básicos.

Desde esta lógica, puede verse que la posición que entiende como bien jurídico a la vida y salud de los trabajadores “en sentido colectivo”, si bien identifica correctamente esos bienes básicos, les asigna una dimensión supraindividual que tiene que ver en realidad con que esos bienes abarcan también una faceta “social” del individuo, pero sin perder por ello, su naturaleza individual.

Por su parte, la otra postura, entiende que lo protegido (de manera inmediata) es ese estado previo a los bienes básicos personales (protección mediata), la “seguridad laboral”. Sin embargo, como se desarrollará seguidamente, lo que este sector doctrinario denomina “seguridad laboral” no puede erigirse en bien jurídico protegido, circunstancia que invalida la posición colectivista extrema (que lo entiende como bien jurídico autónomo) y una de las intermedias (que lo considera como bien jurídico de referente individual).

---

<sup>522</sup> En términos de AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, p. 72.

<sup>523</sup> No se menciona a la integridad física por ser redundante, ya que está incluida en el concepto de la salud, que abarca también el aspecto psicológico (este tema se tratará más adelante).

<sup>524</sup> Término utilizado por HORTAL IBARRA (*Protección penal...*, pp.56 y ss.).

Ambas tesis interpretan al art. 316, no como un adelantamiento de las barreras de protección de bienes jurídicos individuales (vida, salud e integridad física), sino como la tutela de *otro bien jurídico*: la seguridad en el trabajo, entendida como la ausencia de riesgos para la vida y la salud del trabajador que dimanen de las condiciones materiales de prestación del trabajo. No obstante, califican al citado tipo penal como delito de peligro, lo cual es incoherente porque, conforme a su lógica de pensamiento, lo que se produce es una *lesión* a la “seguridad” mediante el peligro para la vida, salud e integridad física.<sup>525</sup>

Además, se parte de un bien jurídico protegido “formal” que se configura como un conjunto de condiciones que garantizan un desarrollo de la actividad laboral seguro como “realidad” valiosa en sí misma, que resulta incapaz de limitar la intervención punitiva. De este modo, el ilícito penal se identifica con la infracción de un deber de seguridad que atañe al empresario fundado en normas de Derecho público indisponibles, con lo que se termina por confundir los órdenes normativos laboral-administrativo y penal, con la consiguiente vulneración del principio de lesividad.<sup>526</sup>

## II.2 “*Ratio legis*” y objeto de protección

Se intenta subsanar las deficiencias señaladas en el apartado anterior, incorporando a los bienes jurídicos individuales como el fundamento último de la intervención penal. Pero de este modo, el bien jurídico “seguridad” es un objeto diferenciado de los bienes individuales, que vendrían a ser *la razón de la protección del primero*, y por ende, no el objeto protegido mismo. Ante este razonamiento, cabe señalar que si bien la *ratio legis* puede ser un importante factor a tener en cuenta desde un plano político criminal, ello no dice nada de la *sustantividad* del objeto de protección.<sup>527</sup> Con ello se logra sólo complicar lo que ya de por sí es complejo, contestando no a lo que se pregunta, sino a lo que se está en condiciones de responder, no al *qué*, sino sólo al *por qué*. Y es que por otra parte, el motivo que lleva al legislador a intervenir no puede ser al mismo tiempo el objeto de protección sin caer en una contradicción: si la razón de la protección es al

---

<sup>525</sup> MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción*, pp.360 y ss.

<sup>526</sup> TERRADILLOS BASOCO, *La siniestralidad...*pp.49 y ss. En igual sentido, MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción*, pp. 360y ss.

<sup>527</sup> CARDOZO POZO, R., *Bases de política criminal y protección penal de la seguridad vial*, Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2009, p. 271. RODRÍGUEZ MONTAÑES señala que, la seguridad no aporta en este sentido nada decisivo a efectos de solucionar los problemas de legitimación, porque la seguridad por si misma es un concepto vacío: para justificar la intervención penal ha de ser seguridad para algo y ese algo es, en definitiva, la vida, la integridad u otros bienes jurídicos esenciales (*Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Bs As, 2004, p. 265).



mismo tiempo el objeto protegido, implica que lo tutelado son los bienes jurídicos individuales y con ello se negaría la premisa básica desde la que esta postura parte.<sup>528</sup> Esta tesis no permite el deslinde entre interpretación teleológica y bien jurídico protegido.<sup>529</sup> Veamos.

La teoría del bien jurídico desempeña una doble función: a. una función dogmático-hermenéutica o inmanente al sistema, y b. una función político-criminal crítica o trascendente al sistema. El principal cometido de la primera tarea sería servir como elemento de ayuda para delimitar el contenido de los distintos tipos penales de acuerdo con una interpretación teleológica (alcance del tipo).<sup>530</sup> La segunda, tiene como objetivo realizar un control externo de legitimidad.<sup>531</sup>

Desde el primer punto de vista, se podría entender que el bien jurídico protegido es la seguridad laboral, que tiene en cuenta las condiciones jurídicamente garantizadas en ese ámbito social (trabajo), es decir, se trataría de un delito que afecta a un “estado de riesgo permitido o controlado en un determinado subsistema jurídico-social”. Sin embargo, esa descripción de la finalidad de la norma no es suficiente para describir la totalidad del injusto el delito de peligro del art 316, en tanto el precepto hace referencia a la puesta en peligro de bienes jurídicos individuales -vida, salud e integridad física de los

---

<sup>528</sup> CARDOZO POZO, *Bases de política criminal...*, p. 271.

<sup>529</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Seguridad del tráfico y resultado de peligro concreto: comentario a la SSTs de 5 de marzo de 1998 y 2 de junio de 1999. Sobre la normativización del peligro, DONNA (dir.) *Revista de derecho penal, Delitos de peligro-II, 2008-1*, p. 94.

<sup>530</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *Ibidem*, pp. 94 y ss. En este sentido, se ha destacado que el concepto de bien jurídico tiene esta función hermenéutica, pues al interpretar los elementos del tipo penal, deberá servir para descubrir los alcances de una determinada prohibición, por ejemplo, si en el delito de homicidio se protege la vida, no podrá haber delito cuando ya no hay vida humana que proteger; determinar luego si existiría una permisibilidad extraordinaria de la afectación al bien jurídico ante la preeminencia de otros intereses sociales (causas de justificación), fijar los alcances de la imputabilidad individual por el hecho cometido (culpabilidad) y la punibilidad de la conducta, así como la magnitud de la pena (ABANTO VÁZQUEZ, M., *Acerca de la teoría de bienes jurídicos, Libro Homenaje a Juan Bustos Ramírez*, Lima, 2006, p.7).

<sup>531</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *Ibidem*, pp. 94 y ss. Con relación a esta segunda función (“función crítica”), desde una perspectiva del ideal del principio democrático, el penalista estaría en condiciones de discutir la legitimidad de aquellos tipos penales creados o por crearse que no cumplan con proteger bienes jurídicos (ese es el motivo por el cual no puede perseguirse legítimamente las concepciones morales o éticas de las minorías). En este contexto también resulta relevante el reconocimiento de una jerarquía de bienes jurídicos, especialmente vinculada a la Constitución, que permita establecer una mayor o menor (o falta) de necesidad de protección (y por lo tanto de justificación de la intervención penal). Así, gozarían protección penal decreciente en el sentido de dicha jerarquía, bienes individuales como la vida, la libertad humana, la integridad corporal, el patrimonio. Y también algo similar se puede hacer con los bienes jurídicos vinculados con el funcionamiento de instituciones básicas necesarias para el pleno desarrollo de tales derechos fundamentales, como por ejemplo, “el funcionamiento de la administración pública”, “la administración de justicia”, etc. (ABANTO VÁZQUEZ, *ibidem*, pp. 6 y ss. y pp. 15 y ss.).

trabajadores-. Sin una referencia a dichos bienes no se puede comprender el contenido material del injusto del delito.<sup>532</sup>

La norma penal es una directriz coactiva de conducta que, por una parte aísla conceptualmente un determinado tipo de comportamientos y, por otra, pretende su evitación o su realización a través de la amenaza de pena y de los diversos efectos -positivos y negativos- que ésta despliega en sus destinatarios. El bien jurídico *indica* la razón principal de la coacción, al expresar el *objeto afectado* por los comportamientos amenazados y *cuya protección es el fin que ha motivado la puesta en marcha del mecanismo instrumental penal*.<sup>533</sup> En esta reflexión puede distinguirse claramente entre el *objeto protegido* y la función teleológica-hermeneútica que puede efectuarse a través de la conceptualización de dicho objeto.

Desde el punto de vista de la función político-criminal o legitimadora del bien jurídico, cobra gran relevancia el *referente individual*. En efecto, si no se tiene en cuenta la protección del bien (básico) individual como la finalidad última de la norma, se posibilita una política criminal peligrosa por su carencia de límites y por su desarraigo de los bienes esenciales a proteger. En ese orden de ideas, la seguridad laboral sólo cobra sentido material y político-criminalmente relevante, en referencia a la vida y salud de los trabajadores.<sup>534</sup>

Sentado lo expuesto, -y partiendo de esta doble función de la teoría del bien jurídico-, sería tal vez más lógico reconocer que desde esta posición lo que sutilmente se plantea, es que el bien jurídico protegido se encuentra en la propia seguridad, respecto de la cual los bienes jurídicos individuales serían *el motivo de la elevación a rango jurídico penal de aquella*. Pero esto supone la inexorable emancipación de la seguridad como un bien digno de tutela penal en sí mismo, lo que desde luego otorgaría a esta postura un mayor grado de coherencia, aunque no de legitimidad. De este modo, la tesis que postula a la seguridad laboral como bien jurídico colectivo autónomo, se coloca en una encrucijada: si pretende mantenerse dentro de los límites impuestos por una concepción tradicional de bien jurídico -introduciendo a los bienes jurídicos individuales- pierde coherencia, y de ser coherente -la seguridad laboral como bien jurídico en sí mismo-, pierde legitimidad.<sup>535</sup>

### II. 3 La seguridad laboral y el “referente individual”

<sup>532</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *Ibidem*, pp. 95 y ss., con un razonamiento similar respecto de los delitos contra la seguridad del tráfico.

<sup>533</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, Bien jurídico y objeto protegible, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, N°4, 2012, p. 46.

<sup>534</sup> DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario*, Pamplona, 1996, p. 250 y ss.

<sup>535</sup> CARDOZO POZO, *Bases de política criminal...*, pp. 272/8 (con relación a la seguridad vial).

En el contexto delineado, una manera de evitar dar a la “seguridad laboral” una configuración netamente formal es recurriendo a la construcción de la figura de los bienes jurídicos colectivos de “referente individual”. Esta postura se caracteriza por definir dos objetos de tutela: uno inmediato identificado por el bien jurídico colectivo y otro mediato constituido por el bien jurídico individual, y se vincula en general a una técnica de tipificación que integra un delito de lesión respecto del bien jurídico colectivo junto con un delito de peligro, referido a bienes jurídicos individuales.<sup>536</sup>

Así planteado, cabe destacar de inicio, que en esta estructura propuesta, no queda claro el rol de cada bien jurídico. Me explico: si existe un bien jurídico colectivo, debe ser necesariamente éste el objeto protegido por la norma penal, aunque se alegue una necesaria conexión teleológica con bienes jurídicos individuales a los que estaría subordinado el primero.<sup>537</sup> Del modo presentado, la *ratio legis* es elevada al nivel de bien jurídico con base en una lógica circular, ya que se entiende que son bienes jurídicos protegidos, dado que están protegidos.<sup>538</sup> Por otra parte, tampoco resulta convincente la propuesta de entender que *coexisten* dos bienes jurídicos, de naturaleza individual uno (vida y salud) y colectiva el otro (seguridad laboral). Además de ser una opción interpretativa que crea más problemas que los que resuelve, implica colocar al mismo nivel dos realidades distintas.<sup>539</sup>

Dicho esto, puede verse que, a pesar del cambio de nomenclatura, el referente individual invocado no deja de ser, como en el caso de la postura anterior, sólo la *ratio legis* de la intervención penal, lo cual, antes que resultar garantista, banaliza el concepto de bien jurídico.<sup>540</sup>

Con este panorama, da la sensación de que esta postura atiende más a explicar la técnica de tipificación a partir de la búsqueda de un bien jurídico.<sup>541</sup>

Finalmente, el recurso a esta sofisticada construcción, tampoco permite configurar convincentemente un bien jurídico colectivo.<sup>542</sup> En este sentido, se ha señalado que si

---

<sup>536</sup> MATA y MARTIN, R., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, 1997, p. 71, SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, 2003, p. 179. Se profundizará más en este esquema, en el capítulo próximo.

<sup>537</sup> En esta tesis, el bien jurídico colectivo queda anulado, ya que no cumple ningún rol y el tipo penal termina configurándose exclusivamente como un delito contra bienes jurídicos individuales de peligro concreto.

<sup>538</sup> CARDOZO POZO, *ibídem*.

<sup>539</sup> TERRADILLOS BASOCO, *RDP, N°E*, pp.22 y ss.

<sup>540</sup> CARDOZO POZO, *Bases de política criminal...*, p.279. En este sentido, TERRADILLOS BASOCO, quien destaca que el interés colectivo en la seguridad, sólo alcanza relevancia jurídico penal cuando va referido, de modo más o menos inmediato, a bienes jurídicos individuales (*RDP, N°E*, p.22 y ss.).

<sup>541</sup> CARDOZO POZO, *Bases de política criminal...*, p.279. Se profundizará en el análisis de esta especial técnica de tipificación, en el próximo capítulo.

existiera un bien jurídico colectivo bien definido, con todos sus contornos, la creación doctrinaria de “bienes jurídicos colectivos de referente individual”, carecería de toda importancia por innecesario.<sup>543</sup>

Cabe hacer una mención especial de la postura sostenida por HORTAL IBARRA, quien considera que su propuesta permite superar las críticas al carácter colectivo del bien jurídico protegido, sin necesidad de recurrir a la figura de bienes instrumentales. Concluye el autor que, con el esquema que propone, no se produciría un adelantamiento de las barreras de punición poco conciliable con el principio de lesividad, ya que se afectaría al bien jurídico colectivo, pero se evitaría también caer en el formalismo y la protección simbólica, en tanto que existe un referente individual, cual es el libre desarrollo de la persona en la vida social (el referente individual es uno de los valores que el legislador tiene en cuenta, en el momento de decidir la intervención del Derecho penal).<sup>544</sup> A su planteamiento, MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA, le han criticado que no se acaba de ver la diferencia con la tesis colectivista, pues se sigue defendiendo la tutela de las expectativas de seguridad y confianza de los ciudadanos, carentes del referente material al que vincular el contenido de las normas. Si no se atiende a la idoneidad de la acción para afectar a la vida o la salud de los trabajadores, retorna el peligro de formalismo reprochado por HORTAL IBARRA a los defensores de la tesis colectivista clásica de erigir en infracciones penales lo que sólo son infracciones administrativas. Si en conclusión, la referencia a los intereses individuales es ineludible para legitimar un supuesto bien jurídico colectivo autónomo, parece más honesto plasmar, al menos, esa conexión a los bienes jurídicos individuales y no eliminarla al enunciar el bien jurídico protegido. Asimismo, los autores mencionados señalaron que por otro lado, tampoco se alcanza a entender la razón por la que resulta más respetuoso con el principio de ofensividad su propuesta de construir un bien jurídico colectivo autónomo, insistiendo en la necesidad de distinguir entre sustrato material y afectación al bien jurídico, que defender desde el principio un bien instrumental o, incluso, una anticipación de las barreras de punición en la tutela de bienes individuales. Y no se comprende porqué, si la decisión sobre la lesión del interés supraindividual, concepto sobre el que recae el peso de garantizar el respeto al principio de lesividad, sólo tiene como criterio rector que incide en un bien jurídico individual, no se admite que el único punto de anclaje de la decisión de sancionar, es la afectación a bienes jurídicos individuales.

<sup>545</sup>

Luego de todo lo expuesto, cabe concluir que si la lesión al bien jurídico colectivo equivale a un peligro para los intereses individuales y por tanto una anticipación de su tutela, la conclusión no puede ser otra que si a la hora de identificar un bien jurídico colectivo no se es capaz de encontrar tras él más que bienes de naturaleza individual,

---

<sup>542</sup> MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción*, pp. 361 y ss.

<sup>543</sup> CARDOZO POZO, *Bases de Política criminal...*, p. 280, nota 880.

<sup>544</sup> *Protección penal...*, p. 61, y pp. 43/53, respecto de su concepto de delito de peligro protector de bienes jurídicos supraindividuales, coincide con CORCOY BIDASOLO.

<sup>545</sup> MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción*, pp. 361/2.

ese bien jurídico es superficial y habría que prescindir de él, objeción que se extiende también a quienes defienden un bien jurídico colectivo de carácter instrumental.<sup>546</sup>

### **III. La seguridad en el trabajo como objeto de protección: concepto y críticas**

#### **III.1 Introducción**

Antes de abordar el verdadero contenido de lo que un sector doctrinal denomina “seguridad laboral”, cabe poner de manifiesto que se parte aquí de una postura contraria a la tesis desarrollada por KINDHÄUSER, quien definió al delito de peligro abstracto como “injusto de la inseguridad”. El objeto de protección para este autor sería la posibilidad para una persona razonable, de disponer de forma segura de los bienes, suponiendo estos delitos una perturbación de las condiciones normativamente garantizadas de esa disposición. Los delitos de peligro abstracto quedan así definidos como delitos que tipifican una lesión *sui generis*. Según esta tesis, se trata de un bien jurídico de naturaleza normativa (no psicológica), es decir, no se trata de satisfacer sentimientos de seguridad, sino de proteger condiciones reales de seguridad para bienes jurídicos básicos.<sup>547</sup>

Comparto la crítica que le ha formulado a este modelo dogmático, en el sentido de que encierra el peligro de una insatisfactoria administrativización del injusto penal y dinamita las posibilidades de establecer las necesarias diferencias entre el injusto penal y otros tipos de injusto, entendiéndose que en realidad creó una teoría global de las infracciones de peligro abstracto, ya que el Derecho administrativo también protege las condiciones de seguridad. Asimismo, se ha señalado que donde no se puede fundamentar en general un injusto por el grado de abstracción de la protección de bienes jurídicos individuales, tampoco se puede fundamentar un injusto penal que proteja condiciones estadísticas de seguridad. De este modo, se concluye que KINDHÄUSER cambia la perspectiva pero no resuelve el problema de fondo, porque no tiene en cuenta que en última instancia lo que se quiere proteger son bienes jurídicos como la vida y salud, *pero variando la técnica de protección*, es decir, no es que los delitos de peligro abstracto tengan un objeto de protección distinto que otros tipos penales como las lesiones o el homicidio, sino que la estructura típica es diferente y en ese sentido “*no se trata de tematizar la seguridad como bien jurídico u objeto de tutela sino de tematizar*

---

<sup>546</sup> SOTO NAVARRO, *La protección penal...*, p.213; en igual sentido, MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción*, pp. 361 y ss.

<sup>547</sup> Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal, *InDret*, 1/2009, pp. 7 y ss.

*el comportamiento que genera inseguridad como injusto penal o como hecho jurídico-penalmente imputable*".<sup>548</sup>

Una posición similar a la de KINDHÄUSER es sostenida en la doctrina española por CORCOY BIDASOLO, quien parte de la idea de que los delitos de peligro protegen la "sensación de seguridad y confianza" de los ciudadanos por sí misma, sin referencia a la efectiva situación de peligro para los bienes jurídicos como la vida o salud que se protegen en última instancia.<sup>549</sup> Por ello, FEIJÓO SÁNCHEZ, señala que cabe hacerle a esta autora las mismas objeciones que al autor alemán, pero de forma más intensa por su excesiva "psicologización" de los bienes jurídicos a defender. Por su parte, SOTO NAVARRO, expresa que la defraudación de expectativas sociales y su restablecimiento por medio de la intervención punitiva, son conceptos útiles para describir la función de la pena y por ende del Derecho penal como subsistema de control social, *pero no aportan referente material alguno sobre el contenido legítimo de las normas, ni pueden servir como criterio de incriminación*. La seguridad sólo cobra entidad suficiente, con capacidad para delimitar los tipos penales, en la medida en que se la dote de un soporte material sólido y no es otro que los bienes jurídicos individuales que se quieren preservar de formas de ataque indiscriminado.<sup>550</sup>

Dicho esto, corresponde ahora abordar en concreto el concepto de la llamada "seguridad en el trabajo".

### **III. 2 Contenido de la "seguridad laboral"**

En las posturas doctrinales antes descritas (colectivista extrema y una de las colectivistas intermedias), la referencia a la "seguridad laboral" pretende insistir en que en este ámbito social, donde las conductas se ven más regladas y estandarizadas por el ordenamiento jurídico, pasa a ser relevante para el Derecho penal ya el hecho peligroso que infringe esas normas -creación de un riesgo no permitido-. En este contexto, la "seguridad" se logra cuando se respetan las normas jurídicas de prevención y de este modo, ella resulta ser sólo la otra cara de la vigencia fáctica de las normas. En otras palabras, detrás del "bien jurídico" *seguridad* no hay otra cosa que la propia norma de conducta o incluso sólo algún aspecto relacionado con su vigencia, pero no remite a ningún objeto específico que se encuentre detrás de tales normas. Se trata de "una nada

---

<sup>548</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, *RDP*, 2008-1, pp.147 y ss.

<sup>549</sup> *Delitos de peligro...*, p. 208.

<sup>550</sup> *La protección penal...*, p.229.

que se transforma en algo existente mediante el uso reificante del lenguaje y que de ese modo aparece como objeto susceptible de ser considerado bien jurídico”.<sup>551</sup>

Desde esta óptica, llamar bien jurídico a la seguridad es elevar a la categoría de objeto, lo que es mera ausencia de desconfianza o de peligro.<sup>552</sup> Esta característica no sólo impide su consideración como bien jurídico autónomo, sino también como un bien jurídico “intermedio”. Esta segunda alternativa, constituye un recurso para que la sociedad acepte que en el marco de ciertas actividades que conllevan ciertos riesgos, es importante que se cumplan las normas que los reducen. Como el cumplimiento de las normas se asegura por medio de las sanciones penales, entonces los “tipos con un bien jurídico intermedio espiritualizado” parecen proteger una combinación de dos bienes jurídicos: el protegido por la norma de conducta y el protegido por la norma de sanción.<sup>553</sup> Sin embargo, ello implica un “desdoblamiento” de una única clase de bienes jurídicos: vida y salud como bienes individuales, por un lado y la *creación artificial* de un “bien adelantado”, que sólo representa la protección de éstos, por el otro.<sup>554</sup> Es decir, en la “seguridad” no hay nada distinto a la *protección adelantada* de los bienes jurídicos individuales vida y salud.

Ello por cuanto, el concepto de “seguridad” no es más que el reverso de la idea de peligro, esto es, una forma alternativa de expresar la protección de un bien jurídico frente a su puesta en peligro, máxime si se tiene en cuenta que el término seguridad no

---

<sup>551</sup> AMELUNG, K, El concepto de “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos, en HEFENDEHL (ed), *La teoría del bien jurídico*, Madrid, 2007, pp. 249/251. En ese sentido, “la seguridad es un “concepto vacío” (ISENSEE, J, *El derecho constitucional a la seguridad* (traducción de Geminiani y Manso Porto), Bs. As, 2014, p. 43. Del mismo modo, se ha dicho que el concepto de seguridad es una constelación vacía, muy semejante a la noción salud/enfermedad, dicho baremo sólo funge como un concepto de reflexión, o como una categoría que sirve de válvula de escape para las propias exigencias sociales, al igual que sirve como parámetro de cálculo de decisiones (COLINA RAMÍREZ, *Sobre la legitimación del Derecho penal del riesgo*, Madrid, 2014, p. 29).

<sup>552</sup>El concepto de la seguridad está asociado a la idea de la sociedad de riesgo. En este sentido, no se puede desconocer que “seguridad” tiene un alto valor social y se entiende bajo esta óptica social, como un valor intrínseco, con una fuerte ideología socio-cultural, por lo que no se puede valorar como una unidad que versa sobre los efectos que se encuentran en palabras como libertad, orden, salud, etc., pues antes bien, la seguridad se justifica desde un ámbito sociológico a la vez que también de un análisis semántico. Cuando se habla de seguridad como una idea de valor social, se hace entender que bajo esta construcción lingüística, la clave está precisamente en la idea de seguridad, pues bajo ésta se justifica o ampara la tolerancia al riesgo en diferentes situaciones socio culturales. La preocupación por la seguridad como una idea de valor, parte de ofrecer en el futuro la reducción de riesgos, es decir, ofrecen motivos de precaución frente a determinados ámbitos de la vida. Si entendemos que de un análisis conceptual de la seguridad se parte de una valoración social, ello nos conduce de manera implícita a observar que este concepto surge de un contenido normativo, a la vez que simbólico; por lo que encuentra su expresión en el marco de las instituciones, a su vez que en el proceso de socialización del individuo (COLINA RAMÍREZ, *Sobre la legitimación...*, pp. 70/71, con cita de KAUFFMANN).

<sup>553</sup> AMELUNG, *La teoría del bien jurídico*, p. 256.

<sup>554</sup> Por ello se sostiene que la protección simultánea de bienes colectivos y bienes individuales, dificulta el conocimiento y determinación adecuados del bien jurídico colectivo y facilita su confusión con el individual (VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto y resultado*, Pamplona, 2007, pp. 109/110).

puede interpretarse como ausencia de todo riesgo, sino sólo como exclusión de determinadas situaciones de peligro provenientes de acciones tipificadas.<sup>555</sup>

Con esta referencia se alude, en rigor, a una *nueva modalidad de ataque* a los bienes jurídicos individuales vida y salud.

En esta dirección se ha expresado que no todos los bienes instrumentales que habitualmente se manejan en la doctrina merecen una denominación propia como tales. Así por ejemplo, los que se refieren directamente a la seguridad de otro bien, tan sólo reflejan modalidades de ataque a los bienes jurídicos básicos -y en este sentido son conceptos que cumplen una finalidad importante en la delimitación del tipo, pero no constituyen su objeto de protección. Si al identificar el bien jurídico intentamos sólo aprehender qué realidad valiosa se protege en un tipo penal, entonces lo razonable es prescindir de bienes intermedios, para situarse directamente en los bienes individuales que concretan el contenido del injusto material del hecho. La referencia a la “seguridad” de un bien no es en realidad más que otra manera de decir que dicho bien se está protegiendo anticipadamente mediante la sanción de comportamientos peligrosos, y para dar cuenta de la diferencia no es necesario individualizar diferentes bienes jurídicos, sino sencillamente precisar en cada caso qué tipo de relación con el mismo bien jurídico encierra el comportamiento típico y esto es precisamente lo que siempre se ha hecho con la diferenciación en el nivel de la tipicidad entre tipos de peligro y tipos de lesión.<sup>556</sup>

Este razonamiento puede observarse claramente en los delitos contra la salud pública, donde el atributo de “colectivo” no corresponde propiamente al postulado bien jurídico, sino a la *clase de peligro del que se trata de preservar la salud individual*. Ciertamente existe un interés común en que se garantice la salud de todos los consumidores, pero el titular del bien jurídico protegido sigue siendo el individuo. *La dimensión colectiva sólo se manifiesta en el momento de la agresión*, por su potencial lesivo para la salud de múltiples sujetos, lo que exige una nueva técnica legislativa de protección: los delitos de peligro común o general.<sup>557</sup>

---

<sup>555</sup> SOTO NAVARRO, *La protección penal...*, p. 210. La autora sostiene, citando a ROXIN, que en este contexto, la seguridad es sólo el fenómeno concomitante y la consecuencia de la protección -adelantada- de bienes jurídicos.

<sup>556</sup> Esta concepción sirve no sólo para simplificar las categorías jurídicas sino, lo que es más importante, para evitar que con la aceptación de bienes jurídicos intermedios se multiplique el recurso al Derecho penal en conductas que carecen de lesividad material necesaria por encontrarse demasiado alejadas de los bienes personales. También se evita la frecuente vulneración del principio *ne bis in idem* que se produce al perder de vista la relación entre delitos de lesión y de peligro, lo que acaba propiciando la aplicación sistemática de concursos de delitos donde sólo debería haberlos de leyes (MOLINA FERNÁNDEZ, *Política Criminal y blanqueo de capitales*, p.97)

<sup>557</sup> SOTO NAVARRO, *La protección penal...*, p. 205. Un uso correcto del concepto de bien jurídico ha de conducirnos a desenmascarar aparentes objetos de protección que en realidad no lo son, por ejemplo la salud pública, que no es ni más ni menos que la salud de todos los miembros de la sociedad. No se trata de un bien colectivo, sino de la suma de bienes individuales. Otro tanto ocurre con la seguridad del tráfico, que es simplemente la protección de los bienes individuales como la vida o la salud de los participantes en el tráfico automovilístico (HEFENDEHL, R, *¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros?*, RECPC, 04-14, 2002, pp. 3 y ss.).



Algo similar ocurre en el ámbito de las actividades laborales, donde, por lo general, los trabajadores están expuestos *simultáneamente* (“en plural”) a un foco de peligro *común*, situación que se asocia directamente al término “inseguridad”, y que es lo que el art 316 intenta evitar.

Entonces, en la referencia a la “seguridad en el trabajo”, se entremezcla la cuestión del bien jurídico, con el contenido del injusto o con los problemas materiales del injusto específicamente penal.<sup>558</sup>

Esta afirmación, parte de que no es función del bien jurídico delimitar la “modalidad de ataque”, sino tan sólo aprehender qué realidad valiosa justifica la intervención penal.<sup>559</sup> Por esa razón, se pervierte el concepto de bien jurídico si todos los problemas relacionados con el injusto penal -entre ellos los modos de agresión al objeto de protección relevante para el tipo- se reconducen como un problema de éste.<sup>560</sup> Por eso, algunos autores reconocen que respecto del art. 316, la seguridad se identifica como una manera de proteger al bien jurídico, pero no forma parte de su concepto.<sup>561</sup>

Es decir, si en definitiva lo que se pretende es preservar la inmunidad para bienes jurídicos individuales, o sea, crear un área social de seguridad colectiva que dificulte el surgimiento de riesgos para éstos, no es necesario crear, a partir de ello, un nuevo objeto de tutela, un nuevo bien jurídico intermedio falto de sustantividad en sí mismo, *sino desarrollar una estructura típica adecuada*.<sup>562</sup> Los problemas de construcción del bien

---

<sup>558</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *RDP, 2008-II*, p.94, nota 10.

<sup>559</sup> SOTO NAVARRO, *La protección de...* p. 210, nota 55, donde la autora refiere la imposibilidad de basar en el objeto de tutela la caracterización del injusto típico.

<sup>560</sup> Señala FEIJOO SÁNCHEZ que ello no es de extrañar, ya que tradicionalmente las cuestiones relativas al fundamento del injusto han sido argumentadas a través de la teoría del bien jurídico protegido. Gran parte de la confusión existente con respecto a la dogmática de los denominados bienes jurídicos intermedios tiene su origen en la tendencia doctrinal a introducir en la teoría del bien jurídico, aspectos que más bien se refieren a otras cuestiones, relativas al merecimiento de pena de una conducta o al fundamento y estructura del injusto. No se debe sobrecargar a la teoría del bien jurídico con más funciones de las que le corresponden (*RDP, 2008-I*, pp. 92 y ss.). Se debe distinguir y valorar dogmáticamente por separado los aspectos del objeto protegido y de la repercusión de la conducta típica sobre el mismo. En efecto, constituyen entidades distintas la naturaleza objetiva de los bienes estimados relevantes en la vida social, de un lado, y las formas posibles de incidencia del actuar humano sobre ellos, de otro. Hacer residir el predominante carácter objetivo o subjetivo de la antijuridicidad, directamente en la propia naturaleza de la concepción del bien jurídico implica un error dogmático insalvable. La índole del objeto de tutela no funda de forma unilateral el sentido y el carácter del injusto típico, sino que necesariamente aquella habrá de ser vinculada a la respectiva relación del concreto actuar típico con la misma (POLAINO NAVARRETE, M. El bien jurídico en el Derecho penal, *Publicaciones de la Universidad de Sevilla*, 1974, pp. 207/08).

<sup>561</sup> BAYLOS/TERRADILLOS, *Derecho penal...*, p.116, AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, pp. 81/82, MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción*, pp. 361 y ss.

<sup>562</sup> JORGE BARREIRO, A. destaca que “lo que sí ha de ser considerado como notablemente artificioso es acoger como bien jurídico protegido la seguridad en el trabajo y ello no sólo porque entonces estaríamos

jurídico protegido son diferentes, y por ende deben distinguirse, de los relativos a la construcción del tipo o del delito. Si esto no se visualiza, el eje de la cuestión se traslada al objeto de protección y se tiende a distinguir entre bien jurídico colectivo “con referente individual y sin él”.<sup>563</sup>

A la luz de tales pautas, sólo cabe concluir que, en realidad, con el art 316 lo que se pretende proteger es directamente la vida y salud, de una nueva modalidad de agresión asociada a los peligros inherentes de la actividad laboral.

Esta situación no puede explicarse a través de la creación de un nuevo bien jurídico, la “seguridad laboral”, sino mediante una *exégesis adecuada de la estructura del tipo penal del art. 316*.

En efecto, desde el punto de vista de la interpretación de la ley penal, se ha puesto de relieve la insuficiencia del criterio del bien jurídico para la correcta solución de los problemas exegéticos y para la determinación del alcance exacto de los singulares tipos penales. Las dudas relativas a una exacta delimitación entre figuras legales, sólo pueden disiparse si se atiende al fin de la norma. Cuando se pretende *determinar la tutela jurídica* de un precepto penal, en realidad se busca el fin de la norma, pero muchas veces con ello se camufla a esa *ratio legis* bajo la apariencia del objeto, considerándola como algo existente en la realidad fenoménica.<sup>564</sup> Es esto lo que ocurre con la consideración de la “seguridad laboral” como bien jurídico protegido.

Desde esta perspectiva, no es un impedimento para sostener que el art. 316 protege a la vida y salud como bienes jurídicos individuales, el hecho de que estos intereses estén protegidos también por los tipos penales de homicidio y lesiones, porque el fin de la norma en el art. 316 es *diferente* al de esos tipos (no el bien jurídico), y es lo que se confunde con el objeto de protección, dándole esa entidad a la “seguridad laboral”. Esa

---

ante un delito de resultado lesivo y no de mero peligro, sino porque una concepción tan abstracta del bien jurídico nos llevaría a catalogar prácticamente todos los delitos de peligro como delitos de resultado lesivo, al enfocarlos desde la perspectiva del valor seguridad, debilitando de forma muy alarmante las exigencias de los principios de ofensividad y de subsidiariedad o *ultima ratio*” (Cuestiones conflictivas de los tipos penales contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores y sus repercusiones procesales, *Cuadernos de Derecho Judicial*, V-2008 , p.149. Ver también SOTO NAVARRO, *La protección penal...*, pp. 179 y 208.

<sup>563</sup> VARGAS PINTO, *Delitos de peligro...*p. 115.

<sup>564</sup> POLAINO NAVARRETE, *Publicaciones...*, p. 307. Reconocida la posibilidad de que se incluyan en el precepto legal momentos referentes a perspectivas diversas -por ejemplo de política criminal, de exigencias de justicia material, etc- que no mantienen un contacto inmanente con el concepto de bien jurídico, cabe afirmar que el objeto de protección no es nunca identificable con la tutela misma, en cuanto materia propia y exclusiva de la finalidad de la ley y de la actividad del legislador (POLAINO NAVARRETE, *ibidem*, p. 311).

es la conclusión a la que conduce la “exégesis adecuada de la estructura típica” del art. 316, que aquí se desarrollará, y que consiste en delimitar correctamente los elementos que la integran: fundamentalmente el “objeto de acción” e interpretar con precisión la especie de peligro a la que alude el precepto, todo ello, partiendo de la especial modalidad del ataque (plural) al bien jurídico. Esto se desarrollará en los puntos siguientes de este capítulo y en el próximo.

Se trata en definitiva, de la cuestión relativa a *cómo* se protegen ámbitos de organización que ya se tutelan de otra manera, mediante los delitos de resultado lesivo o de peligro concreto. Formulados de manera radical, son las normas que determinan cómo se garantiza jurídicamente la disposición segura de bienes, por lo tanto, se trata de discutir sobre normas o estructuras normativas -y su adecuada interpretación- y no sólo del bien jurídico.<sup>565</sup> Por ello, lo que aquí se propone es una nueva interpretación del tipo penal del art. 316.

#### **IV. El carácter *colectivo* de la “seguridad laboral”**

##### **IV.1 Los bienes jurídicos colectivos**

La referencia a la seguridad laboral en tanto bien jurídico *colectivo*, parte también de una confusión respecto de qué requisitos debe reunir tal categoría de bienes.

La adecuada determinación de los bienes colectivos y de cuáles merecen protección penal se dificulta básicamente por la desvinculación o vinculación excesiva de éstos, con los bienes individuales. Así, los bienes jurídicos colectivos, se amplían enormemente, con carácter vago y difuso o se reducen a manifestaciones que dependen de bienes jurídicos individuales.<sup>566</sup>

La complejidad se presenta porque no se puede negar que existen aspectos comunes entre ambas clases de bienes. Se puede decir que existe una combinación más o menos intensa de aspectos individuales y colectivos en todo bien jurídico penal. Pero, es la ponderación y primacía de unos sobre otros lo que determina su tipo en particular.<sup>567</sup>

---

<sup>565</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro, DONNA (dir.) *Revista de derecho penal, Delitos de peligro-I*, 2007-2, pp. 147 y ss.

<sup>566</sup> Además, se discute la real posibilidad de afectar bienes de esta clase y su modalidad. Su perturbación se dificulta o imposibilita especialmente si se conservan criterios materiales-físicos de destrucción. Es difícil sostener y visualizar su lesión aun desde una perspectiva jurídico-valorativa, por eso es usual vincularlos con la técnica de peligro abstracto (VARGAS PINTO, *Delitos de peligro...*, pp. 100/01).

<sup>567</sup> VARGAS PINTO, *Delitos de peligro...*, pp. 106 y 129.

SOTO NAVARRO señala cuatro rasgos destacados por la doctrina para extraer un concepto de bien jurídico colectivo: titularidad compartida, indisponibilidad, indivisibilidad y naturaleza conflictual.<sup>568</sup>

La clave para delinear ese concepto está en dilucidar cómo se relacionan estas cuatro características y si alguna (s) de ellas es la definitoria de la categoría.

La “naturaleza conflictual” hace referencia a que los nuevos bienes jurídicos colectivos se caracterizan por el hecho de que las fuentes de peligro para ellos, provienen de actividades lícitas y socialmente necesarias, que por lo tanto no pueden suprimirse sino sólo someterse a control. Pero, si bien esta circunstancia caracteriza a una gran cantidad de bienes colectivos, no es predicable de todos ellos.<sup>569</sup>

En segundo término, la imposibilidad de disponer del bien no es un rasgo “independiente” del bien colectivo, sino una consecuencia necesaria de su titularidad compartida.

Por su parte, el hecho de que la titularidad de un bien jurídico se atribuya a un grupo social, en vez de al individuo aisladamente considerado, no puede erigirse *per se* en carácter constitutivo de los bienes colectivos, por cuanto también puede predicarse, dentro de ciertos límites, de algunos bienes individuales.<sup>570</sup> Por último, sí constituye un criterio diferenciador, el rasgo de la *indivisibilidad*, que sólo poseen los bienes jurídicos colectivos.<sup>571</sup>

En un esquema de ideas similar, GRECO<sup>572</sup> propone tres reglas para diferenciar a un bien jurídico colectivo auténtico, de uno aparente:

a. test de *circularidad*: el hecho de que un precepto penal no sería legitimable sin un bien colectivo, no provee una razón para postular ese bien<sup>573</sup>; b. test de *divisibilidad*: el

<sup>568</sup> SOTO NAVARRO, *La protección penal...*, p.227.

<sup>569</sup> SOTO NAVARRO, *La protección penal...*, pp. 213/14 y 229.

<sup>570</sup> Así por ejemplo, el patrimonio no se erige en colectivo por el mero hecho de que su titularidad corresponda a una pluralidad de personas asociadas en forma de persona jurídico-administrativa, sino que eso depende de la función que haya de desempeñar: mantendrá su naturaleza de bien jurídico individual en tanto sea de carácter privativo, mientras que si está destinado a una función pública, se altera su naturaleza, pasando a ser bien jurídico colectivo (SOTO NAVARRO, *La protección penal...*, pp. 227/8)

<sup>571</sup> SOTO NAVARRO, *ibidem*. Conforme al concepto de no-distributividad, un bien será colectivo si es conceptual, real o jurídicamente imposible dividir este bien en partes y asignárselas a los individuos como porciones. Junto a los bienes jurídicos colectivos verdaderos, existen constelaciones especiales que están a caballo entre los bienes jurídicos individuales y los colectivos, por ejemplo, la salud pública. Hay que eliminar esas construcciones de bienes jurídicos colectivos aparentes, para revelar las verdaderas condiciones de legitimación que atañen a la protección de los bienes jurídicos individuales (ver HEFENDEHL, El bien jurídico como eje material de la norma penal, en HEFENDEHL (ed), *La teoría del bien jurídico*, Madrid, 2007, pp. 182 y 187).

<sup>572</sup> Existen criterios para a postulacao de bens jurídicos coletivos?, en *Revista de Concorrência e Regulacao*, añoII, números 7/8, 2012, pp.349 y ss.

hecho de que un número indeterminado de individuos tiene interés en un bien, no provee una razón para postular un bien colectivo<sup>574</sup> y c. test de *especificación*: no se puede postular un bien colectivo como objeto de protección de una determinada norma penal, si la afectación de ese bien presupone *necesariamente* la simultánea afectación de un bien individual.<sup>575</sup>

Estas reglas tienen un carácter “negativo”, en el sentido de que fijan condiciones necesarias, pero no suficientes para la postulación de un bien jurídico colectivo. Necesitan ser complementadas por un argumento positivo, que fundamente porqué un objeto -colectivo- que se quiere proteger, tiene valor.<sup>576</sup> Creo que ese argumento positivo está representado por la “función social” que debe cumplir el bien jurídico colectivo.

Recapitulando, la titularidad compartida del bien -y por ende su indisponibilidad- es una condición necesaria pero no suficiente para que se trate de un bien colectivo. Pero lo que decide en definitiva si se configura un bien colectivo es la *función o utilidad* que éste desarrolla para la sociedad en su conjunto, que es donde verdaderamente reside el criterio fundamentador de la diferencia con los bienes individuales.<sup>577</sup> Es de dicha

---

<sup>573</sup> Un bien jurídico debe ser capaz ejercer una función de control del tipo penal correspondiente, esto es, no debe agotarse en una mera reafirmación circular de que “el legislador está siempre acertado”, sino que tiene que ser algo valioso por razones independientes del mero hecho de que hay una prohibición penal en su defensa. El bien es protegido porque es valioso, y no “es valioso porque está protegido”(GRECO, *ibídem*, p. 359)

<sup>574</sup> Los bienes jurídicos colectivos son bienes indivisibles y no bienes de “un número indeterminado de individuos”. En este sentido, el autor señala que la salud pública, como postulado bien colectivo, no pasaría este test, ya que no existe un “cuerpo colectivo” que pueda estar enfermo o saludable: la afectación de un número indeterminado de individuos no significa que el bien sea colectivo (GRECO, *ibídem*, p. 360).

<sup>575</sup> No se trata de negar que estos “bienes”, (como en este caso la seguridad laboral) no existan, sino que su afectación no presenta un contenido de desvalor adicional, al que presenta la afectación del bien individual (vida y salud del trabajador, en este caso). Es decir esta clase de bienes colectivos “aparentes” no se manifiestan de manera directa, sino a través de otro bien jurídico más preciso, en general individual. La agresión al falso bien colectivo solo puede ser imaginada de un modo “indirecto”, como un reflejo de la afectación al bien individual. Bienes como la salud pública o la seguridad-en sus varias formas- no pueden ser afectados directa e aisladamente del bien individual; una agresión no “mediatizada” o directa a esos bienes, no podrían constituir un ilícito penal, (por ejemplo, la seguridad laboral se afectaría directamente si se derogaran las normas de prevención de riesgos laborales, pero eso no podría ser un delito). De ello se concluye que no se trata de que esos bienes colectivos aparentes no existen, sino de que existen, pero no tienen específica relevancia para el Derecho penal (GRECO, *ibídem*, pp.363/4).

<sup>576</sup> GRECO, *ibídem*, p. 365.

<sup>577</sup> HEFENDEHL se pregunta, ¿qué es exactamente un bien jurídico colectivo? A lo que responde que: dentro de los bienes jurídicos protegidos, son individuales aquellos que sirven a los intereses de una persona o un determinado grupo de personas. Aquellos que sirven a los intereses de muchas personas -la generalidad- se denominan colectivos o universales (*RECPC, 04-14, 2002*, pp. 3 y ss.). En este sentido, se ha dicho que una característica de estos bienes es que están ligados al funcionamiento del sistema, ya que no se trata sólo de relaciones sociales básicas dentro del sistema y configuradoras del orden social

función que se deriva la titularidad compartida y por consiguiente, los bienes colectivos no son susceptibles de división en partes atribuibles individualmente, sobre las que se reconozca libertad de disposición.<sup>578</sup> El contenido de esa función, no puede determinarse con carácter general, sino que debe hacerse *en atención a cada caso concreto*.<sup>579</sup>

Ahora bien, la autonomía del bien jurídico colectivo no quiere decir absoluta independencia de los bienes jurídicos individuales. Tampoco los bienes colectivos constituyen una categoría que está por encima del individuo o que va más allá de él, sino que hay que definirlos a partir de una *relación social basada en la satisfacción de las necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad con el funcionamiento del sistema social*.<sup>580</sup> En este sentido, se ha señalado como un rasgo propio de los bienes colectivos, su carácter complementario respecto de los individuales, lo que en modo alguno implica que los delitos que se configuren para protegerlos, hayan de ponerse en relación a éstos para definir su estructura.<sup>581</sup>

#### **IV.2 Función social de los bienes jurídicos colectivos**

GRACIA MARTÍN señala que la legitimidad de los bienes colectivos deriva de la potencialidad de sus sustratos para maximizar las posibilidades de uso y consumo de los bienes individuales para la satisfacción de necesidades e intereses legítimos y para la autorrealización personal. Este potencial de los sustratos colectivos, los hace “funcionales” para los bienes individuales *en la realidad social*, en la medida en que prestan a éstos utilidades y, en este contexto, distingue una doble función:

---

(BUSTOS RAMÍREZ, Los bienes jurídicos colectivos, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Año 1986, Número Extraordinario 11, p. 158).

<sup>578</sup> SOTO NAVARRO, *La protección penal...* pp.227/8. En igual sentido, HEFENDEHL, (*RECPC*, 04-14, 2002, pp. 3 y ss.).

<sup>579</sup> SOTO NAVARRO, *La protección penal...*, p.231.

<sup>580</sup> BUSTOS RAMÍREZ, *RFDUC*, 1986/NE.11, p. 159.

<sup>581</sup> BUSTOS RAMÍREZ, *ibidem*, p. 160. Ver también GRACIA MARTÍN, Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del Estado de Derecho, en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, ORTS BERENGUER (dir.), Valencia, 2009, p.910. Sobre el punto, cabe aclarar que estos autores hacen referencia a una relación de complementariedad entre los bienes jurídicos individuales y los colectivos, sin embargo, RUEDA MARTÍN, sostiene que dicha relación de complementariedad se establece con carácter general entre los bienes jurídicos colectivos y otros bienes jurídicos, ya sean individuales o colectivos. En su razonamiento, una consecuencia de esta nota de los bienes colectivos es la vertiente positiva del carácter indisponible de dichos bienes jurídicos, contemplada como la posibilidad de aprovechamiento por todos, sin que nadie pueda ser excluido y sin que el aprovechamiento individual obstaculice ni impida el aprovechamiento por otros (*EP y C*, vol. 30, 2010, p. 423, nota 70 y sus citas).

En primer lugar, una función *negativa* (ligada al principio *neminem laedere*) de prestación de seguridad, y con ello, de garantía de conservación para los bienes individuales, en la medida en que la estabilidad y el equilibrio de los sustratos colectivos contienen y neutralizan riesgos para ellos.<sup>582</sup> Esta función de los bienes colectivos de “contención de riesgos” para determinados bienes individuales, es reconocida unánimemente de forma explícita o implícita en la doctrina, y explica la relación de complementariedad entre ellos. Por esta razón se afirma que existe una relación *teleológica* entre bienes jurídicos colectivos y bienes jurídicos individuales, que se manifiesta de este modo: si el bien colectivo está libre de peligros, se verá asegurado el desarrollo de las funciones que tiene que desempeñar en el sistema social, el bien jurídico complementado.<sup>583</sup>

La otra función es *positiva* -ligada a la procura existencial- de promoción y, con ello, de garantía de “desarrollo y expansión de sus potenciales”, en la medida en que la estabilidad y el equilibrio de los sustratos colectivos proporcionan a todos por igual la explotación de las posibilidades de uso y consumo legítimos de los bienes individuales complementados. En este esquema, la función positiva es la *esencial* de los bienes colectivos, pues es *la fuente de legitimidad de su posible protección autónoma*.<sup>584</sup> Este rol propio de los bienes colectivos puede definirse como “creación y configuración de espacios que delimiten las condiciones en que los bienes jurídicos a los que complementan, puedan cumplir realmente su función social”.<sup>585</sup>

### **IV. 3 La seguridad laboral como “bien jurídico colectivo”**

#### **IV.3.a Introducción**

Dicho esto, retomaremos el análisis del objeto de protección en el art. 316.

Señalamos anteriormente que el verdadero problema en este tipo penal no reside en la identificación de los intereses lesionables, que siguen siendo bienes jurídicos individuales (vida y salud), sino en la modalidad de ataque a los mismos, caracterizada por su potencial ofensivo frente a una pluralidad de sujetos pasivos. Es decir, donde el

---

<sup>582</sup> GRACIA MARTÍN, La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del estado de derecho (social y democrático), *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, n°3, pp. 62/63.

<sup>583</sup> RUEDA MARTÍN, *EP y C*, vol. 30, 2010, pp.423 y ss.

<sup>584</sup> GRACIA MARTÍN, *RDPC*, 3ª Época, n°3, p. 63

<sup>585</sup> RUEDA MARTÍN, *EP y C*, vol. 30, 2010, pp.423 y ss.

atributo de “colectivo” corresponde más bien a la clase de peligro del que se trata de preservar dichos bienes individuales.<sup>586</sup>

Ahora bien, partiendo de esa conclusión, toca ahora averiguar si en un contexto como el descrito, donde el peligro afecta a una pluralidad de personas, puede realmente emerger un bien jurídico *independiente* de la suma de los intereses individuales, que cumpla una “función social” y que importe proteger penalmente.<sup>587</sup> En otros términos, si es posible la conformación de bienes jurídicos de titularidad colectiva a *partir de bienes individuales* -como lo sería por ejemplo la salud pública o en este caso, la seguridad laboral-, configurándose un bien jurídico colectivo *distinto* de la suma de los bienes individuales de los sujetos que integran el colectivo y por ende, indivisible entre los mismos.<sup>588</sup> Ello dependerá de que pueda asignársele a esa “entidad” una determinada función social general o sectorial que lo dote de autonomía.

Abordando el caso concreto que nos ocupa, reformularemos la pregunta: ¿cumple la “seguridad laboral” la doble función descrita, que permitiría considerarla como un bien colectivo autónomo (diferente) de los bienes individuales (vida y salud de los trabajadores)?

#### **IV.3. b Excurso: la salud pública como posible bien jurídico colectivo**

Antes de responder a este interrogante, resulta de interés traer a colación una situación similar a la planteada -y que ha sido analizada desde la perspectiva aquí propuesta-, que se presenta respecto de los arts. 363, 364 y 365 del C.P.<sup>589</sup>

La doctrina mayoritaria señala como bien jurídico protegido en esos casos a la salud pública. Este concepto ha sido señalado sin embargo, como impreciso y abstracto, cuando se pretende explicar a través del mismo, el objeto de protección de comportamientos delictivos tan heterogéneos como los comprendidos en el Capítulo III del Título XVII del Libro II del C.P.<sup>590</sup> Ello así por cuanto, en el proceso de producción y puesta en el mercado de productos de consumo masivo, interviene un “conglomerado de intereses”, relacionados en un sentido dialéctico, como sucede con los intereses de

---

<sup>586</sup> Por eso el verdadero objeto de estudio en estos casos, ha de ser *la estructura típica adecuada* para abarcar conductas cuyo núcleo de lo injusto reside en la creación de un peligro abierto, la cual no es otra sino la de los delitos de peligro general (SOTO NAVARRO, *La protección penal...*, p.227/28). Este tema se abordará en profundidad, en el próximo capítulo.

<sup>587</sup> ALONSO ALAMO, Derecho penal mínimo de los bienes jurídicos colectivos (Derecho penal mínimo máximo), *Revista penal*, N° 32, 2013, p.23 y ss.

<sup>588</sup> ALONSO ALAMO, *ibidem*.

<sup>589</sup> RUEDA MARTIN, *EP y C*, vol. 30, 2010, p.411 y ss.

<sup>590</sup> RUEDA MARTÍN, *ibidem*.



los consumidores y de los fabricantes-distribuidores-comerciantes de productos de consumo, que pueden entrar en situaciones de conflicto.

Con este telón de fondo, está claro que no se trata sólo de proteger los bienes individuales de los consumidores, por eso es que algunos autores postulan como bien jurídico protegido a la “calidad del consumo”, en el que -a diferencia de la salud pública-, concurren *todos* estos intereses. Pero no es la existencia de estos intereses que se protegen individualmente considerados lo fundamental para la definición de ese bien colectivo, sino la *convergencia* de los mismos, que dota a dicho bien de una vida propia y distinta de la que tiene cada grupo de bienes señalados, constituyéndose como un “concepto-síntesis”, relativo a estos diferentes intereses (de los consumidores por un lado, y de los empresarios, por otro).<sup>591</sup>

Recapitulando, los dos bienes jurídicos protegidos postulados por la doctrina son: por un lado la “salud pública”, concebida como una “barrera protectora” o anticipo de protección de un bien de carácter individual al que se encuentra conectada: la salud (de los consumidores) y por otro, la “calidad del consumo”, que abarca la esencia compleja de este proceso de producción y puesta en el mercado de productos de consumo, y que lleva a cabo no sólo la función de contención de riesgos (de la salud de los consumidores), sino que además, delimita las condiciones necesarias para que *otros* bienes involucrados (de otros colectivos) se desarrollen correctamente, posibilitando a éstos últimos bienes una expansión. De este modo, se logra que el funcionamiento eficaz y transparente de la producción, distribución y comercialización de productos de consumo masivo permita una conexión entre consumidores y productores/distribuidores/comerciantes, de la que ambos grupos se benefician.<sup>592</sup>

Los diferentes intereses que se ponen de relieve son: la salud de los consumidores y la seguridad en el consumo, que a su vez presenta un aspecto preventivo en relación con la protección de la salud de los consumidores y usuarios, y otro aspecto que tiene que ver con la “normalidad en el cumplimiento de las indicaciones necesarias” que se hayan establecido para un uso seguro de los diversos productos de consumo puestos a disposición de los consumidores. Por otra parte, también existe una demanda de la calidad de los bienes puestos en el mercado *por parte de las empresas que operan en el tráfico económico* como productoras, distribuidoras o comercializadoras de productos de consumo, cuyos intereses repercuten, no sólo en la obtención de lucro o beneficio económico con la fabricación, distribución o comercialización de dichos productos, sino igualmente en el desarrollo de una *competencia leal entre las empresas*.<sup>593</sup>

---

<sup>591</sup> RUEDA MARTÍN, *EP y C*, vol. 30, 2010, p. 433

<sup>592</sup> RUEDA MARTÍN, *EP y C*, vol. 30, 2010, p.427 y ss.

<sup>593</sup> RUEDA MARTÍN, *ibídem*.

### **IV.3. c La seguridad laboral y la función positiva.**

Ahora bien, puede trazarse un paralelismo entre la salud pública y la seguridad laboral, en cuanto que *sólo desarrollan una función de seguridad o contención de riesgos* y no una “función positiva” que les otorgue la jerarquía de bienes colectivos “con perfil propio”. Sin embargo, cabe destacar además, la asimetría de los contextos en los que se insertan estos dos conceptos.

En efecto, no es que la seguridad laboral no desarrolle una función positiva porque abarca sólo un aspecto parcial de la problemática de los riesgos en el trabajo (como sí ocurre con la salud pública respecto del Derecho penal alimentario), sino que en la estructura del delito del art. 316, no se observa un proceso complejo, con intervención de diversos intereses (correspondientes a distintos colectivos). Contrariamente a lo que ocurre en el marco de los arts. 363, 364 y 365, en el ámbito del art. 316, no hay un conglomerado de intereses (relación dialéctica) sino más bien una relación dismétrica entre el colectivo de trabajadores y el empleador, consecuencia de la desigualdad estructural del vínculo laboral, generadora del orden jurídico protectorio (laboral, civil, administrativo y penal).

Con una opinión diferente, De RIVAS VERDE-MONTENEGRO, entiende que no sólo se protegen aquí los bienes jurídicos individuales (vida, salud e integridad física) de los trabajadores, sino que también, al tipificar este delito se pretende garantizar la “igualdad de condiciones y de oportunidades entre las empresas de un sector”, impidiendo que, mediante la omisión de medidas de seguridad, alguno de los concurrentes pueda lograr rebajar sus costes de forma fraudulenta y ofrecer por esta vía productos económicamente más baratos. Por ello concluye, que a través de este delito se pretende garantizar “la efectividad de las normas reguladoras de la libre competencia”.<sup>594</sup>

Frente a esta postura corresponde destacar, que lo señalado por el autor como un objetivo del precepto, podrá ser en realidad una “consecuencia secundaria” de la intervención penal mediante el art. 316, pero no lo que se quiere proteger con esa norma.<sup>595</sup> En efecto, el trabajo constituye una realidad social ineludible para el trabajador, que lo obliga a insertarse en una organización peligrosa ajena (proceso productivo). Bajo tales parámetros, el ordenamiento jurídico impone al empresario el

---

<sup>594</sup> *El accidente de trabajo...*,p.24.

<sup>595</sup> Nótese que, aunque ello sea una realidad fáctica, lo cierto es que el art. 316 no exige un móvil económico en la omisión de medios de seguridad a los trabajadores (para obtener productos a un menor coste).

deber de organizar la actividad laboral de tal modo que ésta se desarrolle bajo cierto nivel (tolerable) de riesgo para la vida y salud de los trabajadores (riesgo permitido) y *el Derecho penal, viene a reforzar el cumplimiento de ese deber de seguridad impuesto.*<sup>596</sup> Es decir, se trata de un proceso “lineal” (no complejo) de protección de intereses de *un sólo colectivo determinado*: los trabajadores, que se encuentra en una situación de vulnerabilidad; o sea, del requerimiento o necesidad de asegurar sus bienes jurídicos individuales vida y salud, ante una nueva fuente de riesgo: la actividad laboral peligrosa (en tanto se supera el riesgo permitido).

Es con ese objetivo que se recurre al concepto de “seguridad laboral” y por eso no constituye ésta un bien colectivo, porque la configuración de un bien de esa categoría (que desarrolle una doble función), debe estructurarse sobre el desarrollo de una función social positiva, como sería por ejemplo, la necesidad de integrar a *otros bienes individuales* que pertenezcan a *otro colectivo* (y que puedan entrar en conflicto con aquellos pertenecientes a los trabajadores).

Contrariamente a lo aquí sostenido, GRACIA MARTÍN considera que la seguridad e higiene en el trabajo es un bien colectivo, pues no sólo cumple una función negativa de contención de riesgos para los bienes jurídicos vida, integridad física y salud, sino también la función positiva de delimitar un espacio social en que dichos bienes, más allá de su existencia material, alcancen la calidad adecuada a la dignidad humana.<sup>597</sup>

Así expresado, no parece que lo descrito por el autor como una “función positiva” pueda realmente distinguirse de la negativa. En este sentido, creo que, en rigor está describiendo lo que se define como función de seguridad, pero con otras palabras, o sea, no se advierte que se trate de algo diferente a “crear un ámbito seguro para la vida y salud de los trabajadores”. A lo sumo, puede admitirse que esté haciendo referencia a *un cierto nivel* “digno” (aceptable, acorde con la dignidad humana) de seguridad. Creo que en su reflexión se entremezclan argumentos relativos a la trascendencia social de los riesgos para la salud y vida en el trabajo, esa es la interpretación que cabe darle a la frase “delimitar un espacio social”.

La referencia a la seguridad laboral es sólo un “recurso” a un objeto de referencia “concebido” como supraindividual para adelantar la protección de los bienes individuales (vida y salud) del colectivo trabajadores a la situación de peligro, (pero configurado como un delito de lesión -de ese bien colectivo “aparente”-, para eludir la crítica al adelantamiento). Sin embargo, el carácter “colectivo” que se le asigna proviene en realidad, de que constituye una abstracción conceptual que alude, por un lado al conjunto de dichos de intereses individuales (de una pluralidad de trabajadores)

---

<sup>596</sup> Como se desarrollará en el capítulo próximo, ello no se traduce en una responsabilidad penal “objetiva” del empresario.

<sup>597</sup> Nuevas perspectivas del Derecho penal tributario (Las “funciones del tributo” como bien jurídico), *Actualidad Penal*, n° 10, 1994, p. 211, nota 103.

y por otra parte al carácter colectivo *del ataque*.<sup>598</sup> De este modo, la seguridad en el trabajo no puede desarrollar una “función positiva” porque *no aporta un contenido nuevo a la “contención de riesgos”*: es un concepto que si se objetiva remite a elementos externos, como lo son las disposiciones de prevención de riesgos extrapenales, y si se entiende en sentido subjetivo, remite a un sentimiento (confianza).<sup>599</sup>

#### **IV. 4 Carácter individual del bien jurídico protegido**

En base a las consideraciones expuestas, se concluye que la referencia a la seguridad laboral es insuficiente para la concreción de un bien jurídico colectivo<sup>600</sup>, pero tampoco se avizora el surgimiento de otra entidad a partir la suma de los bienes individuales (vida y salud) de la pluralidad de trabajadores, a la que pueda asignársele una función social (positiva) que lo dote de autonomía, *por las características propias del contexto “riesgos penales laborales”* (donde no hay una “convergencia” de bienes pertenecientes a *diferentes* colectivos necesitados de tutela penal, sino básicamente una desigualdad estructural donde uno de los colectivos es el vulnerable -trabajadores-).

Al no cumplir la seguridad laboral con una función que le confiera un perfil propio como bien colectivo, no puede hablarse de un bien de “titularidad compartida”.

En efecto, en el contexto descrito (descartada la seguridad laboral y cualquier otro bien colectivo independiente que surja de esa suma de intereses individuales) cabe destacar que lo compartido en realidad por ese colectivo de trabajadores es el *interés común en que sus bienes individuales (vida y salud) afectados por una fuente de peligro común, sean protegidos*. Entonces “titularidad compartida” (e indisponibilidad), en tanto rasgos de los bienes colectivos, que la doctrina atribuye a la “seguridad en el trabajo”, se confunden en realidad, con este interés común, que *sólo tiene relevancia desde el punto de vista político criminal*, pero no en la “construcción” del bien jurídico protegido del tipo penal.<sup>601</sup>

Del análisis del art. 316, se desprende que es esta especial modalidad de riesgo, a la que están expuestos los bienes jurídicos individuales de la pluralidad de trabajadores, lo

---

<sup>598</sup> Como se explicará a continuación

<sup>599</sup> Con un razonamiento similar; ALONSO ALAMO, *RP*, N° 32, 2013, pp.23 y ss

<sup>600</sup> Ello por cuanto, como se ha explicado en el punto anterior es un “concepto vacío”, y además, según se ha expuesto aquí, tampoco cumple una función social positiva que le otorgue contenido autónomo.

<sup>601</sup> Ver en este sentido, como se pone de manifiesto la confusión de estos conceptos, cuando se señala que “Pese a ser la prestación laboral una actividad personal, en este tipo penal, el objeto de protección recae en el interés general de que se respeten las condiciones de seguridad en el trabajo, por ello el bien jurídico protegido adquiere una dimensión colectiva...” (RAMÍREZ BARBOSA, *El delito...*,p.91).

realmente “colectivo” y no el bien jurídico protegido. El objeto de protección consiste en la vida y salud, como intereses individuales, de ello se concluye que: el sujeto pasivo es individual (trabajador), pero por la estructura del tipo penal hay una *pluralidad de titulares del bien jurídico protegido que no comparten la titularidad de un bien colectivo, sino sólo la fuente del riesgo (actividad laboral peligrosa) que los “aglutina” (los amenaza a todos) como colectivo.*<sup>602</sup>

En efecto, nótese que nos encontramos ante un ámbito de protección penal en el que *formalmente* se postula un bien jurídico protegido de naturaleza colectiva, cuando en realidad se puede descomponer en una pluralidad de intereses individuales.<sup>603</sup> Veamos.

Existe una relación directa entre la divisibilidad y la función negativa como único objetivo de la “seguridad laboral”: no hay otra cosa detrás de ella como postulado “bien colectivo” más que los bienes jurídicos individuales y su *protección adelantada*: de lo que se trata en realidad, es de una especial técnica legislativa y no de un verdadero bien jurídico colectivo, pues le falta la “cohesión”<sup>604</sup> propia de esa clase de bienes, que sólo le otorgaría una “función social positiva”.

De acuerdo a lo desarrollado antes, es la función social del bien jurídico lo relevante para asignarle el carácter de “colectivo” y de ello se deriva su titularidad compartida. Sin embargo, la doctrina parece utilizar un razonamiento inverso en el análisis del delito aquí estudiado.

En efecto, una de las razones aportadas por los autores “colectivistas” para defender que el bien jurídico protegido es la seguridad en el trabajo como bien colectivo, consiste en que sus titulares son los trabajadores en su conjunto -como clase-, ya que el artículo 316 se refiere a “trabajadores” en plural. Como se desprende de lo expresado en los puntos anteriores, en esta afirmación se confunde el bien jurídico y su titularidad con la forma de ataque al mismo, por cuanto, el carácter colectivo deriva de la propia clase de peligro que se castiga en el artículo citado, pues los riesgos laborales, *son susceptibles de afectar a más de un trabajador.*<sup>605</sup> Así, ese carácter colectivo no pertenece al bien

---

<sup>602</sup> Seguidamente se explicará en qué elemento de la estructura típica se traduce esa afirmación referida a la “pluralidad” de trabajadores y sus consecuencias dogmáticas.

<sup>603</sup> SOTO NAVARRO, *La protección penal...*, pp. 227/28.

<sup>604</sup> Resulta ilustrativo para definir esta situación relativa a los bienes colectivos (no divisibilidad), recurrir a un concepto de la física, como la “cohesión”, definido como “la fuerza de atracción que mantiene unidas a las moléculas de una sustancia homogénea”.

<sup>605</sup> Corresponde aclarar aquí, que esta afirmación alude a una característica propia de los riesgos laborales, sin embargo ello no implica descartar que existan casos de riesgos individuales o puntuales, aunque no constituyan este “supuesto de riesgo emblemático” en este sector.

jurídico protegido: la vida y salud son bienes jurídicos individuales cuyo titular es *cada uno* de los trabajadores, aun cuando se pueda decir que existe un *interés* del colectivo de los trabajadores en que se protejan tales intereses, ya que todos ellos en el desempeño de la actividad están expuestos a ese riesgo.<sup>606</sup>

Esta confusión también se pone de manifiesto claramente, en el caso de quienes sostienen que el bien jurídico protegido es la vida y la salud de los trabajadores, *pero como colectivo*. Esa es la interpretación que hacen de la fórmula “poner en peligro la vida o salud de los trabajadores” *en plural* al no facilitar los medios para que ese mismo colectivo desempeñe su actividad en condiciones adecuadas de seguridad.

Ver en este sentido la tesis sostenida por TERRADILLOS BASOCO<sup>607</sup> y por GALLARDO GARCÍA<sup>608</sup>. Por su parte, RAMIREZ BARBOSA expresa que el bien jurídico protegido en el art. 316 es la vida e integridad física de los trabajadores “en sentido colectivo”. Señala que pese a ser la prestación laboral una actividad personal, el objeto de protección recae en el interés general de que se respeten las condiciones de seguridad en el trabajo y que la puesta en peligro de dicho objeto repercute sobre una “colectividad de posiciones individuales”. Agrega que no obstante ello, para la consumación basta con la puesta en peligro de un trabajador, de lo que concluye que el bien jurídico protegido es de carácter colectivo, ya que protege intereses supraindividuales de los trabajadores (vida, salud e integridad física) y no particulares, como hacen los tipos de lesiones y homicidio cuando protegen esos mismos intereses.<sup>609</sup> Frente a ese planteo, COMPAÑY CATALA señala que esta es la más artificiosa de las posiciones que defienden la vida y salud como bien jurídico protegido, ya que “la autora no ofrece explicación alguna de porqué deban considerarse colectivos y no individuales y el hecho de que afirme que basta la puesta en peligro de un sólo trabajador no hace sino demostrar lo artificioso de la distinción”.<sup>610</sup>

Sin embargo, la esencia del bien jurídico protegido no cambia, ya sea que se lo agreda individual o pluralmente. Que se ataque la vida y la salud “pluralmente” *no transforma al bien jurídico en colectivo*.

Por eso debe distinguirse entre bienes jurídicos de titularidad individual, pero cuyo ataque afecta a una pluralidad de sujetos y por otro lado, auténticos bienes de titularidad colectiva, en los que, a diferencia de la categoría anterior, no puede cuantificarse la parte de titularidad que cada individuo tiene sobre el bien jurídico.<sup>611</sup>

Bajo tales parámetros, la situación en el art. 316 consiste en que tras ese bien jurídico colectivo superficial (o mejor dicho, aparente, “seguridad laboral”), se oculta sólo una

---

<sup>606</sup> AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, p. 82.

<sup>607</sup> *La siniestralidad...*, pp.49/50.

<sup>608</sup> *Protección...*, pp. 113/14.

<sup>609</sup> *El delito...*, pp. 71/76.

<sup>610</sup> *La protección penal...*, pp. 37 y ss.

<sup>611</sup> CARBONELL MATEU, J., Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos, en BOIX REIG (dir) *Intereses difusos y Derecho penal, Cuadernos de derecho judicial*, 36-1994, pp. 9 y ss.

agrupación más o menos heterogénea de objetos jurídicos individualizables, contrariando de esa forma la exigencia de indivisibilidad de los bienes colectivos.<sup>612</sup>

Ahora bien, esa circunstancia (ataque plural) que es inherente a la clase de peligro que asecha los bienes jurídicos individuales en el ámbito laboral, debe verse representada en la *técnica de tipificación* y no en una “transformación” del bien jurídico protegido.<sup>613</sup>

Ello por cuanto, lo que se requiere en la situación descrita es una nueva estrategia de protección del Derecho penal, que le permita ejercer su función tuitiva de un bien jurídico protegido tradicional frente a una *diferente* forma de agresión.<sup>614</sup>

Esta reflexión debe traducirse en una interpretación adecuada -y distinta a la realizada por la doctrina dominante- del tipo penal del art. 316 y que abarca fundamentalmente dos temas centrales:

1. En primer lugar, el relativo a qué rol cumplen en la estructura típica, la “pluralidad de trabajadores” por un lado y el trabajador individualmente considerado, por el otro.
2. En segundo término, qué contenido y alcance se le debe asignar a la “puesta en peligro grave de la vida y salud de los trabajadores”, exigida por la norma penal.

---

<sup>612</sup> CARBONELL MATEU, *CDJ 36-1994* p.9 y ss. También, MORALES PRATS, F., Técnicas de tutela penal de los intereses difusos, en BOIX REIG (dir) *Intereses difusos y Derecho penal, Cuadernos de derecho judicial*, p. 75 y ss.

<sup>613</sup> SOTO NAVARRO, *La protección penal...*p. 206/7. En la nota 43, la autora alude específicamente al delito contra la seguridad e higiene en el trabajo, señalando que algunos autores, a pesar de afirmar que el bien jurídico protegido es la vida y la salud de los trabajadores, consideran que ello es compatible con su calificación de bien jurídico colectivo, siendo esa interpretación una prueba más de la frecuente asignación al bien jurídico de propiedades que no le pertenecen, sino que corresponden a la técnica de tutela diseñada por el legislador para su defensa. En contra de la posición aquí desarrollada y de la expresada por SOTO NAVARRO (ibídem, pp. 199 y 237), VARGAS PINTO, sostiene que “los ataques o perturbaciones de bienes están conectados con su naturaleza”, que la modalidad de ataque está íntimamente relacionada con la configuración del bien penal. Se trata de “nuevos ataques porque atiende a nuevas formas de configuración de bienes. De lo contrario su perturbación no tiene porqué representar un modo diverso de afectación que los hasta ahora existentes (lesión y peligro concreto)” (*Delitos de peligro...*pp. 123/24, nota 343 y p. 132, nota 371 y p. 141, nota 395).

<sup>614</sup> Para lograr ese fin tuitivo no basta con recurrir a los tradicionales delitos de homicidio y lesiones dolosos e imprudentes. Primero, porque la tentativa de homicidio o de lesiones exige un dolo de lesión inexistente en la mayor parte de los casos, que cabe incluir en la generación de riesgos indiscriminados. Segundo, porque el delito imprudente exige la presencia de resultado lesivo, elemento ajeno por definición a la idea de evitación anticipada ya del peligro (de lesión). Y tercero, porque la creación de un peligro que puede afectar a un número indeterminado de personas -precisamente el hecho que demanda tutela- es extraña tanto a la tentativa como a la imprudencia, donde se tiene en cuenta el peligro o lesión para todos y cada uno de los sujetos pasivos implicados (MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción*, pp.362 y ss.).

Estas dos cuestiones se encuentran íntimamente vinculadas y sólo se deslindan aquí por razones expositivas. La primera de ellas se tratará en los puntos que siguen, mientras que la segunda será objeto de análisis en el próximo capítulo.

## **V. La modalidad plural del ataque al bien jurídico protegido**

### **V.1 Consideraciones previas**

Otra de las grandes dificultades que genera la referencia a un bien colectivo (aparente) como la seguridad laboral es la delimitación de las unidades que constituyen concretas formas de manifestación de ese “bien”. Más allá de que se admita un peligro para “el colectivo de trabajadores”, lo cierto es que tanto la doctrina como la jurisprudencia dominante interpretan que basta la puesta en peligro (concreto) de *un sólo trabajador* para que se consume el delito del art. 316 y de ese modo se afecte a “la seguridad laboral.”

Probablemente este razonamiento encuentra su explicación en la “teoría del sujeto pasivo social representado”.

En efecto, la seguridad en el trabajo (al igual que la salud pública o la seguridad del tráfico) no se concreta en objetos del mundo sensible y ello genera un problema para quienes tratan de identificar en esos delitos un *desvalor de resultado*. Es decir, en estos delitos, es prácticamente imposible determinar si la acción realmente ha ocasionado una lesión o peligro para el bien jurídico postulado, lo que impide, a su vez, considerar que dichos tipos penales exijan para su consumación un auténtico “resultado”.<sup>615</sup> Pero esta solución no puede satisfacer a quienes identifican el resultado típico con el “desvalor de resultado” y conceden un papel esencial a este elemento en la fundamentación de lo injusto. Es por ello que se recurre a una vía alternativa para salvar este escollo; a la teoría del “sujeto pasivo social representado”, según la cual también los delitos protectores de estos bienes “ideales” pueden concebirse como delitos de “resultado”, dado que para que éste se produzca, basta con la perturbación del sujeto directamente afectado por el delito, sujeto que adquiere el carácter de “representante”.<sup>616</sup>

Con esta exégesis, y a pesar de que se acepta la existencia de un “ataque plural” y el consiguiente “peligro para el colectivo de trabajadores”, el *individuo* se convierte así, en

---

<sup>615</sup> Si la propia naturaleza de estos bienes jurídicos impide que un delito dirigido a protegerlos adquiriera la estructura de un delito de resultado, a primera vista parece que no queda otra salida que considerarlos como de peligro abstracto.

<sup>616</sup> LAURENZO COPELLO, *El resultado en Derecho penal*, Valencia, 1992, pp. 81 y ss.



referente para determinar la afección a la seguridad laboral, *a través del peligro concreto* (esto es, la puesta en peligro de su vida y salud). Según la definición más extendida, el resultado de peligro requiere la *entrada* del bien jurídico protegido en el radio de influencia de la acción peligrosa tipificada y la forma de constatar dicha entrada es precisamente por medio del individuo portador del bien jurídico. De hecho, no es inusual que se sustituya directamente la referencia al bien jurídico por la referencia a la persona a la hora de identificar un resultado de peligro.<sup>617</sup> La consecuencia de esta postura es la interpretación (o más bien, “conversión”) del delito del art. 316 en un delito de peligro concreto.<sup>618</sup>

Sin embargo, a pesar del esfuerzo de esta corriente por “encontrar un resultado”, una tesis de estas características no resuelve realmente el problema, puesto que, en definitiva, el resultado que se menciona no pasa de ser “individual”. Para que se pudiese hablar de un auténtico efecto sobre un bien colectivo, sería preciso demostrar que en todo caso ese efecto individual trasciende del propio sujeto afectado, es decir, se debería poder constatar que se extiende también sobre *el colectivo* como tal.<sup>619</sup>

Esta teoría no es entonces aplicable a los bienes colectivos en sentido propio, o sea los no susceptibles de división en partes atribuibles individualmente, por cuanto en ellos no cabe la identificación de un sujeto distinto al *propio colectivo social* como directo afectado (titularidad compartida) y aun cuando ello fuera posible, sería preciso demostrar que el perjuicio a un concreto interés individual sintetiza la afección del bien jurídico colectivo. Por regla general no será así, ya que los *verdaderos* bienes colectivos no pueden reducirse, a una mera suma de intereses individuales.<sup>620</sup>

En este contexto, el trabajador individualmente considerado como “representante y portador del bien jurídico postulado” (seguridad en el trabajo), sólo puede ser interpretado como el titular de “su parte divisible de ese bien jurídico”, de la “porción de seguridad correspondiente a su vida y salud”, lo que pone de manifiesto más claramente que la seguridad laboral no tiene un contenido propio y distinguible de los bienes individuales que se quieren proteger, en el ámbito del trabajo. De este modo, el

---

<sup>617</sup> SOTO NAVARRO, *La protección penal...*, p. 279

<sup>618</sup> En el capítulo siguiente se analizará en profundidad esta interpretación y sus inconsistencias, y en base a ello se expondrá de qué manera debe interpretarse el “peligro” al que refiere tipo penal del art. 316, para lograr una exégesis coherente del delito.

<sup>619</sup> LAURENZO COPELLO, *El resultado...*, pp.81/82 En similar sentido, SOTO NAVARRO, sostiene que, en los bienes jurídicos colectivos, el criterio del sujeto pasivo individual no funciona ni para concretarlos ni para determinar su afectación (*La protección penal...*, p. 279).

<sup>620</sup> SOTO NAVARRO, *La protección penal...*, p.279.

recurso a este criterio para determinar la afectación de la seguridad laboral es incoherente, *en tanto ésta se postula como un bien colectivo*, porque no se puede compatibilizar su aplicación con los rasgos de titularidad compartida e indivisibilidad que caracterizan a los bienes colectivos. Por ello creo que detrás de este razonamiento, se admite intuitivamente la “divisibilidad” de la seguridad laboral. De otro modo, no puede explicarse que poner en peligro concreto a un sólo trabajador sea “afectar la seguridad laboral”.<sup>621</sup>

Ahora bien, teniendo en cuenta la postura aquí sostenida, esto es, que el objeto de protección en el art. 316 consiste en la vida y salud como bienes jurídicos *individuales*, ¿es correcto aplicar en este esquema, el criterio del “sujeto pasivo social representado”? Veamos.

En los delitos tradicionales de resultado contra tales bienes jurídicos (homicidio y lesiones), el individuo coincide sustancialmente con el objeto material del delito (y objeto de acción), o cuando menos, sirve para identificarlo por la vinculación subjetiva del objeto de la acción con el individuo.<sup>622</sup>

Dicho esto, una mirada superficial llevaría a responder afirmativamente la pregunta, por cuanto el trabajador *individualmente considerado*, sí es en este caso, titular del bien jurídico aquí postulado -sujeto pasivo-. Sin embargo, debe entrar aquí en escena un elemento fundamental que corresponde incluir en el análisis previo a brindar una respuesta: *la modalidad del ataque*.

Ya se ha destacado que la amenaza plural a la vida y salud (del colectivo) no transforma al bien jurídico protegido, -el que sigue siendo individual-, sino que reclama una especial estructura típica; pues bien, es momento de profundizar en el alcance y contenido de esa afirmación. Para ello, es necesario precisar un concepto fundamental para el entendimiento de este tipo penal: el “objeto de acción.”

## **V. 2 El objeto de acción**

Bien jurídico, sujeto pasivo y objeto material son tres fenómenos íntimamente correlacionados que necesariamente han de estar presentes en todo tipo penal, el primero porque en todo tipo se busca proteger un interés jurídico sin el cual aquel dejaría de tener su razón de ser, el segundo, porque no puede concebirse un bien

---

<sup>621</sup> A menos que se parta de la lógica de los delitos de acumulación.

<sup>622</sup> SOTO NAVARRO, *La protección penal*,...,p. 278

jurídico sin un titular de quien ha de predicarse y a quien le pertenezca su disfrute o goce, y el tercero, porque no puede haber un interés jurídico que no se concrete en algo.<sup>623</sup> El objeto material se caracteriza por ser aquel objeto que representa una concreción en el sentido de una “encarnación” o “realización” del bien jurídico protegido por el tipo. La definición de este objeto como concreción del bien jurídico, presupone asumir la concepción ampliamente extendida (y que aquí se sostiene) de que el objeto material se diferencia, no sólo conceptualmente sino también materialmente, del bien jurídico como un valor abstracto e ideal (concepto ideal de bien jurídico).<sup>624</sup>

Por su parte, el *objeto de la acción* es la entidad concreta, real, existente, en la cual *desemboca la acción típica*, es decir a la que va dirigida. Lo decisivo es que se trate de una “entidad realmente existente” que pueda ser causalmente modificada o perjudicada por el comportamiento humano. El objeto material del bien jurídico puede coincidir con el objeto de acción, es lo que pasa, por ejemplo, con el delito de homicidio y lesiones.<sup>625</sup>

Respecto de la lesión de los bienes jurídicos, se ha señalado la siguiente distinción: un bien jurídico básico vinculado a la persona se plasma en concretos objetos de la acción portadores del valor, en cambio un bien jurídico instrumental se lesiona cuando se daña una estructura creada para favorecer la indemnidad o promover la existencia de bienes personales. Por ello su lesión constituye un peligro para los bienes personales -de hecho todo delito de peligro puede concebirse como de lesión de la seguridad del bien intermedio-.<sup>626</sup>

En este esquema, el bien jurídico se distingue claramente del concreto objeto de acción.<sup>627</sup> A veces parecen coincidir ambos, como en el delito de homicidio, en el que la “vida humana” (como expresión) es tanto el objeto de agresión como el bien jurídico protegido, pero esto es sólo aparente, pues el objeto de acción es la *persona concreta* cuya vida individual es agredida, mientras que el bien jurídico protegido es la vida humana como tal. Bien jurídico, por tanto, es el bien ideal que se incorpora en el

---

<sup>623</sup> REYES ECHANDÍA, *Tipicidad*, Bogotá, 1997, pp. 81/2.

<sup>624</sup> Por el contrario, si se parte de un concepto real de bien jurídico, esa distinción resulta superflua.

<sup>625</sup> SCHULENBURG, Relaciones dogmáticas entre bien jurídico, estructura del delito e imputación objetiva, en HEFENDEHL (ed), *La teoría del bien jurídico*, Madrid, 2007, pp.355/57. Cada vez que alguien realice un comportamiento de acción o de omisión que se adecue a un tipo penal, lesiona o pone en peligro el interés jurídicamente tutelado en cabeza del sujeto pasivo, pero como tal conducta no es una abstracción sino algo tangible, ella afecta aquello sobre lo cual se concreta ese interés, vale decir, el *objeto material* (REYES ECHANDIA, *Tipicidad*, p. 81).

<sup>626</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, *Política Criminal y blanqueo de capitales*, p. 98.

<sup>627</sup> El bien jurídico está por encima de la norma penal y por tanto no puede incluirse dentro de los elementos que conforman su estructura lógica. El bien jurídico entendido como abstracción, como expresión axiológica, no debe estimarse como elemento estructural del delito (a diferencia del objeto de acción) sino como la noción funcional de carácter social que sirve de fundamento a la norma jurídico-positiva que consagra el tipo penal que contiene la figura delictiva mediante la cual se le brinda una particular protección (BOLAÑOS GONZALEZ, M., El objeto material de la acción delictiva. Aspectos jurídicos y filosóficos. *Anuario Jurídico Colegio de Abogados*, Vol 5, pp. 37 y ss.).

concreto objeto de ataque y es lesionable sólo dañando los respectivos objetos individuales de la acción.<sup>628</sup> Mientras el bien jurídico como valor ideal, sólo puede ser “afectado” normativamente, el objeto de acción puede ser lesionado o puesto en peligro tanto naturalísticamente, como en el sentido de “desorganización” o “arrogación de organización”.<sup>629</sup>

Sentado ello, debemos ahora analizar de qué manera influye la “modalidad del ataque al bien jurídico protegido”, en el proceso de identificación de estos conceptos en la estructura típica del art. 316.

La relevancia de la “pluralidad” del ataque se pone de manifiesto *en la determinación del objeto de acción* de este tipo penal.<sup>630</sup> En efecto, aquí la “amenaza” no se dirige a un individuo en particular (como en el homicidio o lesiones) sino al *colectivo de trabajadores*, eso es lo que significa que el ataque sea *plural*. La consecuencia dogmática de esta apreciación, será pues, la configuración de un objeto de acción *diferente* al propio de los delitos tradicionales (homicidio y lesiones) contra la vida y salud como bienes individuales.

Es decir, en los delitos contra los bienes jurídicos individuales vida y salud, *no necesariamente* el objeto de acción es el individuo como portador del bien jurídico, sino que puede serlo la “pluralidad de individuos”, ya que el objeto de agresión se configura *según la modalidad de ataque al bien jurídico*. Entonces, el “ataque plural” tiene el efecto de configurar un objeto de acción “plural o colectivo”, con quien tiene una

---

<sup>628</sup> ROXIN, *DP-PG*, tomo I, p. 62/63. El “objeto de la acción” es el objeto concreto cuya cualidad, que ha sido valorada positivamente, es modificada negativamente. En los atentados contra la vida, por ejemplo, existe un bien jurídico “vida”, como valor que es puesto en duda en cuanto a su vigencia, pero también existe una vida humana que como objeto del bien jurídico, es atacada directamente y, por lo tanto, también es “objeto de acción” (ABANTO VÁSQUEZ, *LH Juan Bustos Ramírez*, pp. 23 y ss.).

<sup>629</sup> ABANTO VÁSQUEZ, *ibidem*, pp.16 y ss. El objeto de acción posee una función limitativa de la protección penal del bien jurídico, ya que éste, en cuanto valor que es, puede encarnar en multitud de objetos reales, pero el legislador penal puede considerar que sólo existe un injusto material que merece ser puesto bajo amenaza de pena, cuando la lesión de aquel se materializa en alguno o algunos -pero no en cualquiera- de dichos objetos (GRACIA MARTÍN/CAYÓN GALIARDO, *Las infracciones de deberes contables y registrales tributarios en Derecho penal*, Madrid, 1990,p.250).

<sup>630</sup> El término de “ataque” conecta, en una noción primaria y acaso intuitiva, con una actitud dinámica, relativa a una manifestación voluntaria traducida por un movimiento corporal que se caracteriza por un modo violento de aplicación: “Si por ataque se entiende, la manifestación de la voluntad del sujeto a través de un movimiento corporal dirigido a una finalidad concreta y en muchas ocasiones conectado causalmente con un determinado resultado típico, no puede dudarse que objeto de ataque es aquella persona o cosa sobre que dicha actuación humana se desarrolla materialmente o fácticamente” (POLAINO NAVARRETE, *Publicaciones...*, p. 60).

*relación especular. La “contracara” del carácter colectivo del ataque, no es el carácter colectivo del bien jurídico protegido, sino del objeto de acción.*

En efecto, el objeto de la acción delictiva requiere una corporeidad precisa y concreta a la cual se pueda referir la existencia del delito, esta corporeidad se encuentra dentro de los límites *de la propia descripción legal del hecho*.<sup>631</sup> La “dimensión” del riesgo -en el sentido de que abarca a una pluralidad indeterminada de personas y a la que atiende el tipo- no altera la cualidad del propio bien jurídico (vida y salud) sino que moldea un objeto de ataque “a su medida”. La vida y la salud (como conceptos ideales) son afectadas normativamente tanto cuando se lesiona o pone en peligro concreto la vida de una persona en particular (en un tipo penal que desvalore el ataque individual), como cuando se pone en peligro a un colectivo<sup>632</sup>, lo que cambia es la modalidad de agresión al bien jurídico, que reclama en este segundo caso, una nueva estrategia de protección penal, que se concreta en una estructura típica determinada, de la que resulta un objeto de acción acorde a la forma (plural) del ataque. Es por ello, que no resulta incompatible sostener que el objeto de protección de los delitos de homicidio y lesiones, coincide con el del art. 316, ya que es el objeto de acción el que desempeña una “*función diferenciadora entre tipos delictivos que protegen un mismo bien jurídico.*”<sup>633</sup>

Recapitulando, en los delitos de homicidio y lesiones, el bien jurídico protegido es la vida y salud, el objeto material es la clase de las “personas vivas” y el objeto de acción, la persona muerta o lesionada. En el art. 316, el objeto de protección es también la vida y salud, lo que difiere es el objeto de acción: el colectivo de trabajadores (cuya vida y salud se ponen en peligro).

Por el contrario, la modalidad (plural) del ataque no puede modificar (o configurar) al bien jurídico protegido, que sigue siendo *individual*, porque la concepción del bien protegido es *anterior* al diseño de la estructura típica.

---

<sup>631</sup> Y debe manifestarse en el mundo de los fenómenos fácticos, verificables mediante la experimentación y, perceptible por los sentidos (POLAINO NAVARRETE, *ibidem*).

<sup>632</sup> La configuración de este especial objeto de acción, tiene directa repercusión en la interpretación que cabe darle a la especie de peligro que describe el art. 316 (ver capítulo próximo).

<sup>633</sup> GRACIA MARTÍN/CAYÓN GALIARDO, *La infracción...*, p. 250. Sin embargo, TERRADILLOS BASOCO, señala que no es coherente considerar la vida y salud como bienes jurídicos de naturaleza y titularidad individual, porque éstos ya están protegidos por los arts. 142, 152 y 621, y lo que se protege en el art. 316 es un colectivo determinado en cuanto tal. De este modo, el autor equipara a ese “colectivo” con el bien jurídico colectivo, cuando en realidad se trata del objeto de acción (*La siniestralidad...*, pp.49/50)

En efecto, el bien jurídico se concibe como un valor social anterior a la norma, es decir como un valor abstracto del orden social protegido jurídicamente, en cuya defensa está interesada la comunidad (cuya titularidad puede corresponder a un individuo o a la colectividad). Y si bien es reconocido como la base de la estructura y de la interpretación de los tipos, su concepto no debe ser equiparado a la *ratio legis*, sino que debe poseer en sí mismo un decidido contenido real *preexistente* al precepto penal, ya que de lo contrario no podría cumplir con su función sistemática como criterio para el contenido, significado y delimitación de la disposición penal.<sup>634</sup>

Cuando el legislador se encuentra frente a un “ente” y tiene interés en tutelarlos porque los valora, esa valoración se traduce en una “norma”<sup>635</sup>, que lo eleva a la categoría de bien jurídico. Cuando a ese bien jurídico le quiere dar tutela penal, en base a la norma elabora un tipo penal y el bien jurídico pasa a ser penalmente tutelado.<sup>636</sup> Ese es el orden de los pasos, por eso el ataque al objeto material del bien jurídico, no puede “crear (o transformar) al bien jurídico”;<sup>637</sup> muy por el contrario, una determinada conducta se detecta o se percibe como una agresión, justamente porque la valoración del ente afectado *es previa*, lo que sí puede cambiar es la modalidad del ataque y con él, el objeto de acción. La vida y salud como bienes individuales, ya valorados y protegidos penalmente a través de los delitos de homicidio y lesiones, son amenazados aquí por una nueva forma de agresión, aquella propia de los riesgos laborales, que tienen la potencialidad de afectar a los trabajadores (en su vida y salud) *pluralmente*, en la medida que emana de un foco de peligro común (proceso productivo) al que todos por igual están sometidos. Ese es el comportamiento desvalorado en el art. 316.

## **VI. Titularidad del bien jurídico protegido: el trabajador individualmente considerado**

El portador del bien jurídico protegido (vida y salud) es el *trabajador individualmente considerado*, pero debido a la modalidad del ataque (plural), el objeto de la agresión no

---

<sup>634</sup> JESCHEK, *Tratado de Derecho Penal- Parte General*, Manzanares Samaniego, J. (trad.), Granada, 1993, p. 232.

<sup>635</sup> Por ejemplo al valorar la vida, la norma elaborada será “no matarás”.

<sup>636</sup> De la norma “no matarás”, se pasa al tipo penal de homicidio (ZAFFARONI, E., *Manual de derecho penal-parte general*, Bs As, 1982, p. 382).

<sup>637</sup> Los bienes jurídicos son realidades valiosas desde un punto de vista individual o social. Ello desde un concepto *material*, que lo concibe como algo previo al Derecho positivo y apto por tanto para limitarlo y dotarlo de contenido, como desde un concepto *teleológico-formal*, que se orienta a captar el sentido de los concretos tipos penales. El bien tiene un contenido de valor previo al Derecho, que éste asume convirtiéndolo en jurídico y erigiéndolo en fundamento material de un tipo penal (MOLINA FERNÁNDEZ, *Política Criminal y blanqueo de capitales*, p. 96).

es el individuo, sino el colectivo o pluralidad indeterminada de trabajadores. Sólo el colectivo de trabajadores *puesto en peligro*<sup>638</sup> puede ser “representante” de la afectación a la vida y salud en el contexto típico del art. 316, teniendo en cuenta que ese precepto concreta la estrategia de defensa del bien jurídico protegido, frente a la potencialidad lesiva del comportamiento allí desvalorado. El “colectivo” es el “objeto” agredido, al cual se refiere la conducta desvalorada en el tipo penal.

El hecho de que el trabajador individual sea el titular del bien jurídico protegido -y sujeto pasivo<sup>639</sup>-, puede llevar a sostener que es coherente la interpretación del art. 316 como delito de peligro concreto, en el sentido de que es suficiente la puesta en peligro de la vida y salud de un sólo trabajador para la consumación del delito. Sin embargo, no es así, por cuanto el objeto de acción no puede ser otro que el colectivo, porque sólo al colectivo se refiere la conducta desvalorada en el tipo. El trabajador individualmente considerado es el titular del bien jurídico -vida y salud- (sujeto pasivo) mientras que el objeto de acción es una pluralidad indeterminada de “sujetos pasivos”.

Es decir, debe distinguirse conceptualmente al individuo como sujeto pasivo y al individuo como posible objeto de acción. Interpretar que el art. 316 requiere un resultado de peligro concreto de al menos un sólo trabajador, implica *tergiversar* el objeto de acción propio del tipo penal, que ya no tendrá una relación especular con el comportamiento descrito (ataque plural). La postura dominante que entiende al art. 316 como un delito de peligro concreto, menosprecia la relevancia del objeto de acción (colectivo de trabajadores), y olvida que éste resulta *esencial* para que pueda realizarse la hipótesis prevista en el tipo.<sup>640</sup>

Bajo tales pautas, el sujeto (trabajador individualmente considerado, puesto en peligro concreto) no es representativo de la realidad que quiere abarcar -proteger- el art. 316 como norma de peligro *abierto* (que afecta a una pluralidad de trabajadores).

En el peligro abierto, sólo tiene significancia el conjunto, no cada uno, por eso no hace falta elegir un representante, porque para afectar el “todo”, desde el punto de vista del peligro abierto, es suficiente que el colectivo sea puesto en peligro, el peligro concreto de una de sus “partes” (aunque sean “unidades” en sí mismas porque son portadores del bien jurídico protegido), no representa la afectación del colectivo, en tanto conjunto de

---

<sup>638</sup> En el capítulo próximo se abordará el significado y consecuencias que corresponde asignarle a la “puesta en peligro de la pluralidad de trabajadores”, en los términos del art. 316.

<sup>639</sup> Se trata de sujetos pasivos calificados: deben ser trabajadores.

<sup>640</sup> REYES ECHANDÍA, *Tipicidad*, p. 83.

“unidades” que están en peligro *simultáneamente*. La afectación de uno de sus integrantes responde a una *especie* de peligro diferente.

Entonces, tampoco es correcto recurrir al criterio del “individuo como portador del bien jurídico protegido” en el esquema aquí propuesto, pero no porque se trate de un bien jurídico colectivo, sino porque lo “colectivo” es el objeto de acción y es el colectivo de trabajadores el que debe ser puesto en peligro, para que se consuma el delito.<sup>641</sup>

La acción desvalorada es la que pone en peligro a la vida y salud de la pluralidad de trabajadores, no la que causa un peligro concreto en un integrante (no “representante”) de ella. En este contexto, el resultado de peligro (concreto) individual es sólo un *efecto eventual* (e irrelevante) de ese comportamiento.

En el marco descripto, cabe concluir que aunque el trabajador (como sujeto individual) sea el titular del bien jurídico protegido, no es correcto recurrir a la tesis del “sujeto pasivo social representado”.

Ahora bien, más allá de lo hasta aquí desarrollado, corresponde efectuar la siguiente aclaración.

El objeto de acción (colectivo) al que se viene haciendo referencia, responde al ataque plural *propio o característico* de este sector de riesgo, es decir, de los riesgos laborales. Creo que, como se viene señalando -y como se seguirá analizando en el próximo capítulo- la estructura típica del art. 316 responde a esa caracterización del riesgo laboral, en tanto riesgo abierto o plural, diseñando un objeto de acción acorde a éste (vida y salud de la pluralidad de trabajadores). Sin embargo, no puede desconocerse que en el ámbito laboral, existen también supuestos que configuran “ataques individuales”, que refieren a objetos de acción personales y que también requieren tutela penal.<sup>642</sup>

No obstante esa realidad compleja de este sector de riesgos, creo que el *tenor literal* del art. 316, sólo ha captado la faceta más característica del riesgo laboral -ataque plural/objeto de acción colectivo-, que es la que se viene abordando, cuando en realidad correspondía que contemplara *también* ese otro aspecto (no plural) del riesgo, aunque no sea el caso “emblemático” de afectación a los bienes jurídicos en juego. Desde esta óptica, considero una gran falencia del tipo penal que no haya incluido expresamente esa otra modalidad del riesgo (aunque no sea la más “representativa”) y no hiciera una

---

<sup>641</sup> Sobre esto se volverá en el próximo capítulo, donde se fundamentará la interpretación del art 316 como un delito de peligro común, e incompatible con la exigencia de un resultado de peligro concreto para su consumación.

<sup>642</sup> Se abordará exhaustivamente esa cuestión en el capítulo próximo.



clara distinción de estas dos realidades, ya que si bien ambas requieren protección penal, ésta debe responder a fórmulas típicas diversas (aunque puedan integrar el mismo precepto), ya que ostentan diferencias esenciales (no sólo en la consideración del objeto de acción respectivo, sino la magnitud de sus consecuencias, que deben reflejarse en penalidades distintas).

Dicho esto, pienso que la indeterminación del tipo en ese sentido no puede ir en desmedro de la protección del trabajador *individualmente considerado* (objeto de acción individual), frente a un ataque no plural. Por ello, propongo una exégesis del delito que sea inclusiva también de esos supuestos, que aunque no son característicos de este ámbito de riesgos, no pueden quedar fuera de la protección penal aquí postulada. Sin embargo, adelantándome a lo que se abordará en el capítulo próximo, ello no se traduce en avalar la interpretación que aquí se cuestiona, de la puesta en *peligro concreto* de la vida o salud del trabajador individual, como momento consumativo del delito.<sup>643</sup>

## VII. Conclusiones.

### VII.1 Verdadera función de la “seguridad en el trabajo”

Gran parte de la desorientación en la determinación del bien jurídico protegido en el art. 316, es debido a la falta de profundización por parte de la doctrina en la distinción de este concepto y los elementos típicos estructurales, como el objeto de acción y su relación con el carácter plural del ataque a la vida y salud de los trabajadores, desvalorado en el tipo penal.

Esta confusión se pone de manifiesto en las posturas que señalan que el bien jurídico protegido se identifica con la vida o salud de los trabajadores como bien *colectivo*, “porque a diferencia de lo que ocurre en los delitos de lesiones y homicidio, el titular no es cualquiera, sino “los trabajadores”, y que “la conducta típica en el art. 316, que consiste en crear peligro, *impone esta dimensión colectiva del bien jurídico*, ya que ese peligro se *proyecta* sobre los “trabajadores” indeterminados, como colectivo, al que se somete a condiciones de inseguridad”.<sup>644</sup>

Claramente, en esta reflexión se confunde al bien jurídico protegido con el objeto de acción. En realidad el “peligro abierto” se proyecta sobre el objeto material del bien jurídico protegido (vida y salud) y de ese modo “moldea” al objeto de acción (relación

---

<sup>643</sup> Como se desarrollará en el capítulo próximo, se postula aquí, una interpretación del art. 316 como delito de peligro abstracto-concreto.

<sup>644</sup> TERRADILLOS BASOCO, *La siniestralidad...*, pp. 49 y 50. En sentido similar: RAMÍREZ BARBOSA, *El delito...*, pp. 71/76 y GALLARDO GARCÍA, *Protección...*, pp. 113/14.

especular con la modalidad de ataque). La vida y salud como bienes jurídicos no poseen diferentes dimensiones, lo diferente es el *modo* en que se los agrede: individual o pluralmente. Estos bienes jurídicos no tienen una dimensión colectiva, porque no existe “la vida (o la salud) del colectivo” como categoría especial, diferenciable de la vida (o la salud) de *cada integrante* de ese colectivo, por eso no hay una “titularidad compartida” de la vida y la salud por parte del conjunto de trabajadores. Se confunde así, la titularidad compartida (propia de los bienes colectivos) con el hecho de que el objeto de acción es una “pluralidad de trabajadores” (quienes son a su vez titulares de los bienes jurídicos individuales vida y salud de *cada uno*), que están “colectivizados” por el ataque plural a esos bienes individuales. Se trata de un “*colectivo de titulares del bien jurídico protegido individual*”, que conforman el objeto de acción, como contracara de ese ataque plural, por estar sometidos a la misma fuente de riesgo (proceso productivo).

Por otra parte, quienes señalan a la “seguridad en el trabajo” como bien jurídico colectivo protegido, no advierten que lo colectivo aquí es la *dimensión de la agresión* a los bienes jurídicos individuales (vida y salud) de los trabajadores. La seguridad laboral no tiene contenido propio, lo que hay detrás de este “bien jurídico aparente” es un conjunto de bienes jurídicos individuales y un foco de peligro colectivo (actividad laboral riesgosa). Es el reverso del peligro, al que están expuestos tales bienes.

En este razonamiento, la seguridad laboral sólo cumple la función negativa (de seguridad o contención de riesgos) en un contexto donde lo que se demanda es la protección de la vida y salud de un colectivo (trabajadores) y no se trata de una realidad compleja sobre la que se estructure un bien colectivo al que se le pueda asignar una función social positiva, referida a la *integridad de las condiciones de desarrollo y de aprovechamiento* de bienes jurídicos pertenecientes a distintos colectivos, que puedan entrar en conflicto.

Sin embargo, la función de “barrera protectora” o de contención de riesgos, debe desarrollarla una adecuada estructura típica (con la exigencia de un determinado estadio de evolución del peligro -previo al concreto-<sup>645</sup>) y no un bien jurídico colectivo aparente, como la “seguridad laboral”.

---

<sup>645</sup> Se explicará esta cuestión en el capítulo próximo.

Recapitulando, en este delito el bien jurídico protegido es individual, pero las acciones tipificadas lo son por comportar un peligro *general* para la vida y salud de los participantes en la actividad laboral. Ese elemento ha conducido a muchos autores a “construir” un bien jurídico colectivo en atención a la pluralidad de sujetos pasivos amenazados.<sup>646</sup> Pero, el sujeto pasivo *stricto sensu* es el individuo (trabajador), mientras que *la necesaria concurrencia de diversos sujetos pasivos es una exigencia de la técnica de tipificación empleada.*<sup>647</sup> Ello, más allá de la aclaración hecha con relación a la propuesta una interpretación del tipo, guiada por principios de política criminal, que considere incluidos en el espacio típico, casos de ataques no plurales, en cuyos supuestos el objeto de acción no será colectivo (individual).

Desde esta óptica, la esencia del art. 316 radica en tipificar *nuevas formas de agresión a los bienes jurídicos tradicionales vida y salud, que refuercen su tutela ante la insuficiencia de*

*las estructuras típicas habituales.*<sup>648</sup> El núcleo material del injusto es la protección *anticipada* de tales bienes jurídicos individuales, frente a un peligro *abierto o común.*<sup>649</sup>

En este contexto, la referencia doctrinal a la “seguridad de los trabajadores”, si bien no configura la “realidad valiosa protegida” (objeto de protección), cumple la función de delimitar el ámbito donde deben verse amenazados dichos bienes jurídicos personales, para enmarcarse en este contexto de protección punitiva.<sup>650</sup> En términos de

---

<sup>646</sup> SOTO NAVARRO, *La protección penal...*, p. 191. Esto se observa claramente en el caso de TERRADILLOS BASOCO quien señala que “La conducta típica, que consiste en crear peligro, impone esta dimensión colectiva del bien jurídico, ya que ese peligro se proyecta sobre los trabajadores indeterminados, como colectivo al que se somete a condiciones de inseguridad” (*La siniestralidad ...*, p. 49).

<sup>647</sup> MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción*, pp.362 y ss.

<sup>648</sup> MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *ibidem*. A ese razonamiento, COMPAÑY CATALÁ le critica que si así fuera, lo que habría que hacer es reformar el tipo que no protege suficientemente, pero no mantenerlo y crear uno nuevo (*La protección penal...*, p.31, nota 44). Sin embargo, cabe señalar que no se advierte la razón por la cual habría que limitar al legislador en el sentido de que sólo elabore un tipo penal por cada bien jurídico protegido. Muy por el contrario, la pluralidad de tipos penales (aunque protejan el mismo bien jurídico), permite una mayor precisión (mandato de certeza) al configurar una estructura típica específica, acorde al modo de ataque al bien protegido y al *contexto* que requiere la protección (en este caso, la “seguridad en el trabajo”).

<sup>649</sup> En el próximo capítulo se abordará la consecuencia de que el tipo penal refiera a un peligro de estas características.

<sup>650</sup> En sentido similar, CARDOZO POZO, *Bases de política criminal...*, p.263, respecto de la seguridad vial.

Desde esta óptica, indica RODRIGUEZ MONTAÑES que “no se protege la seguridad colectiva o del tráfico o de la sanidad como bienes autónomos con entidad propia, sino sólo en cuanto punto de referencia para la protección de los intereses individualizables de la colectividad” (*Delitos de peligro...*, p. 315).

TERRADILLOS BASOCO, es el “*marco condicionante de la eficacia en la protección de la vida o salud*”, pero no el auténtico bien jurídico protegido.<sup>651</sup>

De este modo, la seguridad en el trabajo, como delimitadora de la modalidad de riesgo para los bienes jurídicos individuales vida y salud, que serían los verdaderamente protegidos, permite el análisis del tipo penal desde bases más consolidadas y evita la artificiosa construcción de un bien jurídico colectivo, que no cumple ningún papel.<sup>652</sup>

## **VII.2 La vida, salud e integridad física como objeto de protección del art. 316**

El art. 316 refiere explícitamente al objeto de protección: la vida, salud e integridad física de los trabajadores, en tanto bienes individuales.

Estos derechos están reconocidos en la norma suprema: los arts. 15, 40 y 43 CE, que aluden a la protección de la vida y salud tanto de la generalidad y con la vocación universal propia de un derecho fundamental, como desde la proclamación de una política social y económica que obliga a los poderes públicos a desarrollar una estrategia de prevención de riesgos en el trabajo, que de forma adecuada proteja la salud de los trabajadores. El art. 15 que consagra el derecho a la vida y salud, si bien no hace mención expresa del ámbito laboral, ello no es necesario, ya que debe entenderse que su protección abarca al mismo y que se protegen estos derechos en todas las parcelas que desarrolla el individuo a lo largo de su existencia. El art. 40.2 refiere de forma específica la seguridad e higiene en el trabajo. El art. 43 declara explícitamente que los poderes públicos velarán por la salud, en el marco del capítulo dedicado a los principios rectores de la política social y económica, y junto al art. 40, se conforman como la “fuente de la que deriva el sistema normativo de prevención de riesgos laborales.”<sup>653</sup>

Una interpretación dogmática garantista, acorde con la realidad social y coherente con el sistema político en el que se circunscribe, exige que los bienes jurídicos deban ser analizados como un concepto de raíz sociológica o social, ubicado en el sistema político, social y económico, y que sea confrontado dinámicamente con el mismo.<sup>654</sup>

### **VII.2.a. La salud**

El art. 316, con relación al anterior art. 348 bis a), ha ampliado el campo de protección, introduciendo la remisión expresa a la salud, antes ausente. De este modo deja de ser

---

<sup>651</sup> RDP, N°E, pp. 22/23.

<sup>652</sup> CARDOZO POZO, *Bases de política criminal...*, p. 460.

<sup>653</sup> GALLARDO GARCÍA, *Protección...*, p. 107 (nota 211).

<sup>654</sup> GALLARDO GARCÍA, *ibidem*.

atípica la creación antijurídica del riesgo de enfermedad (en tanto alteración fisiológica) y también la de enfermedad mental de origen profesional, puesto que salud e integridad física, no son conceptos idénticos.<sup>655</sup>

En efecto, la salud presenta un triple aspecto: físico, fisiológico y psíquico. Desde esta óptica, la salud debe ser entendida como ausencia de alteración corporal, con lo que viene su afectación a comprender cualquier alteración del normal funcionamiento del cuerpo, ya sea por pérdida de sustancia corporal -integridad-, ya por inutilización funcional de cualquier órgano o miembro -inutilidad-, ya por enfermedad física o síquica. La integridad en sí misma, desconectada del concepto más general de salud, no puede constituir un bien jurídico protegido autónomo, en la medida en que puede haber pérdidas *provocadas* de sustancia corporal, que persiguen precisamente mejorar la salud del sujeto, por ejemplo, la amputación por gangrena.<sup>656</sup>

El daño a la integridad física implica una alteración de la estructura anatómica, cualquiera sea el lugar del cuerpo, piel, músculos, huesos o tejidos en general. Desde una perspectiva más amplia, daño a la salud equivale al desequilibrio en el funcionamiento del organismo, ya sea en el cuerpo físico o fisiológico o en lo psíquico, por lo que puede verse que una afectación a la integridad física constituye un *caso particular* de una afectación a la salud. En este esquema, creo que luego de que el legislador de 1995 ha introducido el término salud, resulta redundante mantener en el tipo la referencia a la integridad física.<sup>657</sup>

En cuanto al aspecto psíquico, el haber incluido a la salud en el precepto, implica que la esfera de protección debe abarcar también la salud psíquica del trabajador, frente a las situaciones que la ponen en peligro grave. Se ha interpretado en ese sentido, que la salud psíquica cobra entidad autónoma como objeto de tutela y que no se trata tanto de hacerla derivar de una exposición a una situación de peligro para la vida o integridad física, sino de otro tipo de situaciones que cobran significado propio, a través de la denominación de “riesgos psicosociales”, ya que de lo contrario, se dejaría al margen la

---

<sup>655</sup> ARROYO ZAPATERO, *La protección penal...*, pp. 115/16, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección...*, pp. 28/32, De VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad...*, p. 96, GALLARDO GARCÍA, *Protección...*, p.109.

<sup>656</sup> GONZÁLEZ RUS, *Sistema de Derecho penal español*, MORILLAS CUEVA (coor), Madrid, 2011, pp. 90/91.

<sup>657</sup> En igual sentido, GALLARDO GARCÍA, *Protección...*, p.109.

protección del trabajador frente a aquellos riesgos para su salud psíquica que no surgen estrictamente de las condiciones materiales de la prestación laboral.<sup>658</sup>

## VII.2.b La vida

Nótese que la normativa administrativo/laboral específica alude a la integridad física o a la salud, pero no a la vida. En rigor, esa referencia no es necesaria, ya que basta la existencia de un riesgo cierto y grave para la salud o integridad física, porque es una regulación de mínimos que garantiza, así mismo, la vida.<sup>659</sup> En ese sentido, el art. 14.1 LPRL establece el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, y un correlativo deber de protección por parte del empresario; el art. 4.2 ET garantiza el derecho a “la integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene” y el art. 14. 1) EBEP contempla el derecho a “la protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo”. Sin embargo, el art. 316 menciona específicamente a la *vida* de los trabajadores, como interés protegido.

Una primera aproximación a la compleja realidad que se encuentra detrás de la expresión “vida humana”, permite entenderla como la propia existencia físico-biológica del ser humano. La importancia de este bien se comprende fácilmente, puesto que en él se sustentan todos los demás bienes jurídicos y derechos de los que es titular o beneficiario el ser humano, y en ese sentido, es el soporte y la condición necesaria que va a permitir a cada individuo ejercitar y desarrollar sus facultades personales, su desenvolvimiento existencial, aspiraciones y metas, en suma, su destino individual y social.<sup>660</sup>

Un punto controvertido es el relativo a cuándo se produce el fin de la vida (muerte). Tradicionalmente se considera que ello ocurre con la paralización irreversible de los sistemas circulatorios sanguíneos y respiratorios, vinculada con la pérdida de toda actividad del sistema nervioso central, y seguida de toda célula y tejido del organismo.

661

---

<sup>658</sup> POMARES CINTAS, *El Derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Valencia, 2013, pp. 173 y 179.

<sup>659</sup> POMARES CINTAS, *El Derecho penal...*, p. 172, quien cita en ese sentido, la STS 611/2000 del 19/10.

<sup>660</sup> ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida humana: el delito de homicidio*, Revista de derecho penal, 2003-1, Delitos contra las personas-1, DONNA (dir), Bs. As., 2003, pp.14/16.

<sup>661</sup> DONNA, *Derecho Penal-Parte Especial*, Bs. As., 1999, p. 23.

## CAPÍTULO IV

### ***EL PELIGRO COMO TÉCNICA DE TIPIFICACIÓN PARA LA INTERVENCIÓN PENAL EN EL MARCO DE LOS RIESGOS LABORALES***

*Estudio de las diferentes modalidades típicas del delito contra la vida y salud de los trabajadores. Análisis de la estructura del art. 316 del CP español. Técnica recomendada para el Derecho penal argentino.*

En este capítulo se abordarán las distintas formas que puede asumir la respuesta penal frente a la siniestralidad laboral. En este marco, se hará un análisis exhaustivo de la técnica de tipificación del delito de peligro (en sus diferentes formas: abstracto, concreto y abstracto-concreto). También se estudiarán los problemas (dogmáticos y probatorios que genera la exigencia de “peligro grave” en el art. 316 del CP español, y en ese contexto, se brindará una interpretación distinta a la dominante en la doctrina y jurisprudencia españolas. Finalmente, y en base a las conclusiones de ese análisis, se recomendará la técnica de tipificación para el delito de peligro postulado para el CP argentino.

#### **I. Opciones legislativas de protección de los trabajadores ante los riesgos laborales**

##### **I.1. Introducción**

Según se viene exponiendo, la situación de alta siniestralidad laboral en Argentina, pone de manifiesto que los trabajadores por cuenta ajena carecen de mecanismos eficaces de protección de sus bienes jurídicos vida y salud, en el ámbito de la actividad laboral riesgosa. De este contexto, se desprende la necesidad de una tutela jurídica efectiva en la salvaguarda de esos intereses, no sólo a través de la intervención del Derecho laboral y administrativo, sino además con la tutela penal, que haga efectivo el mandato constitucional de garantizar las “condiciones dignas de labor”, del art. 14 bis (CN argentina).

La necesidad de la intervención penal en este ámbito se encuentra íntimamente vinculada con la *relevancia* de los bienes jurídicos expuestos al riesgo del proceso productivo; la vida y salud de los trabajadores en tanto bienes individuales, pero

afectados por una nueva modalidad de ataque -plural-, que requiere una protección específica -y diferente- respecto de la que brindan, para los mismos bienes, los delitos imprudentes de resultado (homicidio y lesiones).

Es innegable que las condiciones actuales de las formas de producción y contratación laboral traen aparejados un aumento considerable de los niveles de riesgo en la empresa, en detrimento de esos intereses esenciales de los trabajadores. Esta situación tiene su origen en la inexistencia de una adecuada política preventiva que regule de manera efectiva la presencia de los peligros en el centro de trabajo, así como la falta de compromiso empresarial en la actividad de prevención de riesgos laborales. En este panorama, el proceso de liberación y globalización del mercado de trabajo, así como su informalización y el intento de importar condiciones de trabajo “más competitivas” a través de la colocación ilegal de inmigrantes, ponen de manifiesto de un modo claro la situación de desigualdad de los trabajadores en el desarrollo del modelo económico neoliberal contemporáneo. Ante ello, se requiere la puesta en marcha de políticas públicas y sociales más eficaces y una intervención más efectiva del ordenamiento jurídico a través de sus distintas ramas para contrarrestar la situación desfavorable del colectivo de los trabajadores. En esa solución, no puede prescindirse de cada una de las disciplinas jurídicas que configuran la protección legal de los trabajadores en materia de riesgos laborales. Por lo tanto, es necesario que las diversas ramas del ordenamiento jurídico que regulan esta materia se coordinen para conseguir una mayor efectividad de las normas y de ese modo, lograr una acción de carácter multidisciplinar.

En un orden sancionador coherente, el paso previo a la sanción penal debiera ser la sanción laboral. Pero esta vía no consigue los niveles de motivación necesarios para que el empresario cumpla con la norma de prevención, ya que la sanción normalmente prevista por ese sector jurídico es la multa. Por ello, además de las sanciones pecuniarias se requieren otro tipo de sanciones de diferente naturaleza, como las penas privativas de libertad, exclusivas del Derecho penal para poder conseguir la motivación del empresario

En este escenario, el Derecho penal se presenta como el instrumento subsidiario adecuado en la tutela de de este tipo de ataques -los más graves- que pueden sufrir los bienes jurídicos esenciales de los trabajadores. De este modo, la vía penal permite solventar los problemas que no pueden solucionarse en sede administrativa, en tanto instrumento de poder disuasorio de las conductas empresariales incumplidoras del acervo prevencionista en materia de seguridad laboral.



Ahora bien, la intervención penal en este contexto puede asumir diferentes formas, que determinan modelos jurídicos de distinta configuración y extensión del Derecho penal laboral, como puede verse en el Derecho comparado. La distinta configuración y extensión de la tutela penal del trabajo en cada uno de los sistemas, tiene que ver con diferentes factores: en primer lugar, con el distinto grado de utilización de otros mecanismos sancionadores de carácter de no penal (civiles, laborales, administrativo, etc.).<sup>662</sup> Otro factor obedece a la forma de articular las soluciones destinadas a compensar la desigualdad de fuerzas existentes en el conflicto trabajador-empresario. En este punto, existen básicamente dos sistemas que pueden utilizarse con distinta intensidad: la autorregulación y la intervención de la Administración. Según el primer sistema, la compensación de la igualdad de fuerzas se realiza acrecentando el papel de los trabajadores y de sus órganos de representación colectiva dentro de la empresa. El segundo sistema consiste en incrementar la intervención administrativa, a través de sistemas de inspección.<sup>663</sup> Por último, un tercer factor depende del grado de imbricación existente entre la normativa laboral y la penal.

En Francia, Italia y Alemania, el Derecho sancionador del trabajo es Derecho penal accesorio, cuya finalidad es reforzar, a través de sanciones penales o administrativas, el incumplimiento de la normativa laboral. Ello implica que los tipos penales se encuentren en su mayoría ubicados en el Código de Trabajo (Francia) o dispersos en la normativa laboral (Alemania). No obstante, esto no impide que en tales países no aparezcan figuras delictivas en el CP, destinadas a tutelar la vida y salud del trabajador. Un modelo diferente es el español, donde los preceptos penales se contienen exclusivamente en el CP, sistematizados en un único título, a partir de distintos bienes jurídicos protegidos. Sin embargo, no es

---

<sup>662</sup> NIETO MARTÍN A., *Le droit pénal du travail*, en *Droit pénal des affaires en Europe*, GIUDICELLI DELAGE, G. (dir), París, 2006, pp. 401/2. Por ejemplo, Alemania prefiere este tipo de sanción a la sanción penal. En el sistema alemán, la tutela relativa a la prevención de riesgos laborales se concentra fundamentalmente, en una serie de leyes laborales y, en especial, en la ley de Protección Laboral promulgada en 1996. La mayoría de las infracciones relativas a la seguridad en el trabajo se configuran como ilícitos administrativos-laborales, adquiriendo relevancia jurídico-penal tan sólo las conculcaciones dolosas que pongan en concreto peligro la vida y/o salud de los trabajadores o los incumplimientos reiterados de los mandatos acordados por la autoridad competente. El centro del sistema se ha construido en torno al Derecho administrativo sancionador, que sería complementado penalmente en esos supuestos indicados. De este modo, la intervención penal en sentido estricto, se reservaría para los casos en que se verifica un resultado de muerte y/ o lesión por imprudencia, donde resultarían de aplicación los delitos tradicionales de homicidio y lesiones imprudentes (HORTAL IBARRA, Concreción del riesgo típico en el delito contra la seguridad en el trabajo (art. 316). A la vez, un apunte sobre algunos modelos europeos de protección “penal” de la prevención de riesgos laborales, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Bs As, 2009, pp.86/87).

<sup>663</sup> La primera opción se aprecia en Alemania, mientras que la opción española se conecta con un mayor grado de intervención del Derecho penal o sancionador administrativo (NIETO MARTÍN, *Droit pénal des affaires en Europe*, pp. 401/2).

que la normativa laboral sea ajena a la conformación de las de las infracciones, pues los preceptos son tipos penales en blanco.<sup>664</sup>

## I.2 Formas de intervención penal

De todo lo expresado antes, han quedado claras las circunstancias que sugieren la necesidad de mecanismos adicionales de intervención penal en materia de seguridad en el trabajo, que trascienden los tradicionales delitos imprudentes de resultado, con el fin de reforzar de modo significativo el sistema administrativo de prevención y sanción existente en la materia. En este sentido, como se ha señalado, no puede negarse que a las conductas a las que se trata de hacer frente mediante la intervención penal, exhiben un alto grado de dañosidad social, a lo que debe agregarse la indudable mayor vulnerabilidad del grupo principalmente afectado, que impone una atención especial y preferente por parte del legislador. Las únicas dudas giran entonces en torno a la *efectividad* que razonablemente se puede esperar de la intervención penal en materia de accidentes de trabajo, más allá de la represión, en general indiscutida, de los homicidios y lesiones imprudentes exclusivamente conforme a las reglas del Derecho penal común.

De un somero análisis del Derecho comparado se desprende que básicamente existen dos formas de intervención penal, además de dichos delitos tradicionales:

1) incorporación a las figuras que tipifican los delitos imprudentes de homicidio y lesiones de una causa de agravación de la pena: la pena básica prevista para estos delitos se eleva cuando el resultado de muerte o lesiones se produce como consecuencia de una infracción de normas de seguridad en el trabajo (tipo cualificado de homicidio o lesiones imprudentes).<sup>665</sup>

---

<sup>664</sup> NIETO MARTÍN, *ibidem*.

<sup>665</sup> Este método es usado por el sistema italiano, que presenta tres niveles de protección. Uno básico, compuesto por los delitos contravencionales (infracción a normas preventivo-laborales), un nivel intermedio conformado por dos delitos de peligro: a. “remoción u omisión dolosa de las cautelas contra accidentes laborales (art 437) y b. “negligente omisión de cautelas o de las defensas contra los desastres o accidentes en el trabajo” (art 451). El tercero, los tradicionales delitos de homicidio y lesiones imprudentes (arts. 589 y 590, respectivamente), donde la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales, determina *ex lege*, la imposición de una pena más gravosa en el homicidio imprudente (art. 589, segundo párrafo), y un sistema más exigente de persecución delictiva, en el concreto supuesto de las lesiones por imprudencia (art. 590, último párrafo) -régimen de procedibilidad de oficio- (HORTAL IBARRA, *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, pp. 90/94). También está presente en la propuesta contenida en el proyecto de ley de delitos europeos auspiciada por ARROYO ZAPATERO y NIETO MARTÍN, relativa a la incorporación de un delito contra la seguridad en el trabajo y una agravación del mismo en casos en que se produce la muerte o lesiones imprudentes del trabajador (ver *Eurodelitos*, ARROYO ZAPATERO/TIEDEMANN/NIETO MARTÍN (coord.), México, 2006, p.170). También puede verse el uso de este modelo en el nuevo art. 168 A del CP peruano (ver capítulo I y capítulo VII).

En términos de HERANDEZ BASUALTO, este es el más “modesto” de todos los mecanismos de intervención penal. De este modo, *no se innova en la estructura de la respuesta*: la intervención está siempre supeditada a la efectiva producción imprudente de los resultados lesivos clásicos.<sup>666</sup>

2) creación de un delito de peligro. Este segundo modelo consiste en reprimir la infracción de ciertas normas de prevención de riesgos laborales, con independencia de que la misma conduzca o no a un resultado de muerte o lesiones. Puede tratarse de delitos de peligro concreto, abstracto o de idoneidad o aptitud.<sup>667</sup>

Afirmada la legitimidad *prima facie* de la intervención penal en aras de obtener la máxima seguridad posible para los trabajadores, en el entendido de que los tipos de resultado lesivo no son suficientes para ese fin, el adelantamiento de la barrera de protección a través de la configuración de delitos de peligro, se presenta como la opción indicada a estos propósitos.

HERNÁNDEZ BASUALTO introduce una tercera opción: el delito de infracción contumaz o desacato a la autoridad. Se trata del incumplimiento contumaz de las normas de prevención de accidentes laborales. El tipo se construye sobre infracciones ya constatadas por la Administración, las que a su vez permiten focalizar la fiscalización en la ulterior evolución de la situación empresarial en la materia, ofreciendo una base sólida de aplicación, pero sólo respecto de las infracciones posteriores, ya que respecto de la primera, su detección presenta las mismas dificultades que enfrentan los delitos de peligro. Se trata en definitiva de un delito de peligro abstracto, que a diferencia de la segunda opción presentada, consiste en la descripción precisa de la conducta relevante, que si bien no supera la remisión genérica al conjunto de las regulaciones de prevención de riesgos laborales, sí fija formal e inequívocamente la eventual relevancia penal de las mismas.<sup>668</sup> Una manifestación de este sistema, puede verse en el art. 168 A del CP peruano, en su formulación actual.

## **I.2.a Análisis de las diferentes opciones**

La primera opción (delitos imprudentes de resultado cualificados) ha sido postulada por SCHÜNEMANN, quien entiende que la infracción de las normas sobre protección en el trabajo “no es condición necesaria ni suficiente para la imprudencia del autor que provoca un accidente de trabajo o que no lo impide infringiendo su deber de garante, sino que estamos ante reglas de cuidado generales, que no agotan las precauciones de seguridad a tener en cuenta en la situación concreta y cuya infracción tampoco tiene

---

<sup>666</sup> Delitos contra los trabajadores en el derecho penal chileno, en *Derecho penal laboral*, Bs. As., 2011, pp.69/70

<sup>667</sup> Ejemplos de este sistema son los arts. 316 y 317 CP español y arts. 437 y 451, CP italiano.

<sup>668</sup> *Derecho penal laboral*, pp.81/82.

necesariamente que haber elevado un riesgo concreto de accidente.”<sup>669</sup> El autor señala que, aun en ámbitos regulados jurídicamente de manera exhaustiva, como el caso de la seguridad en el trabajo, el mandato normativo concreto debe ser elaborado partiendo de las reglas generales de cuidado. Y, a partir de allí, uno debe preguntarse si, considerando todos los detalles de la situación concreta, aun hay que observar un mayor cuidado, o si cabe desviarse de las reglas generales sin que aumente el riesgo de lesión. En referencia a la norma penal española, SCHÜNEMANN entiende que un tipo de delito compuesto por la combinación de una infracción abstracta de la regla con un mero resultado de peligro, en el ámbito interno de la empresa, no puede llegar de ningún modo a ser eficaz político criminalmente. Opina que una combinación de esta clase es practicable, por ejemplo, en el Derecho penal del tráfico rodado, pues allí la puesta en peligro discurre en el trato externo de los ciudadanos, de modo que la víctima de una acción peligrosa está por lo general motivada y también en condiciones de permitir que la realización del tipo penal acabe desembocando en un proceso penal a través de la denuncia. Por el contrario, cuando se infringen normas destinadas a la prevención de riesgos en el trabajo, el mero hecho de generar la situación de peligro no conducirá a un proceso penal, porque todo el proceso tiene lugar internamente, y porque los trabajadores afectados tienen por lo general buenas razones para no arruinar sus posibilidades laborales en la empresa presentando una denuncia penal.<sup>670</sup>

En primer lugar la opinión de SCHÜNEMANN debe contextualizarse en el marco del sistema jurídico alemán, donde el “centro del sistema” se ha construido en torno al Derecho administrativo sancionador, dejando la aplicación estricta del Derecho penal a los supuestos en que se produce el resultado lesivo imprudente.<sup>671</sup>

Dicho esto, la doble argumentación en la que el autor sustenta su postura, debe ser rechazada.

En efecto, con relación al primer argumento, se ha sostenido correctamente que el mero incremento de las penas no motiva a los destinatarios de la norma del delito imprudente

---

<sup>669</sup> SCHÜNEMANN, B., Prevención de riesgos laborales, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir), *La política criminal en Europa*, Barcelona, 2004, pp. 253/69.

<sup>670</sup> SCHÜNEMANN, *ibidem*.

<sup>671</sup> Ver nota 1 de este capítulo.

a un comportamiento más adecuado.<sup>672</sup> La pena incrementada sólo puede lograr el objetivo pretendido si se dirige contra la conducta *consciente* del sujeto.<sup>673</sup>

En este sentido, cabe señalar que el problema de los accidentes de trabajo no consiste en que haya sujetos que *quieran* causarlos, sino en que quienes son responsables de la realización del trabajo, no aplican en ello el cuidado necesario, incumpliendo las medidas de prevención.<sup>674</sup>

Entonces el mensaje del legislador al empresario no podrá consistir en un mero “no mates”, sino que deberá dirigirse al sujeto ordenándole que en la dirección y organización del trabajo que tiene a su cargo, aplique todo el cuidado necesario para detectar los peligros que pueden surgir y todas las medidas de seguridad que a tales efectos están previstas en las disposiciones legales, normas profesionales y de experiencia, pues así evitará la producción de accidentes.”<sup>675</sup>

Lo que el legislador pretende es que el sujeto cumpla con su deber y las normas de seguridad y lo que ha de reprocharle es el incumplimiento de éstos.

---

<sup>672</sup> Si el Derecho penal cumple una función de prevención, esta prevención sólo es efectiva si se refiere a las *acciones* que son las únicas evitables. El Derecho penal no puede prohibir por tanto resultados, sino sólo acciones; “la evitación de resultados lesivos para la sociedad”, sólo se puede intentar motivando a la evitación de conductas que puedan producir esos resultados. El Derecho no puede prohibir que se produzcan resultados dañosos, sólo que los ciudadanos lleven a cabo voluntariamente comportamientos capaces de ocasionar dichos resultados. Por tanto, el núcleo del injusto, la “sustancia de lo prohibido”, no puede estar constituida por el resultado porque éste, en sí mismo, no puede infringir las normas jurídicas, ni ser por tanto contrario a derecho, por mucho que pueda suponer la lesión de un bien protegido jurídicamente (MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Delitos de peligro y su técnica de tipificación*, Madrid, 1993, p. 83).

<sup>673</sup> ARROYO ZAPATERO, *La protección penal...*, p. 244. Frente a esta crítica, HERNÁNDEZ BASUALTO ha señalado que si bien se trata de una objeción relevante, no debe ser sobrevalorada, porque, a menos que se les niegue absolutamente cualquier capacidad motivadora a los delitos imprudentes y se esté, en consecuencia, por su supresión pura y simple, habrá que reconocer que la limitada capacidad motivadora de dichos delitos sólo constituye razón para moderar las esperanzas a su respecto y mantener las penas en niveles más bien discretos, pero no para desechar de antemano una calificación en razón del tipo de norma en cuya infracción subyace la culpa. El citado autor, aclara luego que la crítica de ARROYO ZAPATERO no se dirige *in totum* contra la calificación de los delitos imprudentes en razón de la infracción de normas de prevención de accidentes laborales, sino exclusivamente contra su consideración como única y fundamental herramienta diferencial de intervención penal en la materia (*Derecho Penal Laboral*, pp.70/71, nota 46).

<sup>674</sup> En el caso de Argentina, se señala que “*Es suficientemente reconocida la falta de cumplimiento de la ley 19.587 y su decreto reglamentario*” (SCHICK, *Riesgos del trabajo*, Bs As 2010, p. 631).

Esta situación ha sido claramente puesta de manifiesto por PAJONI, quien destaca la idiosincrasia del empresario argentino, que no invierte en el mejoramiento de los procesos de producción, sino que impulsa una mayor intensidad en el trabajo para aumentar la productividad, extendiendo la jornada laboral e incrementando los ritmos de trabajo, dos condiciones que (sumadas a la falta de inversión en tecnología) predisponen para los accidentes de trabajo (*El derecho del trabajo...*, pp. 180/81).

<sup>675</sup> ARROYO ZAPATERO, *La protección penal...*, p. 250.

Cuando el empresario no facilita las medidas de protección, no busca provocar daños a sus trabajadores. Aunque considere probable el riesgo de accidente, no cree que éste se vaya a producir, sino que su finalidad es meramente mercantilista. Una probable explicación a porqué los empresarios no invierten en prevención de riesgos es que de ese modo, “externalizan” los gastos que generan los accidentes y enfermedades, así transfieren al conjunto de la sociedad, gran parte de los gastos asociados a esos eventos. Las inversiones y los cambios organizativos para mejorar las condiciones de trabajo son percibidos, por el contrario, como costes propios, directos e intransferibles. Todo esto nos lleva a concluir, como se ha destacado antes, que además de las sanciones pecuniarias, se necesitan otro tipo de sanciones, como las penas privativas de libertad, exclusivas del Derecho penal, para intentar motivar al empresario a cumplir con las normas de seguridad.<sup>676</sup>

En otro nivel de análisis, si bien el razonamiento de SCHÜNEMANN es dogmáticamente correcto, en el sentido de que la infracción de las normas sobre protección en el trabajo, no es condición necesaria ni suficiente para la imprudencia del autor que provoca un accidente de trabajo, lo cierto es que, desde el punto de vista político-criminal, la determinación del deber de cuidado en este ámbito, no puede “independizarse” de las normas de prevención extrapenales. Ello por cuanto, en el caso de las actividades peligrosas reglamentadas, como la actividad laboral, las ponderaciones generales ya están hechas (no se dejan a consideración del empresario) y brindan una herramienta precisa para la determinación del riesgo permitido.<sup>677</sup> Es por eso que el incumplimiento de la norma de prevención tiene relevancia en la determinación del deber de cuidado que debe cumplirse en el desarrollo de la actividad laboral, para evitar lesiones y muertes y no en el momento posterior, una vez que se produjo el resultado lesivo, para agravar la pena del delito.

En efecto, el ordenamiento jurídico admite o tolera de forma genérica ciertas actividades (socialmente útiles) que encierran peligros, pero no admite las imprudencias que puedan producirse en este marco, esto es, sólo admite el ejercicio *correcto* de

---

<sup>676</sup> GALLARDO GARCÍA, *Protección ...*, p.27.

<sup>677</sup> Una de las mejores maneras de saber si la conducta peligrosa se encuentra amparada por el riesgo permitido, es comprobar si cumple con la normativa existente. Esa normativa, en la medida en que resuelve de manera expresa la ponderación que sirve para interpretar el valor de conducta, puede tomarse directamente como referencia (MARAVÉR GÓMEZ, M. *El principio de confianza en Derecho penal*, Pamplona, 2009, p.360).

ciertas actividades que encierran peligros.<sup>678</sup> Se trata de ámbitos de la actividad social en los que la norma de cuidado *no es absolutamente indeterminada*, sino que es susceptible de una cierta tipificación, por la naturaleza de la actividad y la experiencia acumulada, lo cual, unido al alto riesgo que tales conductas representan para bienes jurídicos esenciales, debe llevar al legislador a su punición expresa, sin esperar a la producción de un resultado lesivo, recurriendo a la técnica del delito de peligro. En este proceso, el legislador debe atender a tres criterios: el grado de riesgo e importancia del bien jurídico, la naturaleza de la actividad (que permite “la tipificación” de la norma de cuidado, lo que se pone de relieve en la existencia de una normativa que la regula) y la experiencia acumulada, que permite constatar la potencialidad lesiva de ciertas conductas, contribuyendo a la tipificación de la norma de cuidado. Estos requisitos son propios de la actividad laboral.<sup>679</sup>

Los delitos de peligro tipifican expresamente ámbitos de riesgo en los que se ha podido delimitar la norma de cuidado. De ahí que cuando la creación del peligro dependa de una norma de actuación plenamente delimitada *a priori*, se puede sancionar penalmente a quien la incumple y crea un peligro, sin necesidad de constatar la existencia de una concreta lesión, como sucede con la imprudencia. Las fórmulas típicas de remisión a tales normas cumplen la función principal de explicitar precisamente en el tipo, aquel ámbito de riesgo, facilitando la función judicial.<sup>680</sup>

---

<sup>678</sup> Cfr. por toda la doctrina española MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1996, p.314.

<sup>679</sup> CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, p. 264 y ss. Esas normas constituyen generalizaciones abstractas de procesos individuales que dan puntos de apoyo para el cuidado considerado materialmente como debido en un determinado círculo de actividades y en esa medida, puede sostenerse que su incumplimiento introduce un riesgo que -en el caso- resultará idóneo para producirlo. Esta argumentación debe considerarse, *en principio*, suficiente para sustentar la prohibición penal de ese incumplimiento, si lo que se quiere es *garantizar la seguridad laboral*. Que el Derecho penal permita que los ciudadanos puedan realizar conductas peligrosas hace que resulte *legítima* la exigencia de unas determinadas prestaciones bastante estandarizadas. Se asume la realización de conductas que acarreen una peligrosidad abstracta o estadística, a cambio de que se cumplan determinadas medidas o reglas de seguridad, que el ordenamiento considera convenientes para controlar riesgos. Es decir, el Estado interviene en ciertos ámbitos peligrosos buscando una estandarización mínima de las conductas, como primera medida de prevención. A la autorización de la puesta en peligro el Derecho conecta una *obligación complementaria*, con lo que la permisión, se convierte en fuente de nuevos deberes de cuidado (FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado Lesivo...*, pp.310/13). En otras palabras, en la medida que el ordenamiento permite conductas que puedan afectar bienes jurídicos ajenos, exige un mayor deber de cuidado respecto de éstos.

<sup>680</sup> Los delitos de peligro inciden en ámbitos de riesgo -creación de un riesgo- del mismo modo que los delitos imprudentes, con quienes tienen en común su finalidad de protección más allá del delito doloso de lesión (De la CUESTA AGUADO, P., Tipificación del riesgo y delitos de peligro, en DONNA (dir.) *Revista de Derecho Penal, Delitos de peligro-I*, 2007-2, pp. 125 y ss.).

En este contexto, lo recomendable es optar por la técnica legislativa de las leyes penales en blanco, la que determina que, a diferencia del tipo imprudente donde la infracción de las normas extrapenales únicamente constituye un indicio sobre el cual fundamentar la violación del deber objetivo de cuidado, la contravención de las normas de prevención se erige en un elemento típico esencial del delito.<sup>681</sup> Esta remisión al orden normativo extrapenal expresa un *plus* de seguridad jurídica en un ámbito en el que ésta es especialmente necesaria, que tendrá un mayor efecto preventivo y una aplicación más frecuente. El sólido apoyo en un sistema codificado de reglas de prudencia otorga practicabilidad a la norma y facilita la difícil tarea de ponderación de intereses encontrados en la actividad de producción.<sup>682</sup>

Ahora bien, es cierto que hay casos en que cumpliendo las normas extrapenales de prevención, se constata un riesgo claramente mayor que el riesgo básico que suele quedar al observar la norma de cautela (situación crítica) y por lo tanto en esa situación, la conducta que observa la regla pero que sobrepasa el riesgo básico, ha de calificarse (desde la lógica de la imprudencia) como creación de riesgo desaprobada.<sup>683</sup> Cuando ese riesgo residual se concreta en el resultado lesivo, entonces sí deben entrar en escena los delitos imprudentes (de homicidio y lesiones), ya que en estos casos sí es necesario determinar en el caso concreto, cuál era el deber de cuidado adecuado, (sería imposible crear un delito de peligro partiendo del concepto de riesgo residual, pues no se puede generalizar, creando una norma abstracta).

El razonamiento de SCHÜNEMANN podría ser aplicable a estos casos en los que, el cumplimiento de la norma extrapenal de prevención de riesgo laboral, *sí carece de relevancia*, porque se configuró una situación especial que requería un deber de cuidado especial, adecuado a una situación, donde la actividad se desarrollaba *dentro del riesgo permitido a nivel administrativo* y que por esa razón, los resultados lesivos no serán estrictamente ataques contra la seguridad laboral, sino lesiones u homicidios *en ocasión* del trabajo. Pero fuera de estas situaciones (y desde la referida perspectiva político-criminal del peligro), en este ámbito de actividad peligrosa, normalmente sí será relevante el incumplimiento de la norma extrapenal, en tanto eleve el riesgo por encima

---

<sup>681</sup> HORTAL IBARRA, *Protección penal...*pp. 152/3 Las normas extrapenales de seguridad en la dogmática de la imprudencia, son sólo un indicio para determinar el deber de cuidado con la vida salud y otros bienes jurídicos importantes. Los delitos imprudentes no son tipos penales en blanco. Es cierto que ni todo incumplimiento de una norma extrapenal implica una infracción del deber de cuidado garantizado penalmente, ni siempre que no se ha infringido una norma extrapenal se ha respetado el cuidado debido (FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo...*,p. 322).

<sup>682</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, pp. 348/9.

<sup>683</sup> GIL GIL, *El delito imprudente*, pp. 267/8.



del nivel permitido para esa actividad. La relevancia penal de esta situación, sólo puede ser abarcada por un delito de peligro.<sup>684</sup>

En el marco de los riesgos laborales, debe partirse de la máxima relevancia de las normas de seguridad administrativas. El limitar la sanción penal a los casos en que por incumplimiento de ellas se produzcan los resultados lesivos, no es un problema que esté en relación con un mayor o menor grado de injusto en el obrar, sino que depende fundamentalmente de fines político criminales: imponer la pena ya en el momento del peligro implica *reforzar* la exigencia de cumplimiento del deber de cuidado, del deber de seguridad en el trabajo y juntamente con ello, *extender* el ámbito de la protección penal de la vida y la salud del ciudadano, respecto de un nuevo modo de agresión (actividad laboral peligrosa), como expresión de la política estatal de seguridad e higiene en el trabajo.<sup>685</sup>

Con esta lógica, el sistema de protección penal consistente en agravar la pena de los delitos tradicionales imprudentes de resultado (homicidio y lesiones), no puede abarcar adecuadamente la *dimensión plural* del ataque propio de los riesgos no permitidos laborales (peligro abierto), como se explicó en el capítulo anterior.

Por otra parte, resta agregar que si bien en el sistema español no está prevista esa agravante, ésta puede resultar *de facto* por diversos motivos: en primer lugar porque para un sector doctrinal importante, cuando se den los supuestos del art. 316 y de las lesiones u homicidios imprudentes, habrá concurso ideal de delitos que supondrá una

---

<sup>684</sup> No obstante, no implica ello equiparar el riesgo permitido administrativo y el riesgo permitido penal. El tipo penal debe relevar situaciones de peligro grave, que justifiquen la intervención del Derecho penal.

<sup>685</sup> ARROYO ZAPATERO, *La protección penal...*, p. 251. La paulatina adopción de esquemas similares para la tutela jurídico penal de otros bienes -como seguridad del tráfico- responde también a análogos procesos de selección de ámbitos de actividad, en los que se pueden identificar fuentes de riesgo para los bienes jurídicos individuales, no cubiertas por los esquemas tradicionales de tutela penal de éstos bienes (colectivos indeterminados). Esta indeterminación es la que se deriva de la imprevisión por parte del autor de los sujetos a exponer al riesgo, o dicho de otro modo, de la no selección por él de sujetos específicamente determinados para exponerlos al peligro que crea, que posee así una extensión indeterminada. Si los sujetos fueran escogidos específicamente, sería difícil negar que el autor llevó a cabo su acción, además, con un dolo eventual de lesión. De ser así, en estos casos podrían articularse tentativas de delitos de lesiones u homicidio. De modo que los delitos de riesgo en general despliegan su eficacia en el ámbito de conductas que se dirigen indiscriminadamente contra cualquier sujeto (DOVAL PAIS, A. Estructura de las conductas típicas, con especial referencia a los fraudes alimentarios, en BOIX REIG (dir) *Intereses difusos y Derecho penal, Cuadernos de derecho judicial, 36-1994*, pp. 33 y ss.). En este sentido, en este sector de los riesgos laborales, se trata de un ataque plural a los bienes jurídicos de los trabajadores, por eso el momento consumativo del delito de peligro para ser eficaz, debe producirse antes a la referida identificación de los sujetos expuestos al riesgo.

penalidad mayor que el resto de los supuestos “normales” de homicidio y lesiones.<sup>686</sup> Además, la agravante en la práctica, puede venir de la mano de la imprudencia profesional en los delitos de homicidio y lesiones imprudentes (arts. 142.1 y 152.3 CP), cuando el hecho haya sido cometido por un técnico (no por el empresario). Finalmente, la cantidad y cualidad de las normas de cuidado infringidas podrán -o deberán- ser tomadas en consideración por el juzgador para individualizar la pena. De este modo la praxis jurisprudencial “contrarresta” mediante una adecuada y motivada individualización de la pena, la no contemplación de la agravante en el precepto penal.<sup>687</sup>

En cuanto al segundo argumento aludido por SCHÜNEMANN, resultan obvias las dificultades de los trabajadores para denunciar las situaciones peligrosas. No obstante, la revelación de los incumplimientos de las normas de prevención no depende exclusivamente del sujeto pasivo. En ese sentido, los problemas planteados por este autor se resuelven en buena parte mejorando las labores de control de la Administración, a través, por ejemplo, de inspecciones de trabajo más eficaces (mayor frecuencia, mayor exhaustividad, etc.).<sup>688</sup> En los estudios empíricos realizados se constata que en las grandes empresas, donde los sindicatos tienen mayor control y fuerza, la siniestralidad laboral es menor; por tanto, donde hay más control hay menos siniestralidad. Si a eso se unen controles externos serios realizados por la Administración, encaminados a exigir el cumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales y a denunciar los incumplimientos, probablemente se reducirían los accidentes laborales.<sup>689</sup> Esta solución mantendría los delitos de peligro, recogiendo así

---

<sup>686</sup> Se abordará este tema más adelante.

<sup>687</sup> HORTAL IBARRA, *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, pp. 90 y ss.

<sup>688</sup> En igual sentido, CORCOY BIDASOLO, Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *La Política criminal en Europa*, Barcelona, 2004, pp. 25 y ss. Cabe traer a colación la experiencia española: en los últimos tiempos los poderes públicos han dotado de más medios materiales y humanos a la Inspección de Trabajo y han creado Fiscalías especializadas en materia de siniestralidad laboral. Ambos instrumentos han contribuido al enjuiciamiento penal de hechos que anteriormente, en muchas ocasiones, no llegaban a conocimiento de los tribunales porque el trabajador o sus causahabientes renunciaban a la acción penal a cambio de una compensación económica y dicha acción no era impulsada de oficio por el Ministerio Público (HORTAL IBARRA, *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, p. 81).

<sup>689</sup> OLAIZOLA NOGALES, I., Delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 316 y 317 del CP) y su relación con los resultados lesivos, en *InDret*, 2/2010, pp. 28 y ss. La autora destaca en este sentido, el Protocolo Marco de Colaboración firmado por el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y el Ministerio de Interior 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. Según el propio Protocolo el motivo principal que justifica su elaboración se encuentra en la previa constatación empírica de la alta siniestralidad laboral existente en

el mayor desvalor que suponen estas conductas y no limitando la punición a aquellos supuestos en los que ya se ha producido un resultado lesivo<sup>690</sup>. Desde luego, la legitimación de la intervención penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales pasa por incriminar únicamente las conductas más graves. Entonces, en contestación a las observaciones de SCHÜNEMANN, se puede afirmar que si se parte de que el Derecho penal está legitimado para intervenir en este ámbito, la eficacia real del mismo dependerá de que haya voluntad -política, judicial, etc.-. Si no se abren procesos judiciales, si no funcionan los órganos que deben controlar que se cumplan las medidas de seguridad, si los sindicatos y otros agentes sociales no toman en serio el problema de la inseguridad, parece evidente que el Derecho penal no será eficaz. Pero esto no puede servir para excluir la configuración de un delito de peligro, porque esa técnica de tipificación está justificada por la gravedad y la potencialidad lesiva de las conductas empresariales infractoras de las norma de seguridad laboral.<sup>691</sup> Ello en un contexto socio-cultural como el argentino (donde el incumplimiento de la norma extrapenal de prevención es un comportamiento empresarial generalizado), esencialmente diverso al que se presenta en Alemania, (además de los diferentes niveles de siniestralidad laboral en cada país).<sup>692</sup>

### **I.2.b El delito de peligro como la opción más eficaz**

La evolución de la vida social y los avances técnicos, han hecho que el deber de cuidado haya dejado de considerarse sólo como mera evitación de conductas peligrosas para pasar a considerarse como “planificación de riesgos”. La permisión del riesgo se condiciona a la aplicación del especial cuidado dirigido a mantener a aquel en su nivel mínimo inevitable para la obtención del bien socialmente necesario, de tal forma que la acción peligrosa es permitida solamente cuando es una acción emprendida y realizada cuidadosamente.<sup>693</sup>

---

España -con los graves perjuicios individuales y colectivos, económicos y sociales que conlleva- y por otra, el escaso número de procesos penales seguidos contra los sujetos que a través del incumplimiento de sus obligaciones preventivas han terminado provocando graves daños profesionales a los trabajadores o les han colocado en una situación de grave riesgo para su vida, su integridad psicofísica o su salud.

<sup>690</sup>Esa es la opinión mayoritaria de la doctrina en España, ver por todos OLAIZOLA NOGALES, *InDret* 2/2010, pp. 28 y ss.

<sup>691</sup> OLAIZOLA NOGALES, *ibídem*.

<sup>692</sup> Ver en este sentido lo desarrollado en el capítulo I.

<sup>693</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo...*, pp. 312/13.

La permisión de un riesgo depende, en gran medida de las garantías que ofrezcan las medidas de seguridad para controlarlo. Pero de poco serviría el diseño y estructuración adecuados de tales medidas, si en la práctica éstas no se cumplen. Cabe entonces reformular esa afirmación de este modo: “la permisión del riesgo está condicionada a la existencia -normativa- de las medidas de prevención y a su efectiva realización”. Es en ese punto donde se manifiesta oportuna la intervención del Derecho penal como instrumento idóneo para la *determinación* de los empresarios al cumplimiento de las normas de seguridad, como condición necesaria para la permisión del riesgo que conlleva la actividad laboral.

De ese modo, la permisión de la actividad laboral, a pesar de su nivel de riesgo, sólo es posible si al mismo tiempo se controla el peligro propio del sector, prohibiendo las modalidades de conducta que pueden elevar el riesgo por encima de lo permitido.<sup>694</sup>

En este sentido, las virtudes de esta clase de tutela penal, a través de un delito de peligro son bastante evidentes: en la medida en que se adelanta la barrera de protección, de modo que el Derecho penal no debe esperar a que efectivamente se accidente un trabajador para reprimir la inobservancia grave de medidas de seguridad laborales, se postula un mejoramiento del *status* de dichas medidas y, consiguientemente, de la condición de los trabajadores.<sup>695</sup>

Desde esta perspectiva, la vida y salud de los trabajadores, se afectan cuando la actividad laboral se desarrolla sin las condiciones que garanticen un trabajo seguro, incluso *antes* de que se produzca un resultado de peligro concreto respecto de trabajadores individuales. Esto es, la “inseguridad laboral” surge en el mismo momento en que se infringen las normas de prevención de un modo *apto* para afectar la vida y salud de ellos como pluralidad de sujetos portadores de tales bienes jurídicos individuales, en tanto se configura una situación de riesgo idóneo en tal sentido.

En base a tales consideraciones, entiendo que resulta más adecuado recurrir a la técnica de los delitos de peligro para proteger de un modo más adecuado la vida y salud del trabajador y esa será mi propuesta para el ordenamiento penal argentino.

---

<sup>694</sup> CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, p. 227.

<sup>695</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, *Derecho penal laboral*, p. 72.

Soy consciente de la fuerte crítica que desencadena la formulación de nuevos tipos de peligro, asociados con la expansión del Derecho penal. Pero, como se ha destacado en los capítulos I y II, lo cierto es que esa expansión no puede catalogarse sin más como un fenómeno nocivo. El problema no es que el Derecho penal se expanda, se reduzca o se transforme, lo cual parece inevitable si quiere responder a los cambios en las necesidades y en las estructuras sociales, sino, en cada caso, si está justificada la expansión, la reducción o la transformación.<sup>696</sup>

Con la creación de un delito de peligro en este ámbito de tanta lesividad, no sólo se consigue evitar la impunidad de comportamientos gravísimos contra la seguridad en el trabajo que, por casualidad no han terminado en desgracia, sino que se dirige un mensaje preventivo eficaz.<sup>697</sup>

La característica de los posibles sujetos activos de este delito, es que confían en que a pesar de las condiciones irregulares de trabajo, “no pase nada” o “no pase nada grave”. Entonces es *ese* el comportamiento que el Derecho penal debe sancionar para desalentarlo. La norma penal que sanciona el delito doloso se legitima así, no sólo por la evidente legitimidad de su fin, sino, por una capacidad de alcanzarlo que la experiencia ha demostrado inexistente en sanciones que no sean privativas de libertad o que exijan la efectiva lesión del trabajador para entender delictiva la conducta.<sup>698</sup>

Por otra parte, el fundamento de las normas de prevención en ámbitos regulados como éste, en tanto precisan el nivel de riesgo permitido, no es evitar la lesión, sino que el peligro *se torne concreto*.<sup>699</sup> Por eso, creo que puede interpretarse que el mandato para el Derecho penal es sancionar la creación de *situaciones de peligro abstracto-concreto (grave) superior al riesgo permitido*,<sup>700</sup> es decir, evitar que la actividad laboral se desarrolle incumpliendo normas de prevención que protejan la vida y salud, sin necesidad de llegar a configurarse una situación de peligro concreto.

---

<sup>696</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, La prevención penal de los riesgos laborales: cinco preguntas, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, pp. 568 y ss.

<sup>697</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *ibídem*.

<sup>698</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *ibídem*. Ver en ese sentido lo desarrollado en el capítulo I.

<sup>699</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado Lesivo...*, pp.310/13. Ello, más allá de la compleja redacción de ciertos preceptos (LISOS) que refieren a infracciones administrativas de peligro grave y muy grave, que pueden interpretarse como de peligro concreto (se profundizará en este tema en el capítulo VI).

<sup>700</sup> De este modo adelanto mi posición sobre la técnica de tipificación adecuada para este delito (peligro abstracto-concreto), cuya argumentación desarrollaré más adelante.

Recapitulando, la fórmula adecuada para la protección de la seguridad de la vida y salud de los trabajadores es mediante el delito de peligro. Dicho esto, corresponderá analizar qué técnica legislativa es la adecuada (peligro concreto o abstracto), de cara a proponer un tipo penal para el ordenamiento jurídico argentino. Para ello, comenzaremos por determinar qué características tiene el “riesgo laboral” que queremos evitar, y sobre la base de la experiencia de la aplicación del art. 316 del CP español, si resulta adecuada a ese objetivo la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia española dan a esa norma penal, como delito de peligro concreto.

## II El art. 316 como delito de peligro

### II.1 El peligro común

Conforme se ha desarrollado en el capítulo anterior, la dimensión colectiva “colocada” por gran parte de la doctrina en el postulado bien jurídico (ya sea éste, seguridad laboral o la vida y salud como bien jurídico supraindividual), tiene que ver en realidad, con que esos sujetos particulares -trabajadores- (titulares de los bienes jurídicos individuales protegidos, vida y salud) están expuestos a un peligro que los abarca *a todos indeterminadamente*, en tanto participantes en la actividad laboral (fuente del riesgo). Es decir, lo que une a los titulares de los bienes jurídicos individuales, lo que tienen en común todos esos sujetos (trabajadores) es el hecho de estar sometidos simultáneamente a ese peligro.<sup>701</sup> Es el *peligro* el factor aglutinante y que los “colectiviza”.<sup>702</sup> Y aquí es donde la referencia “seguridad en el trabajo” desarrolla su función: incorporando un elemento relevante al análisis típico, esto es, la naturaleza propia de los riesgos laborales para la vida y salud de los trabajadores, a los que le es inherente la *indeterminación* de los sujetos expuestos al peligro.<sup>703</sup>

---

<sup>701</sup> Hay otros autores, como TERRADILLOS BASOCO, que aunque no lo dicen expresamente, admiten tácitamente al art. 316 como un delito de peligro común. Esta concepción se desprende de lo sostenido por el nombrado en el sentido de que el bien jurídico protegido por dicha norma son la vida y salud en su dimensión colectiva. Ello por cuanto “La conducta típica, que consiste en crear peligro, impone esta dimensión colectiva del bien jurídico, ya que ese peligro se proyecta sobre los “trabajadores” indeterminados, como colectivo al que se somete a condiciones de inseguridad” (ver *La siniestralidad...*, pp. 49/50). De ese modo, está definiendo al peligro común y no al bien jurídico, ya que éste, no se configura en base al tipo de ataque sino *antes*, como realidad preexistente a esa amenaza.

<sup>702</sup> No se puede sin más inventar un bien jurídico colectivo, cuando se considere necesario crear un nuevo tipo delictivo (HEFENDELH, *RECPC, 04-14, 2002*, pp. 3 y ss.). Ver lo desarrollado en el capítulo III.

<sup>703</sup> Este es el sentido que la naturaleza de “riesgo general” imprime a un delito como este. En esta clase de tipos se encuentran acciones que se caracterizan por dar lugar, necesariamente, a puestas en peligro plurales o colectivas, públicas o generales. En este orden de ideas, podría decirse que son los propios tipos los que aportan el aspecto de la plurisubjetividad que comúnmente se atribuye al bien jurídico mediante el recurso al reconocimiento de un objeto de protección de titularidad colectiva, plural o múltiple. La titularidad colectiva del bien jurídico parece que se extrae precisamente de la observación del

En efecto, el artículo 316 tiene la estructura típica de los delitos de peligro común o general, cuyas notas características de su tipo objetivo son: pluralidad de sujetos pasivos y su indeterminación, tanto en su número como en su identidad.<sup>704</sup>

El peligro general se caracteriza, en primer término, por el hecho de que una pluralidad de personas se encuentra amenazada por un peligro, y en segundo lugar, por la circunstancia de que los sujetos expuestos al peligro han de ser indeterminados. La primera característica se dará tanto en los casos en los que varios o todos los sujetos expuestos al peligro puedan resultar lesionados -peligro general colectivo-, como en supuestos en los que, de todos los sujetos amenazados por el peligro, solamente uno de ellos fuera susceptible de lesión -peligro general individual-. La segunda circunstancia relevante, requiere que el colectivo expuesto al riesgo se halle indeterminado, cosa que sucederá cuando el autor de la conducta de peligro no haya escogido especialmente a los sujetos a exponer al peligro y por lo tanto, no limite los posibles efectos de su conducta.<sup>705</sup>

## II.2 El art. 316: ¿delito de peligro común o individual?

Contrariamente a la postura aquí sostenida, AGUADO LÓPEZ entiende que el art. 316 es un delito de peligro individual y sustenta su afirmación en estos argumentos:

En primer lugar porque el legislador restringe el sujeto pasivo del delito, puesto que alude sólo a los *trabajadores* y no a cualquier persona y además se refiere a un colectivo de trabajadores que vendrían determinados por el hecho de prestar un trabajo en un cierto entorno o medio y por desempeñar una concreta actividad.<sup>706</sup>

---

ataque necesariamente plural que estos delitos comportan (DOVAL PAIS, *CDJ 36-1994*, pp.33 y ss.). Cabe aclarar que a pesar de ello, pueden presentarse casos en los que se ponga en peligro a un sólo trabajador o trabajadores determinados de antemano (riesgo individual, no colectivo). Se trata de situaciones secundarias, no en el sentido de tener menor trascendencia político-criminal, sino que no son “típicas” o “clásicas” de este ámbito de peligro, teniendo en cuenta su característica de “ataque plural” a los bienes jurídicos del colectivo trabajadores (ausencia de medidas de seguridad de la fuente común de riesgo -proceso productivo- con potencialidad lesiva *general*). Se profundizará en esta distinción, más adelante.

<sup>704</sup> MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción*, pp. 362 y ss. SOTO NAVARRO, *La protección penal...*, p. 205, DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario*, Pamplona, 1996, pp 318/19, ESCRVÁ GREGORI, J., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, Barcelona, 1976, pp. 67/68.

<sup>705</sup> DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario*, pp. 318/9, MATA y MARTIN, *Bienes jurídicos...*,p.34, nota 65. En cuanto al tipo subjetivo, estos delitos exigen conocimiento y voluntad de causación de un peligro general, sin asumir -sobre la base de una confianza seriamente fundada- un eventual resultado de lesión (ver CARDOZO POZO, *Bases de política criminal...*, pp. 205/6 y nota 38).

<sup>706</sup> AGUADO LÓPEZ, *El delito...*,pp. 101/02. En un sentido similar, considerando al art. 316 como delito de peligro individual, SALVADOR CONCEPCIÓN, *El delito...*,p.137 y RAMÍREZ BARBOSA, *El delito...*,p. 136.

En segundo término, también descarta que se trate de peligro común, porque el precepto se refiere sólo a los trabajadores “a los que no se les facilite las medidas de seguridad e higiene adecuadas”, a diferencia de por ejemplo el artículo 325 CP, en el que el sujeto pasivo puede ser un número indeterminado de personas.<sup>707</sup>

Respecto del primer punto señalado, cabe decir que con ese razonamiento la autora equipara “determinación” con “delimitación de la fuente de riesgo”, ya que con la referencia “trabajadores”, el art. 316 sólo determina *a priori* el rasgo común a todos los posibles sujetos pasivos del delito, en la medida que intervienen en la actividad donde se genera el peligro, es decir, el legislador con ese término está ubicando al sujeto pasivo en el ámbito de tutela específico de la norma, pero no *determinando* a los concretamente afectados en cada caso.<sup>708</sup>

Por otra parte, al destacar la circunstancia de que los trabajadores desempeñan una actividad concreta, AGUADO LÓPEZ plantea la relación entre “determinación de los sujetos pasivos” y “límites *objetivos* a la extensión del peligro”.

La extensión del peligro puede venir limitada por las motivaciones subjetivas del autor de la conducta de peligro o por circunstancias puramente objetivas. Pero sólo en el primer caso puede decirse que los sujetos expuestos al peligro se encuentran *determinados*. Es decir, el peligro puede estar limitado por la concurrencia de circunstancias objetivas no “puestas” por el autor, sino “dadas” en la ejecución de la conducta, pero tal limitación carece en estos casos de la relevancia que posee una “selección” de los sujetos.<sup>709</sup> Es cierto que la extensión del peligro depende de las circunstancias objetivas que acompañen a la realización del hecho, entre ellas la actividad laboral en concreto, pero ello no implica determinación.<sup>710</sup> Pensemos por

---

<sup>707</sup> AGUADO LÓPEZ, *ibídem*.

<sup>708</sup> MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción*, p.366, nota 71.

<sup>709</sup> DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario*, p. 316. En la construcción esto se ve más claramente: si se omite la instalación de redes protectoras como medida colectiva de seguridad, se expone al peligro a una pluralidad de trabajadores determinados por las características de su actividad -electricistas, etc.- y por las circunstancias concretas de desarrollo de la actividad (subcontratas en función del momento de desarrollo de la obra, turnos de trabajo, etc.) pero indeterminados *ex ante* en su número e identidad. Sólo se trataría de un peligro para determinadas personas cuando alguna o algunas de las que participan en la actividad en la que se introduce el peligro queda a salvo del peligro por la selección realizada por el autor. En estos casos, en los que el autor determina subjetivamente la extensión del peligro (por concurrir una selección nominal por el autor de los sujetos a los que se quiere poner en peligro) y cabe afirmar la presencia de un dolo eventual respecto a los posibles resultados derivados de tal peligro, deberíamos hablar de una tentativa del delito de resultado lesivo de que se trate (MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *ibídem*).

<sup>710</sup> MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción*, pp.366 y ss.



ejemplo en una gran empresa industrial, donde se ejecutan numerosas actividades interconectadas, con rotación de quienes ejercen las distintas funciones, que genera un flujo constante de trabajadores en diferentes sentidos y por ende donde la cantidad -e identidad- de los empleados que participan en cada función es flexible, desdibujándose de este modo los límites de los diferentes grupos funcionales.

Similar razonamiento puede ensayarse con relación a la “pertenencia a cierta empresa”. Esta circunstancia marca el límite de máxima extensión que podría llegar a tener en principio el peligro, pero ello tampoco significa determinación porque no implica necesariamente que *todos* los empleados de la empresa estén abarcados por el peligro. Además, si pensamos en una empresa donde los trabajadores entran y salen continuamente del edificio o sitio donde desarrollan sus tareas laborales, ni siquiera estaría definido ese límite máximo.<sup>711</sup>

Lo que se intenta describir, es que no se trata entonces de un peligro para un colectivo determinado, sino de un peligro *para miembros indeterminados de un colectivo*.<sup>712</sup>

Si bien es verdad que puede avanzarse en la restricción de la extensión, destacando circunstancias que precisen objetivamente a un concreto grupo de trabajadores, reduciendo cada vez más el círculo de sujetos pasivos, no es menos cierto que desde una perspectiva *ex ante* es muy difícil dilucidar qué propiedades son las que determina la constelación de sujetos pasivos y cuántos posibles sujetos deben poderse identificar para afirmar que se trata de un peligro individual.<sup>713</sup> A diferencia de ello, desde una perspectiva *ex post*, resulta fácil extraer las características reunidas por el grupo de los sujetos efectivamente expuestos al riesgo, quienes siempre estuvieron “determinados

---

<sup>711</sup> Con el criterio esgrimido por la autora, podría decirse que ante un posible incendio forestal cerca de un pueblo no habría peligro común, ya que todas las personas que habitan el pueblo integran un colectivo determinado. En este sentido, sostiene VARGAS PINTO que la generalidad no dice necesariamente relación con una “indeterminación”, al menos no de número. Ello sin perjuicio de que la afección misma del colectivo o cualquiera de sus miembros sea incierta o indeterminada. La autora señala que BINDING, precisaba respecto del peligro común, que es irrelevante si se amenaza a una generalidad determinada (por ejemplo, un pueblo de 600 habitantes) o a una indeterminada. Esta indeterminación no repercute en la clase de peligro, particular o común. No va a ser un peligro particular por el hecho de que se trate de una generalidad determinada (*Delitos de peligro...*, p. 107, nota 289).

<sup>712</sup> MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción*, pp.366 y ss.

<sup>713</sup> DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario*, p. 313. “Además hay empresas de mayor y menor tamaño, y fuerza productiva: ¿existen delitos de peligro general o individual en función del ámbito laboral concreto y las dimensiones de la empresa? (eso se preguntan MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción...* p.367). El caso que sin duda es de peligro individual es cuando hay un sólo trabajador al que se expone al riesgo.

por las circunstancias”.<sup>714</sup> Pero lo cierto es que en el análisis propio del peligro común, la visión relevante es la que brinda la perspectiva *ex ante*.

Finalmente, el último argumento esgrimido por AGUADO LÓPEZ para descartar el peligro común, merece una consideración especial. La referencia que hace la autora a los trabajadores “a los que no se les facilite las medidas de seguridad e higiene adecuadas”, pone sobre el tapete una deficiencia del artículo 316 y que consiste en que el legislador no ha discriminado entre las medidas de seguridad generales o colectivas y las individuales, ya que ostentan naturaleza -y relevancia- diferentes.<sup>715</sup>

En efecto, las medidas de seguridad generales están dirigidas a eliminar o reducir el riesgo en su punto de origen o medio de transmisión.<sup>716</sup> En cambio, los equipos de protección individuales, en tanto son de uso personal, lo hacen en el punto de “llegada” y tienden a eliminar, o en su defecto mitigar, las consecuencias que para la salud de *ese* trabajador en concreto se derivan de la situación de riesgo.<sup>717</sup> Ambas técnicas de seguridad se diferencian no sólo en la cantidad de personas que abarcan, sino también en su naturaleza, ya que únicamente el medio de protección colectivo, al actuar sobre el foco del riesgo es una medida preventiva propiamente dicha y por eso la ley opta por la preferencia de éstas, por sobre las individuales.<sup>718</sup>

---

<sup>714</sup> MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción*, pp.366 y ss. En igual sentido, DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario*, p. 313.

<sup>715</sup> Nótese que en el anterior art. 348 bis a), sí podía plantearse una distinción: por un lado el “no facilitar los medios” podía ser interpretado (así lo hacía un importante sector doctrinal) como referido a la entrega de los elementos de seguridad personal, y por otro lado, la remisión a “no procurar las condiciones”, podía asimilarse a las medidas de prevención generales. Al eliminarse del texto típico esta última referencia, el texto actual es confuso en cuanto a que si pueden considerarse abarcadas ambas clases de medidas en la misma expresión “no facilitar los medios.”

<sup>716</sup> El apartado h del artículo 15 de la LPRL, especifica que -dentro de las medidas a realizar respecto a la prevención de riesgos- hay que adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual. Una vez adoptadas tales medidas, y como complemento de éstas, se pueden utilizar medidas de protección individual; aquellas para uso exclusivo de una persona. Ejemplos de protección colectiva serían: barandillas, pasarelas y escaleras, andamios, sistemas de ventilación, barreras de protección acústica, extintores de incendio, vallado perimetral de zonas de trabajo, marquesinas contra caída de objetos, señalizaciones, carcasas de protección de motores o piezas en continuo movimiento, medios húmedos en ambientes polvorientos, etc.

<sup>717</sup> Se entiende por “equipo de protección individual o EPI”, 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, así como cualquier complemento o accesorio destinado a tal fin. Son ejemplos de equipos de protección individual: cascos, orejeras, pantallas faciales, gafas, tapones, calzados especiales, plantillas de seguridad, guantes, manoplas, dediles, cinturones de seguridad o arneses, mascarillas, etc.

<sup>718</sup> En este sentido, resulta ilustrativa la sentencia STSJ Cantabria nº 314/2004 (Sala de lo Social, Sección 1º), de 24 marzo. Recurso de Suplicación núm. 1220/2003. El tribunal sostuvo que “.....el nivel de riesgo cero o tolerable ha de obtenerse con medidas de naturaleza colectiva con preferencia a las de naturaleza individual (artículo 15.1.h de la Ley 31/1995), de forma que los equipos de protección individual, como son los cinturones de seguridad, sólo deben utilizarse cuando existan riesgos para la seguridad o salud de los trabajadores que hayan podido evitarse o limitarse suficientemente por medios técnicos de protección

Estas circunstancias pueden apreciarse mejor en el siguiente ejemplo: en un laboratorio de ciencias donde se utiliza un ácido que emite vapores tóxicos, una medida de protección colectiva sería colocar una campana de extracción que aspire ese vapor tóxico, mientras que una medida de protección individual sería la utilización de una mascarilla por parte de *cada* operario. Si se omitiera colocar la campana, se estaría desprotegiendo a la generalidad de los trabajadores (a los que desarrollan tareas específicas en ese recinto, como a los que eventualmente pudieran ingresar allí, por ejemplo, para actividades de limpieza). Pensemos por ejemplo que aun cumpliendo con la instalación de la campana, quede un riesgo remanente para aquellos trabajadores que manipulen el ácido: en ese contexto, si se omite brindar las máscaras a ese grupo determinado de operarios se generaría un riesgo individual -respecto de *cada uno* de los que trabaje sin ese elemento-.

Esta distinción no puede ser irrelevante para el tipo penal tratado, por cuanto los efectos de omitir una medida de seguridad colectiva o una personal son esencialmente diferentes. En el primer caso, la “no facilitación de medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas” es idónea para crear un riesgo general, mientras que en el segundo, se tratará en principio, de un riesgo individual.<sup>719</sup> Ello por cuanto, mediante la no entrega del equipo de protección personal, el empresario estará *seleccionando* a los trabajadores que estarán expuestos al riesgo (remanente).

---

colectiva o mediante medidas, métodos o procedimientos de organización del trabajo (artículo 4 del Real Decreto 773/1997). Por consiguiente es inaceptable la alegación empresarial de falta de uso de un medio de protección individual, como es el cinturón de seguridad, si no ha acreditado previamente que ha empleado todos los medios de naturaleza colectiva u organizativa posibles en la situación...”. Las medidas de protección de carácter individual se utilizarán sólo cuando los riesgos existentes no puedan eliminarse o evitarse con medidas de protección colectiva, por eso se consideran complementarias de las generales y nunca sustitutivas (como última barrera entre el hombre y el riesgo). Quedan limitados a aquellos puestos que tengan un riesgo grave y específico que únicamente puede reducirse a través de ellos.

<sup>719</sup> En realidad, se podría pensar en algún caso en el que la omisión de una medida de seguridad personal pudiera crear un peligro general. Por ejemplo, si en una obra en construcción, se ponen a disposición de una cierta cantidad de obreros, la misma cantidad de cinturones, para que ellos mismos los distribuyan y sólo uno de los cinturones esté en mal estado, ya que no hay allí una “selección” por el autor. Pero lo cierto es que debido a la diferente naturaleza de ambas clases de medidas, es difícil que pueda darse un caso en el que ante la no facilitación de un equipo de protección personal, no exista ya, de modo subyacente, un riesgo general creado por la ausencia (o efectividad parcial) de la medida de seguridad colectiva. Por otra parte, la ausencia de una medida colectiva de seguridad puede también -aunque serían casos muy raros- generar un riesgo individual: la ausencia de una bandeja de seguridad en trabajo en altura, cuando la empresa ha contratado a un solo albañil para que haga ese trabajo y no existe la posibilidad de que alguien más acceda a ese nivel.

Con este telón de fondo, está claro que el argumento de AGUADO LÓPEZ, cuando considera descartado el peligro común porque el precepto se refiere sólo a los trabajadores “a los que no se les facilite las medidas de seguridad e higiene adecuadas”, está aludiendo únicamente a las medidas de seguridad personales.<sup>720</sup> Es decir, que tratándose de equipos de protección individual, aquellos trabajadores a quienes no se les facilite, estarán *determinados* y podrá considerarse por lo tanto, que la infracción de la norma de prevención no es idónea para crear un peligro colectivo.

Ahora bien, concluir de esa afirmación que el delito del artículo 316 es entonces, un delito de peligro individual, sería invertir los términos del razonamiento correcto.

En efecto, si partimos de la base de que el “ataque plural” del que son objeto los bienes jurídicos individuales en el ámbito laboral, debe verse representado en una nueva técnica de tipificación (como expresión de una nueva estrategia tuitiva y no en una “transformación” del bien jurídico protegido), que abarque ese riesgo laboral, al que *le es inherente el peligro para una pluralidad indeterminada de trabajadores*, lo coherente desde el punto de vista dogmático, debe ser una exégesis del tipo penal adecuada a tales premisas. Esto es, una interpretación del término “medidas de seguridad e higiene”, tendente a abarcar aquellas cuya no facilitación genere un riesgo colectivo, ello en base a *la estructura típica que ostenta el precepto*. Si por el contrario, se concluye que como hay medidas que al no facilitarse sólo generan un peligro individual, el artículo 316 no representa un delito de peligro común, se estarían negando los principios de los que se ha partido, desconociendo la naturaleza de los riesgos laborales y el enfoque de la norma de prevención que otorga preeminencia a las medidas de seguridad generales.<sup>721</sup>

Conforme a esta reflexión, según el *tenor literal* del art. 316, la actividad de subsunción legal en el precepto, requiere necesariamente un análisis previo sobre la naturaleza del

---

<sup>720</sup> Ese razonamiento es contradictorio con la interpretación amplia que la autora hace del término “medios”, que considera abarcativo prácticamente de toda medida de seguridad (*El delito...*, pp.192 y ss.)

<sup>721</sup> En consonancia con esta reflexión, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ señala que la única solución totalmente satisfactoria reside, de *lege ferenda*, en admitir la entrada en juego del delito contra la seguridad e higiene en el trabajo únicamente cuando se hubiera acreditado la posibilidad de un resultado de peligro para una *colectividad* de trabajadores (*DPE*, p. 882). Sin embargo, en base a la argumentación aquí desarrollada, creo que esa exigencia viene dada de *lege lata*.

riesgo creado por la conducta del autor, ya que sólo estarían abarcadas por el tipo penal las que generen un peligro colectivo.

Sin embargo es necesario hacer aquí la siguiente reflexión: como se adelantó en el capítulo anterior, si bien creo que el tenor literal del art. 316 (por su estructura) conlleva a entender abarcadas sólo las conductas empresariales infractoras que generen un peligro colectivo, lo cierto es que esta falencia de la redacción típica no puede ser interpretada en desmedro de la protección del trabajador frente a un peligro individual, aunque normalmente (por las características de éste ámbito de riesgos laborales) se generen peligros abiertos. Una interpretación literal, dejando fuera esos supuestos, frustraría los fines políticos criminales que justifican la protección penal del colectivo vulnerable en este sector (trabajadores) y resultaría contraria a la voluntad legislativa, más allá de la redacción inadecuada (confusa) en ese sentido.

Dicho esto, si bien entiendo que la dimensión colectiva, que se manifiesta en el momento de la agresión a los bienes jurídicos individuales protegidos, por su potencial lesivo para la vida y salud de múltiples e indeterminados sujetos que caracteriza al riesgo laboral exige -y fundamenta- una nueva estructura típica de protección, que abarque el peligro común o general, *ésta debe contemplar también los casos de riesgo individual que pueden producirse*. La diferencia entre ambas especies de riesgos debe verse reflejada en la estructura típica y así se expresará en el tipo penal de peligro aquí propuesto.

*De lege lata*, frente al tenor literal del art. 316, propongo una exégesis inclusiva, pero *diferenciada* de ambos riesgos. En efecto, la relevancia de la distinción de las conductas que crean un riesgo colectivo o individual, tiene directa repercusión en aspectos como el concurso entre ésta infracción de peligro y los eventuales delitos de resultado de lesiones u homicidio imprudentes. La diversidad de posturas con relación a qué regla concursal debe aplicarse, pone de manifiesto la desorientación de la doctrina -y la jurisprudencia- al tratar de buscar, infructuosamente, *una única solución* para casos de riesgo común y de riesgo individual (que son encuadrados indiscriminadamente en el tipo penal del art. 316), cuando han sido seguidos de un resultado lesivo.<sup>722</sup> En este contexto, debo destacar que además de la falencia señalada en la estructura típica del

---

<sup>722</sup> Ver en este capítulo, apartado sobre “el concurso entre el delito de peligro y el delito de lesión.”

art. 316, lo cierto es que tanto la doctrina como la jurisprudencia, no diferencian entre las consecuencias de considerar al precepto como de peligro común o individual, ello puede verse en el hecho de que tanto los que postulan lo primero como lo segundo, llegan a veces a las mismas conclusiones respecto del concurso con el delito de resultado. Es decir, la interpretación del art. 316 como de peligro común por algunos autores, no pasa de ser una “mera enunciación”, sin que esa posición se vea luego representada el algún efecto que la distinga de la exégesis que lo considera un delito de peligro individual.

### **III El peligro común y la exigencia del “peligro grave” del art. 316**

#### **III.1 Introducción**

Como se ha desarrollado en el capítulo anterior, se sostiene aquí que los bienes jurídicos protegidos son la vida y la salud de los trabajadores, en tanto bienes jurídicos individuales, que requieren una protección penal específica frente a una nueva modalidad de ataque plural, característica de los riesgos laborales.

En este esquema, y según se señaló en el apartado anterior, se considera al art. 316 un delito *esencialmente* de peligro común (aunque se consideren incluidas conductas infractoras de las normativas de prevención extrapenal que generen un riesgo individual).

Corresponde ahora estudiar las consecuencias dogmáticas de la asunción de un bien jurídico individual y de la interpretación del delito del art. 316 como de peligro general. Con este marco, el interrogante que se plantea es cómo debe interpretarse, a la luz de tales parámetros, la expresión típica del art. 316: “...*de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física...*”, en referencia a los trabajadores a los que no se les faciliten los medios necesarios para desempeñar su actividad con las medidas de seguridad adecuadas.

#### **III.2 El art. 316 como delito de peligro concreto**

La doctrina casi unánime, ha interpretado esa frase como una exigencia de peligro concreto, al igual que la jurisprudencia.<sup>723</sup> Una de las razones alegadas en favor de esa

---

<sup>723</sup> SAP Barcelona, 3°. 4/10/05; SAP Zaragoza, 1°.15/09/10; AAP Cádiz, 4°. 8/07/08; SAP Alicante, 2°. 2/02/11; SAP Pontevedra, 5°. 3/ 07/12, entre otras. Un argumento original a favor de la interpretación del peligro como concreto, ha sido sostenido en la SAP Las Palmas, 6°.2/02/12, donde se consideró que

interpretación es que de ese modo, se ayuda a diferenciar los ilícitos administrativos de los penales. Sin embargo, ese argumento puede rebatirse destacando que también los tipos de peligro abstracto se distinguen de aquellos, toda vez que las infracciones administrativas se configuran como infracciones formales o “de actividad” que no precisan para su consumación de ningún tipo de creación de peligro, ni siquiera abstracto. Por otra parte, la existencia de “riesgo grave” para la salud o integridad física de los trabajadores, es usada como criterio de gradación de las infracciones administrativas por la LISOS, de modo que también hay infracciones administrativas de peligro grave y esta característica no sirve para distinguir el ilícito administrativo del penal.<sup>724</sup>

En otro nivel de argumentación, se ha dicho también que corresponde entender el peligro grave como concreto, porque es la interpretación más favorable al reo.<sup>725</sup> Esta afirmación ha sido correctamente rebatida por otro sector doctrinal, señalando que recurrir a la regla *odiosa sunt restringenda*, no es acertado, toda vez que fuera del *in dubio pro reo* para interpretación de pruebas y la presunción de inocencia, no hay ningún principio general que obligue a interpretar la norma en ese sentido.<sup>726</sup>

También se señala que “razones de garantía” avalan esta exégesis, ya que así sólo se considerarán típicas las situaciones de verdadero y extremo peligro para el bien jurídico y no aquellas en las que éste se pueda evitar, a través de los medios normales.<sup>727</sup> Frente a este razonamiento, cabe señalar que la problemática “multifacética” generada por los delitos de peligro concreto permite poner en tela de juicio esa afirmación.

---

“ciertamente parecería excesivo en la materia que nos ocupa acudir a la técnica de los delitos de peligro abstracto, donde sólo se exige la potencialidad lesiva de la conducta, puesto que, quizás podría originar una desincentivación del progreso tecnológico y del perfeccionamiento profesional”.

<sup>724</sup> MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción*, pp.371 y ss.

<sup>725</sup> MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción*, pp.371 y ss., en igual sentido, De RIVAS VERDE-MONTENEGRO, *El accidente de trabajo...*p. 28.

<sup>726</sup> COMPAÑY CATALÁ, *La protección penal...*, p. 97.

<sup>727</sup> AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, p. 98. Se ha destacado también que la técnica del peligro concreto aporta como ventaja, en primer lugar, el respeto al principio de intervención mínima en un área en la que confluyen diversos mecanismos de protección. En segundo lugar, la vigencia de los postulados de lesividad, justicia material y seguridad jurídica queda cuestionada si en esta área de riesgo permitido, en la que confluyen frecuentemente factores complejos y mecanismos diversos de control, se determina la existencia de un hecho disvalioso en un momento previo al que supone la situación de peligro concreto (LASURÁIN SÁNCHEZ, *La protección penal...*,p. 400). En igual sentido FARALDO CABANA, *El delito...*, pp. 136 y ss.

En efecto, la técnica del peligro concreto <sup>728</sup> puede ser criticada, en primer lugar por la imprecisión del concepto “peligro concreto”, y en segundo término, por las dificultades que, aun precisado éste, surgen para su constatación,<sup>729</sup> para su imputación al comportamiento de un sujeto y para la prueba de concurrencia de dolo en relación con el mencionado resultado. <sup>730</sup>

La dificultad de este juicio tiene que ver con la exigencia de ir más allá de la peligrosidad genérica sin que al mismo tiempo sea precisa la producción de un resultado lesivo. Los problemas que conlleva la comprobación de la existencia de un peligro concreto se evidencian en la jurisprudencia, ya que constituye una de las razones que ha determinado la escasa aplicación de este tipo penal.<sup>731</sup> En este sentido, se sostiene que el resultado en sentido material, en los delitos de peligro concreto, plantea el problema del significado que al respecto tiene un “resultado” de peligro. El peligro concreto es un resultado en sentido material, en cuanto que como tal viene configurado en el tipo, pero no es aprehensible por los sentidos, lo que plantea problemas de prueba mayores que los que se suscitan cuando el resultado es de lesión. La producción del resultado (lesivo)

---

<sup>728</sup> La situación de peligro concreto implica, en primer lugar, un pronóstico de suma probabilidad de lesión en el caso de que el sujeto activo, la víctima y terceros permanezcan inactivos y en segundo lugar, el pronóstico hace referencia a la inexistencia de medidas de salvación racionalmente fiables (LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal* ..., p. 383). También se ha señalado que los delitos de peligro concreto son aquellos en los que el bien jurídico protegido se encuentra en una situación objetiva de “aguda crisis”, en la que su lesión no puede ser evitada con seguridad a través de los medios normales -ordinarios u extraordinarios-, pues el sujeto ha perdido el control del curso causal y éste sólo podrá detenerse por un acontecimiento casual (AGUADO CORREA, T. *El Principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Madrid, 1999, p. 95).

<sup>729</sup> Se considera demasiado gravosa la necesidad de verificar el nexo de causalidad en los delitos de lesión, pero también los delitos de peligro concreto plantean ciertas dificultades desde este punto de vista. En efecto, en los delitos de peligro concreto hay que verificar la concreta afección a la integridad de un bien jurídico, exigiendo la necesaria verificación de la idoneidad causal del hecho en cuestión para lesionar el bien amenazado: no hay duda que esto implica la exigencia de un procedimiento de verificación causal. Por este motivo, las objeciones a los delitos de lesión son trasladables al resultado de peligro porque también aquí habría que verificar la aptitud del comportamiento para ocasionar la lesión del bien (MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Delitos de peligro*..., p. 79).

<sup>730</sup> Ver en este sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *LH Cobo del Rosal*, p. 572, notas 14 y 15. Una de las dificultades consiste en que es necesario demostrar la relación de causalidad entre la conducta y el resultado y en que se debe admitir el inconveniente de castigar la tentativa en un delito de peligro concreto (AGUADO LÓPEZ, *El delito contra la seguridad*..., pp.92/93, nota 135). La posibilidad de castigar la tentativa en este delito adelanta la protección penal de tal forma, que resulta difícil de deslindar en la práctica de las infracciones administrativas de la LISOS. En este sentido, se ha dicho que “Si no se presenta el resultado, esto es, no se produce una puesta en peligro del bien jurídico, entonces concurre una tentativa punible (aunque la construcción de un tipo de peligro ya contiene un adelantamiento de la punibilidad). Si se presenta únicamente el comienzo de la actividad peligrosa, pero no éste mismo, entonces se da una tentativa punible (aunque aquí ya ha ocurrido un doble adelantamiento de la punibilidad)” (BAUMANN/WEBER, citado por KISS, *Delito de peligro concreto y acción peligrosa, en Dogmática penal entre naturalismo y normativismo, Libro Homenaje a Eberthard Struensee*, Bs As, 2011, p. 303, nota 12).

<sup>731</sup> CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*...pp. 247/48.



suele ser el punto de partida para la apertura de un procedimiento, siendo muy difícil que se abran diligencias cuando no hay resultados lesivos aprehensibles por los sentidos, problema que se acrecienta desde el punto de vista de la prueba.<sup>732</sup>

Aunque esta situación ha comenzado a revertirse desde hace unos años,<sup>733</sup> lo cierto es que no existen muchas sentencias en las que se condene sólo por un delito de peligro contra la vida y salud de los trabajadores: en la mayor parte de los casos decididos por los tribunales se ha producido también una lesión u homicidio imprudente.<sup>734</sup> Ello puede deberse en parte, a que el resultado lesivo es considerado en general una prueba suficiente para demostrar la existencia de peligro concreto. Esta circunstancia, conduce a reflexionar acerca de qué función está cumpliendo en realidad el adelantamiento de la protección penal a la infracción de peligro (concreto) si para que se verifique la intervención de la justicia penal sigue siendo necesario un resultado lesivo (lesión u homicidio imprudente). Creo que aunque configura un tipo penal autónomo, en la práctica, la aplicación del art. 316 funciona como una “especie de agravante” del homicidio y/o lesión imprudente, en los casos en que a la puesta en peligro de la vida, salud e integridad física, le sigue el desenlace dañoso temido.<sup>735</sup>

Por otra parte, aún cuando pudiera evitarse este problema procesal, lo cierto es que es inherente a este tipo de infracciones, la dependencia de la responsabilidad penal de una situación (la de “peligro concreto”), cuyo no acaecimiento es muchas veces, *casual*. En este sentido, comparte con la técnica del delito imprudente de homicidio y lesiones, la característica del papel decisivo que juega el azar en la producción del resultado (de peligro), lo que conduce a cuestionar su capacidad en la protección eficaz de la

---

<sup>732</sup> CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, p.132 y nota 268.

<sup>733</sup> Mediante la dotación de mayores recursos a la Inspección del Trabajo y la creación de Fiscalías especializadas.

<sup>734</sup> MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción*, p. 428, nota 208. Sobre el punto, se ha dicho que “En la aplicación del 316, el problema sigue siendo la lenidad en el abordaje institucional de la delincuencia de los poderosos. Ello justificaría la inaplicación de los tipos de peligro concreto excepto cuando el accidente, con resultado muerte o lesiones se ha producido, exigiendo en ese caso un plus de exposición al riesgo, por ausencia de las medidas de prevención, de otros trabajadores además del que hubiere resultado víctima del accidente” (SAEZ VALCÁRCEL, *CDJ-15, 2005*, pp. 37 y ss.). Sobre esta cuestión ver también: ACALE SÁNCHEZ, *Análisis criminológico de la siniestralidad laboral en la provincia de Cádiz*, en TERRADILLOS/ACALE/GALLARDO, *Siniestralidad laboral. Un análisis criminológico y jurisprudencial*, 2006, pp. 17 y ss.; ACALE SÁNCHEZ, *Puesta en peligro de la vida y la salud de los trabajadores en el ámbito de la construcción: análisis de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 433/2005, de 27 de septiembre de 2005*, *RDS*, 2006, pp. 203 y ss.

<sup>735</sup> Esta situación también ha sido destacada por HERNÁNDEZ BASUALTO, *Derecho penal laboral*, p.76.

seguridad de los trabajadores, ya que la intervención punitiva está condicionada más por la casualidad que por la realización del comportamiento que se quiere evitar, esto es, el incumplimiento de las medidas de seguridad por parte del empresario.<sup>736</sup>

### **III.3 El peligro común y el peligro concreto**

Partiendo de la interpretación mayoritaria expuesta en el apartado anterior, se genera el siguiente interrogante: ¿puede afirmarse la compatibilidad entre la estructura de peligro común que caracteriza al delito del 316 y la técnica de tipificación de peligro concreto? En lo que sigue analizaremos los argumentos que podrían sustentar esa exégesis, adelantando que la conclusión aquí será descartar esa compatibilidad.

#### **III.3.a La teoría de los Bienes Jurídicos Intermedios**

La interpretación del artículo 316 como un delito de peligro concreto, podría tener sentido en el contexto de la concepción de la seguridad laboral como un bien jurídico colectivo autónomo y recurriendo a la técnica legislativa del “bien jurídico intermedio”.<sup>737</sup>

En efecto, esta teoría postula (en el marco de los supuestos de protección de un bien colectivo asociado a otro de carácter personal), la *conversión* del peligro abstracto en peligro concreto, al exigirse la puesta en riesgo de los bienes de los particulares.

Aun teniendo en cuenta que la premisa de la que parte esta posición ha sido aquí descartada (la seguridad laboral como bien jurídico protegido) y más allá de las críticas de las que pueda ser objeto esta técnica, cabe señalar que quienes la sostienen, admiten

---

<sup>736</sup> Si desde el punto de vista político criminal, la introducción del ilícito de peligro concreto se justifica por el objetivo de conseguir una tutela “avanzada” de ciertos bienes; hacer depender también en este caso, la responsabilidad penal de la actitud etiológica del comportamiento típico para lesionar el bien, significa frustrar -al menos en parte- la consecución de ese objetivo. La verificación del resultado no se concibe más que como un obstáculo inútil para la protección del bien jurídico. El instrumento de tutela más adecuado es el delito de peligro abstracto, porque la intervención penal es tanto más eficaz cuanto menos condicionada está por la verificación -en parte siempre accidental- del resultado externo dañoso. Como consecuencia de esta emancipación del tipo respecto del resultado, la valoración penal se centraría exclusivamente en la conducta realizada que, apreciada por su intrínseca peligrosidad, consentiría un control más directo de la actividad peligrosa (MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Delitos de peligro...*, pp. 79/81). El tener que probar una puesta en peligro concreto debilita la protección de los bienes jurídicos e implica un derroche procesal. La cuestión no radica en la prueba del peligro, sino en la de la peligrosidad intrínseca de la acción. El problema estriba en una confusión entre acción y resultado, que lleva a sustituir la preocupación por la peligrosidad de la acción, por una “acusación actual del peligro” (VARGAS PINTO, *Delitos de peligro...*, p. 289).

<sup>737</sup> MATA Y MARTIN, *Bienes jurídicos...*, pág. 81.

la originaria existencia de un peligro abstracto, que en base a un intrincado razonamiento *transforman* en peligro concreto.<sup>738</sup>

En este sentido, se reconoce que el empleo de la expresión “bienes intermedios” persigue aquí más que señalar una clase independiente y con sustantividad propia de bienes jurídicos, *la referencia a un grupo de hechos punibles* que presentan usualmente una situación de potencial riesgo para una pluralidad de víctimas -peligro común-<sup>739</sup>. Y que en ese contexto, al vincular simultáneamente la protección de bienes individuales y colectivos homogéneos -como la salud pública y salud personal- o situados en una misma línea de ataque, se consigue ampliar la trayectoria de un comportamiento que va a resultar abarcado por el Derecho penal. Ello porque, “cuando al radio de acción propio de los comportamientos que menoscaban un determinado bien jurídico colectivo, se añade el espacio abarcado por las acciones dirigidas al menoscabo de un bien jurídico individual, la conducta será punible en un segmento mayor a lo largo de su trayectoria.”<sup>740</sup>

Sentado ello, esta teoría es susceptible de ciertas observaciones.

En primer lugar, los dos “bienes jurídicos” vinculados, como por ejemplo, la salud pública y la salud individual, no se encuentran en la misma “línea de ataque”, por el contrario, no se está haciendo alusión a *dos* bienes jurídicos sino a diferentes manifestaciones de un mismo bien jurídico -salud individual- y que están expuestas a *riesgos diferentes*: el llamado bien “salud pública”<sup>741</sup>, refiere en realidad al conjunto de

---

<sup>738</sup> No se trata de una cuestión de bien jurídico colectivo sino de una especial estructura normativa que sea adecuada para abarcar esta clase de *riesgo colectivo*. Gran parte de la confusión existente con respecto a la dogmática de los bienes jurídicos intermedios tiene su origen en la tendencia doctrinal a introducir en la teoría del bien jurídico, aspectos que más bien se refieren a otras cuestiones relativas al merecimiento de pena de una conducta o al fundamento y estructura del injusto (FEIJOO SÁNCHEZ, *RDP*, 2008-1, pp.92 y ss.). El autor señala que no se debe sobrecargar a la teoría del bien jurídico con más funciones de las que le corresponden dentro de la teoría jurídica del delito. No se debe confundir interpretación teleológica con bien jurídico (FEIJOO SÁNCHEZ, *ibidem*). Ver lo expuesto en el capítulo III.

<sup>739</sup> MATA y MARTIN, *Bienes jurídicos...*,p. 72. Los bienes jurídicos intermedios o de referente individual, han sido definidos como aquellos intereses colectivos tutelados penalmente de forma conjunta con bienes de los particulares, siendo ambos de carácter homogéneo o estando situados en una misma línea de ataque. Las figuras que contienen bienes intermedios presentan una protección simultánea para intereses sociales y de los particulares, entre los que existe una relación de complementariedad en la protección que el ordenamiento jurídico otorga para ambos bienes. La caracterización como bien intermedio depende, en última instancia, de la regulación concreta, de manera que un mismo bien -siempre que reúna las características anteriores-, puede aparecer con carácter intermedio o, de otra forma, al margen de cualquier bien de los particulares (MATA y MARTIN, *ibidem*, p. 71).

<sup>740</sup> MATA y MARTIN, *Bienes jurídicos...*,pp.30/31.

<sup>741</sup> Como se ha señalado en el capítulo III.

sujetos portadores del bien jurídico salud individual y que es objeto del ataque plural, de un peligro abierto. Por otro lado, en el razonamiento de quienes sostienen esta técnica, el bien jurídico salud individual, alude a la situación en la que algún o algunos sujetos de la pluralidad amenazada por el peligro general, ha sido puesto en peligro concreto. Desde esta óptica, la aludida “homogeneidad” consiste en realidad en la “divisibilidad” del llamado bien colectivo; lo que en rigor, configura un claro desdoblamiento de un único bien individual (en el caso del ejemplo, la salud individual).<sup>742</sup> Lo que ocurre es que ese bien (individual) se encuentra amenazado por un nuevo modo de agresión (plural) y que genera un peligro común. Esta situación es la que lleva a crear la técnica del “bien jurídico intermedio” para evitar la combinación: bienes jurídicos individuales-peligro común, y *en consecuencia, la técnica del peligro abstracto* (que es la adecuada para desvalorar esa realidad).

En segundo término, las consecuencias dogmáticas de aplicar esta técnica del “bien jurídico intermedio”, difieren del objetivo propuesto por sus sostenedores.

En efecto, a pesar de lo expresado por ellos, no es que el Derecho penal abarque un segmento *mayor* de la conducta porque “al radio de acción propio de los comportamientos que menoscaban un determinado bien jurídico colectivo, *se añade* el espacio abarcado por las acciones dirigidas al menoscabo de un bien jurídico individual”; si así fuera, el tipo penal abarcaría *el peligro común y el resultado de peligro concreto*. Sin embargo, el segmento relativo al peligro común “desaparece” del espacio típico. Es decir, con esta técnica, no se “amplía” la trayectoria del comportamiento punible, sino que virtualmente se *cambia*, porque sólo abarca el resultado de peligro concreto. Con este panorama, cabe preguntarnos: ¿qué ocurre entonces con “la afectación” del supuesto bien jurídico colectivo, representado por el peligro común, si sólo se considera típica la conducta cuando se “logra” poner en peligro concreto al menos a uno de los bienes jurídicos individuales a través de su portador? En otras palabras, ¿de qué manera está representada la lesión de ese “bien” en

---

<sup>742</sup> Nótese que quienes sostienen esta técnica, reconocen expresamente que el fundamento de la tutela conjunta de bienes personales y colectivos se asocia con las dificultades para precisar la lesión de bien jurídico colectivo y la tutela anticipada de los bienes personales, por lo que la vinculación a la puesta en peligro de bienes personales, confiere a la figura delictiva la “determinación y precisión necesaria” (MATA y MARTIN, *Bienes jurídicos...* pp.40/41). Esta es la evidencia de que el postulado bien colectivo carece de contenido propio, porque es sólo una manifestación del bien jurídico individual, que es el que le otorga “sustancia”.

la estructura típica, si la “doble afectación” postulada se traslada únicamente al peligro concreto el bien jurídico individual?<sup>743</sup>

La respuesta parece surgir de las expresiones de los propios defensores de la teoría, que señalan que: “los supuestos de protección de un bien colectivo asociado a otro de carácter personal, precisamente por este último dato, *pierden* la condición de infracción de peligro abstracto y se *transforman* en delitos de peligro concreto para las personas. Al exigirse la puesta en peligro de los bienes particulares, la prohibición se *convierte* en un delito de peligro concreto. Al estar presente la lesión del bien social, la conducta debe concentrarse en un momento más próximo a los bienes de los particulares que la que pudiera representar el peligro abstracto.”<sup>744</sup>

Ahora bien, esta última afirmación resulta contradictoria con los postulados de esta teoría en tanto, si el peligro abstracto se convierte en concreto, entonces no es que se “añade el espacio abarcado por las acciones dirigidas al menoscabo de un bien jurídico individual”, sino que *se reemplaza* el segmento relativo a la afectación del “bien colectivo” (peligro común), por éste.

Las inconsistencias aquí señaladas se observan claramente en la exégesis del art. 316 conforme a esta técnica. En efecto, aún para “convertir” el peligro común en peligro concreto es necesario previamente constatar la existencia de ese peligro abierto; sin embargo, el recurso a esta técnica se invoca para aplicar el art. 316 a casos de puestas en peligro concreto que derivan también de un peligro individual (incumplimiento de una medida de seguridad individual), *sin efectuar distinción*.

El recurso a este procedimiento de “conversión” permite ver con claridad que no hay dos bienes jurídicos protegidos por el art. 316, sino un desdoblamiento de los mismos bienes jurídicos individuales (vida y salud) que se quieren proteger de un nuevo modo de agresión (peligro común), cuya técnica de tipificación adecuada es la del peligro abstracto.<sup>745</sup> Detrás de la “necesidad” de convertir ese peligro abstracto en concreto,

---

<sup>743</sup> “Sólo cuando asistamos a la puesta en riesgo de la vida o integridad corporal, podrá tomarse en consideración el menoscabo del bien colectivo o, inversamente, únicamente si el ataque al interés suprapersonal conduce a una situación de inseguridad para los bienes de las personas, estará presente el hecho punible” (MATA y MARTIN, *Bienes jurídicos...*, p.80).

<sup>744</sup> MATA y MARTIN, *ibídem*, p. 81

<sup>745</sup> En similar sentido, se ha dicho “No se trata de bienes distintos y autónomos, sino de una mera abstracción conceptual para hacer referencia al conjunto de vidas e integridades de los sujetos participantes en el tráfico, que constituyen una colectividad más o menos difusa. Aunque sí hay un matiz colectivo y ello es lo que justifica precisamente, la técnica del peligro abstracto” (RODRÍGUEZ MONTAÑES, *Delitos de peligro...*, p. 315). Ver también, SOTO NAVARRO, *La protección penal...*, p. 211.

subyace la resistencia de la doctrina a admitir los delitos de peligro abstracto para la protección de bienes jurídicos individuales.

Sin embargo, no creo que elevar a la categoría de bien jurídico la “seguridad” de otro bien, como bien jurídico intermedio con referente individual, traiga aparejada una mayor seguridad jurídica. *No le falta legitimidad a un delito de peligro abstracto donde el bien jurídico protegido sea la vida y salud como bienes jurídicos individuales, en tanto se trate de comportamientos con una idónea lesividad potencial y precisos en su descripción típica.*

### **III.3.b El peligro concreto como “grado de afectación al bien jurídico”.**

#### **III.3.b.A Introducción**

Cierta corriente doctrinal se ha expedido acerca de la compatibilidad entre el peligro común y el peligro concreto en el marco del art. 316, señalando que si bien el delito exige un peligro para una pluralidad indeterminada de personas, requiere que al menos una de ellas sea objetivamente susceptible de lesión, esto es, que se ponga en peligro concreto su vida, salud o integridad física. Aclarándose, que si son varios los sujetos afectados por el peligro concreto, debido a la estructura típica de peligro común, debe apreciarse un sólo delito, con independencia de cuántos sean los sujetos expuestos al riesgo.<sup>746</sup>

Esta postura doctrinal también entiende que la demanda de peligro concreto para bienes jurídicos individuales responde a la necesidad de acreditar un determinado *grado de afeción al bien jurídico*, consistente en su efectiva puesta en peligro.<sup>747</sup>

---

<sup>746</sup> MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción*, pp. 366 y ss. Según estos autores, el plus de gravedad que supone frente a los requisitos mínimos, podrá tenerse en cuenta en el momento de concretar la pena dentro del marco legal, pero no conduce a apreciar un concurso ideal o real de delitos contra la seguridad y la salud en el trabajo.

<sup>747</sup> MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción*, pp. 366 y ss. Los nombrados señalan también que este resultado de peligro concreto no se opone a la indeterminación *ex ante* del sujeto pasivo, sino que demanda la concreción *ex post* de un sujeto pasivo determinado como paso necesario para probar el peligro concreto (ibídem, p. 368) Citan en sustento de su postura la tesis de SOTO NAVARRO, quien señala que “no hay obstáculos para compaginar la estructura típica del peligro general y la de peligro concreto, porque cada una de ellas se refiere a un diferente aspecto de la conducta prohibida. La primera, requiere una pluralidad indeterminada de sujetos pasivos, en el sentido ya indicado de que el autor no los escoge. La segunda, atiende al grado de afectación del bien jurídico protegido, que ha de consistir en su efectiva puesta en peligro, para lo cual será preciso que el bien jurídico, por medio de un portador como mínimo, entre en la zona de peligro y que su lesión aparezca *ex ante* como no absolutamente improbable. Así visto, el resultado de peligro, en los delitos de peligro general, consistirá en la puesta en peligro del bien jurídico que portan uno o varios sujetos pasivos *ex ante* indeterminados” (*La protección penal...*, p. 212). Este párrafo transcrito se analizará en profundidad en los próximos puntos.

Se impone entonces, indagar sobre el origen y fundamento de esta posición. Veamos.

Frecuentemente se ha asociado el peligro común con el peligro concreto, en este sentido SCHROEDER, señala que el peligro común se puede entender, al menos: a) cuantitativamente, como una puesta en peligro de una multitud de objetos jurídicamente protegidos, y b) como puesta en peligro de la “generalidad”. En este último caso, destaca que la puesta en peligro de un único objeto basta como motivo de punición, pues ese objeto sería “representante de aquella generalidad”.<sup>748</sup>

Por su parte, SOTO NAVARRO hace referencia a un planteamiento de la doctrina que presupone que los delitos de peligro general son necesariamente de peligro abstracto, debido al carácter indeterminado de los sujetos pasivos, en tanto los delitos de peligro concreto exigirían que un sujeto pasivo determinado haya entrado en el radio de acción de la conducta peligrosa.<sup>749</sup> Sin embargo, la autora considera que no hay obstáculos para compaginar la estructura típica de peligro general y la de peligro concreto, porque

---

<sup>748</sup> Citado por VARGAS PINTO, *Delitos de peligro...*, pp. 266/67. La autora destaca que SCHROEDER concibe dentro de los delitos de peligro concreto, aquellos que refieren al peligro común; pero que si bien realiza semejante inclusión; las situaciones de peligro común -en los términos en los que las explica- no obedecen en realidad a puestas en peligro concreto de bienes jurídicos penales.

Particular interés presenta un ejemplo que la autora cita de BINDING: prender fuego en una playa en la que normalmente encallan embarcaciones, donde el peligro afecta a los barcos que pudieran acercarse, por lo que no requiere el efectivo ingreso de alguno de ellos en la zona de riesgo que surge del incendio, esto se conecta con la idea de peligro común o general. Es decir, no es necesario que exista bien alguno en el ámbito de influencia del peligro. Se refiere específicamente a un peligro que abre sus puertas a una generalidad de bienes jurídicos; puede alcanzar a cualquiera que se le acerque, mientras esa generalidad se le pueda acercar. Señala que varios autores identifican un peligro general, en estos términos, con una puesta en peligro concreto y que ello, es tal vez fruto de la interpretación que algunos hacen de la tesis de BINDING sólo como un peligro concreto, básicamente por su rechazo a los tipos de peligro abstracto (*Delitos de peligro...*, pp. 340/1).

<sup>749</sup> Señala la autora que, si se observa bien, la determinación habitualmente exigida por la doctrina (en los delitos de peligro concreto) no es con respecto al bien jurídico en sí, sino con respecto a su titular, puesto que la acción peligrosa abre un abanico de posibilidades de lesión, aun cuando el sujeto pasivo sea el mismo. Así por ejemplo, si un automotor realiza un adelantamiento en un cambio de rasante y viene otro vehículo en dirección contraria, lo único cierto son los titulares, pero no los bienes jurídicos expuestos a un peligro, puesto que pueden producirse resultados de muerte, lesiones y/o daños. En definitiva, se presupone que el peligro concreto de un bien jurídico individual, requiere la determinación del sujeto pasivo (*La protección penal ...*, p.212). Considero que en realidad, a la determinación del sujeto pasivo, le es inherente la determinación de sus bienes jurídicos individuales, por los menos en el caso de la vida y salud, ya que son inescindibles de la persona. Además la “indeterminación” a la que SOTO NAVARRO se refiere es respecto del resultado y no del peligro concreto, o sea, más allá de que en el ejemplo que cita puede resultar muerte, lesiones o daños, lo cierto es que *todos* los bienes jurídicos que quizá terminan lesionados, han sido puestos en peligro concreto. O sea, lo cierto son los titulares y sus bienes jurídicos, puestos en peligro concreto.

“...cada una se refiere a un aspecto diferente de la conducta prohibida. La primera requiere una pluralidad indeterminada de sujetos pasivos, en el sentido de que el autor no los escoge. La segunda atiende al *grado de afectación* del bien jurídico protegido, que ha de consistir en su efectiva puesta en peligro, para lo cual será preciso que el bien jurídico, por medio de un portador como mínimo, entre en la zona del peligro y que su lesión aparezca *ex ante* como no absolutamente improbable. Así visto, el resultado de peligro, en los delitos de peligro general, consistirá en la puesta en peligro del bien jurídico que portan uno o varios sujetos pasivos *ex ante* indeterminados”.<sup>750</sup>

También ha señalado SOTO NAVARRO (en referencia a los delitos contra la salud pública), que el *núcleo de lo injusto reside en la creación de un “peligro abierto”* y no se abarcaría en su totalidad si sólo se apreciaran delitos de lesiones u homicidio en grado de tentativa o a título de imprudencia. De hecho, sostiene la autora, que cuando el peligro para la salud se concrete parcialmente en resultados lesivos, habrá de aplicarse *además*, el delito de lesión correspondiente, en concurso con el delito contra la salud pública. Y ello será así, *aun cuando se trate del mismo bien jurídico*, en la medida en que el peligro para la salud haya afectado, además de a quienes resultaron lesionados, a otras personas, en cuyo caso no puede quedar absorbido por el delito de lesión.<sup>751</sup>

---

<sup>750</sup> SOTO NAVARRO, *La protección penal...*, p. 212

<sup>751</sup> SOTO NAVARRO, *La protección penal...*, p. 203. Cabe recordar que para SOTO NAVARRO, cuando el “supuesto” bien colectivo (como ocurre con el caso de la salud pública) es divisible en bienes individuales, lo único colectivo es la modalidad de ataque con relación a bienes individuales tradicionales, caracterizada por su “potencialidad ofensiva” para una pluralidad indeterminada de personas. Esta tesis, que aquí se comparte, ha sido criticada por VARGAS PINTO, quien señala que de ese modo, se pretende desvincular la afectación del bien jurídico penal de su naturaleza, como si no existiera alguna situación que esa “pluralidad” de bienes individuales compartiera, de allí que se remita sólo a ellos. En este marco VARGAS PINTO se pregunta, “¿porqué no son aptas, como ella (SOTO NAVARRO) afirma, las tradicionales formas de ataque para tales bienes? ¿acaso esa pluralidad tiene alguna relevancia? ¿porqué igualmente habla de delitos de peligro general?... De hecho, respecto de los delitos contra la salud pública afirma que “ciertamente existe un interés común en que se garantice la salud de los consumidores que concurren al mercado para adquirir determinados productos, pero el titular del bien jurídico protegido sigue siendo el individuo”. Continúa diciendo VARGAS PINTO, que en esta forma, SOTO NAVARRO pretende hacer compatible la estructura de esa clase de peligro -peligro abierto- con la puesta en peligro concreto: para ello realiza una interpretación forzada de éste, destacando la necesidad de que el bien jurídico por medio de un portador como mínimo -*ex ante* indeterminado- entre en la zona de peligro, frente a lo cual concluye que entonces SOTO NAVARRO “ahora sí declara que la forma de ataque -peligro concreto- se vincula con el bien jurídico penal” (ver SOTO NAVARRO, *La protección penal...*, pp. 212 y 228/9 y VARGAS PINTO, *Delitos de peligro...*, pp. 280 y 281, nota 817). Sobre este punto, ver también VARGAS PINTO, *Delitos de peligro...*, p. 132, nota 371, donde la autora critica la postura de SOTO NAVARRO, porque dice que la modalidad de ataque está íntimamente ligada con la clase de objeto que se tutela, concluyendo que “*de hecho SOTO NAVARRO tiene dificultades a la hora de pretender hacer compatible ese peligro general con la situación de peligro concreto*”.



Se advierte cierta contradicción entre las afirmaciones expresadas en estos dos últimos párrafos.

En efecto, nótese que la autora, al hablar de la compatibilidad entre peligro común y peligro concreto, a pesar de hacer alusión a la existencia de un “peligro abierto”, identifica al “grado de afectación” del bien jurídico *sólo* con el peligro concreto.<sup>752</sup> Sin embargo, al hablar específicamente de los delitos contra la salud pública, destaca que el peligro abierto es el “núcleo de lo injusto”, por eso, ante la producción de muertes y lesiones de determinados sujetos pasivos, éste no puede ser absorbido por el delito de lesión. La consecuencia de este pensamiento “desdoblado” será pues, que ante la existencia de un peligro “abierto” que abarca a una pluralidad indeterminada de sujetos, la puesta en peligro concreto de alguno/s de ellos, portadores del bien jurídico protegido individual, absorberá ese peligro común, pero no ocurrirá lo mismo cuando esos mismos sujetos sufran lesiones o muerte, donde debe aplicarse el concurso, ya que el delito de lesión, deja “latente” el peligro común (respecto de quienes no resultaron lesionados o muertos).

### **III.3.b.B. Inconsistencias de esta exégesis**

Dicho lo anterior, se tornan necesarias las siguientes consideraciones:

En primer lugar, debe destacarse que además del peligro concreto, el peligro común *también* implica una forma de afectación al bien jurídico (vida y salud como bienes individuales). Estos dos “modos” de afectación responden a criterios diferentes: la propia del peligro general está relacionada con el potencial lesivo de la acción para una pluralidad indeterminada de personas, a diferencia del peligro concreto que está relacionado con la inminencia del resultado lesivo respecto de uno o más sujetos en particular (determinados). Por eso no son “comparables” ambos grados de afectación:

---

<sup>752</sup> En la dogmática penal se trabaja con dos conceptos de resultado, uno material y otro jurídico. El material (fruto del causalismo), es de carácter natural -perceptible por los sentidos- y se concibe como efecto causal de la acción, separable espacio-temporalmente de ella. Como consecuencia de ello, requiere que la conducta recaiga en un objeto físico que puede ser destruido o puesto en peligro concreto. Por otro lado, el resultado jurídico se concibe como lesión o puesta en peligro del bien jurídico penal.

El resultado externo material coincide con el resultado típico, si es un efecto de la acción sobre un objeto físico, que la ley describe (objeto de acción). La falta de separación entre perspectivas y funciones, lleva a conservar varias nociones de resultado que muchas veces se confunden. Así, es corriente identificar el resultado típico con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Sin embargo, no puede dejar de distinguirse el resultado típico -o injusto de resultado- del menoscabo del bien jurídico protegido (VARGAS PINTO, *Delitos de peligro...*, pp. 164 y ss.). No obstante, aquí es relevante destacar que SOTO NAVARRO parte del concepto de bien jurídico como “objeto de la realidad social directamente”.

no hay entre ellos una progresión en la afectación del bien jurídico protegido, desde el peligro general hacia el peligro concreto, (como sí sucede entre este último y el resultado lesivo), que se correspondería con “otro grado” más avanzado de afectación.

Entonces, no es que ambas estructuras (peligro común y peligro concreto) refieran a dos “aspectos” (que pudieran interpretarse como subsidiarios) de la conducta, como sostiene SOTO NAVARRO, sino que constituyen en realidad, dos *momentos* diferentes, que responden a dos perspectivas diferentes. El “grado” de afectación del bien jurídico en el primer caso tiene que ver con el potencial lesivo de la acción para extenderse y refiere al colectivo de sujetos indeterminados expuestos (ataque plural), en cambio el segundo, se vincula con la trayectoria *particular* del peligro, respecto de *determinados* sujetos -que integran esa pluralidad- y que por eventuales circunstancias (*posteriores a la configuración del peligro general*) ingresan en el radio de la acción peligrosa (“epicentro”). Esa eventual trayectoria es irrelevante desde la perspectiva *ex ante* que responde a la “potencialidad lesiva” como criterio de afectación, independientemente de lo que pase después con cada sujeto, por eso los sujetos “determinados” por la entrada en el radio del peligro (concreto) no son *representativos* desde el punto de vista de la afectación a la “pluralidad indeterminada” puesta en peligro (general).

Este razonamiento sólo puede aprehenderse en su totalidad, si se admite que, más allá de que se trate del *mismo bien jurídico* (vida y salud como bienes individuales) cada modalidad de ataque se dirige contra *objetos de acción* diferentes, que responden a cada una de esas perspectivas (*ex ante* y *ex post*). Por ello, no hay contradicción entre sostener un bien jurídico individual y una estructura típica de peligro común, ya que el *objeto de acción en ese caso es la pluralidad indeterminada de titulares de los bienes jurídicos individuales*, a diferencia de otra clase de afectación, a través de un peligro individual, donde el objeto de acción es el sujeto individual “que ingresa al radio del peligro” y cuya de técnica de tipificación adecuada (que desvalora esa situación) es el tipo de peligro concreto.

Entonces, equiparar las estructuras propias del peligro común y del peligro concreto, implica un *cambio de perspectiva*, desde un peligro abierto a uno individual, de un objeto de acción colectivo a un objeto de acción individual.<sup>753</sup> Desde esta óptica, puede verse más claramente que la afectación al bien jurídico es diferente según que el ataque

---

<sup>753</sup> El problema es el concepto de bien jurídico del que parte SOTO NAVARRO, que impide recurrir al concepto de objeto de acción (ver nota anterior).

se dirija a un objeto de acción colectivo o individual: cuando se configura el peligro común la pluralidad indeterminada ya ha sido amenazada -y por ende afectado el bien jurídico- y esta situación no se modifica en base a lo que ocurra después. Si luego, *determinados* sujetos son puestos en peligro concreto, no puede soslayarse que la pluralidad *ha sido ya afectada por el peligro general*.

Sorprendentemente, SOTO NAVARRO sí usa correctamente este razonamiento - relativo a la falta de progresión entre estos dos peligros diferentes-, para tratar el caso del peligro abierto para una pluralidad de bienes jurídicos individuales y el resultado lesivo respecto de *alguno o algunos* de ellos, citando incluso a MAQUEDA ABREU quien destaca que “La lesión particularizada de alguno de esos bienes jurídicos amenazados no supone simplemente -como en los delitos de peligro individual- una progresión en la línea de ataque al bien jurídico y, en cuanto tal, un injusto más grave, sino *distinto* porque junto a la lesión inferida a esa víctima concreta hay que valorar la indemnidad de aquellas otras víctimas potenciales que podrían ser o han sido amenazadas por la conducta peligrosa del autor”.<sup>754</sup> En idéntico sentido, FEIJÓO SÁNCHEZ ha señalado que los tipos puros de resultado no abarcan el desvalor de la “peligrosidad abierta”.<sup>755</sup>

Ahora bien, el peligro concreto también debe interpretarse como ese injusto “distinto” y no como una progresión en la línea de ataque del bien jurídico amenazado por el peligro común, que parece ser la premisa en la que se sustenta la invocada compatibilidad de las estructuras típicas de peligro común y de peligro concreto. En efecto, así como no puede hablarse de una progresión entre el peligro abierto y los resultados de lesión, idéntica reflexión se aplica al peligro abierto y el peligro concreto, que en rigor, *también constituye un resultado*. Por ello, este resultado (eventual) que afecta sólo a alguno/s sujetos determinados, *no hace desaparecer el peligro abierto que ya afectó a la*

---

<sup>754</sup> SOTO NAVARRO, *La protección penal*..., p.203 (el resaltado me pertenece).

<sup>755</sup> RDP, 2007-2, pp. 147 y ss. Con un razonamiento similar, el autor sostiene en referencia a los delitos contra la seguridad colectiva, que no pueden interpretarse como simples homicidios o lesiones que no han llegado a consumarse, sino que en ese título se desvaloran sólo hechos que conllevan un riesgo para un número indeterminado de personas. De acuerdo con esta idea, no existe una relación subsidiaria entre los delitos de resultado lesivo y los delitos contra la seguridad colectiva (FEIJÓO SÁNCHEZ, *Delitos contra la seguridad colectiva: ¿tentativas imprudentes?*, *La Ley*, n°1, 1997, pp. 2004 y ss.). El factor de la indeterminación del sujeto pasivo debe ser abarcada por el tipo de riesgo -abstracto- y no por la estructura del bien jurídico protegido (colectivo).

*pluralidad indeterminada*. De este modo, se ve claramente la incongruencia de equiparar las estructuras típicas del peligro común y del peligro concreto, recurriendo a la idea del “sujeto determinado” (por el peligro concreto) como representante de la pluralidad indeterminada. Lo único que representa ese sujeto es la concreción de un resultado (de peligro), *como una de las posibles hipótesis a las que puede llevar un peligro general*, pero nada más.

### **III.4 Incompatibilidad del peligro común y el peligro concreto en el art. 316**

#### **III.4.a Introducción**

Trasladando este razonamiento al art. 316, se concluye que no es correcto interpretar a ese tipo penal como un “delito de peligro común que sólo exige un resultado de peligro concreto”, porque de ese modo se genera la conversión del peligro de abierto o común a individual, *cambiando la naturaleza del peligro desvalorado por el legislador*.

Esa estructura típica “combinada” (peligro común-peligro concreto), sólo es admisible en el caso en que el legislador requiera expresamente ese resultado *además* de la constatación del peligro general.<sup>756</sup> La interpretación mayoritaria del art. 316, al exigir el resultado de peligro concreto -sin que el tipo lo requiera expresamente- impone una

---

<sup>756</sup> Por ejemplo, el art 380 del CP español, que requiere además de conducción temeraria, el poner en concreto peligro la vida o la integridad de las personas.

Según CORCOY BIDASOLO, el resultado de peligro puede afectar tanto a bienes jurídicos individuales como supraindividuales. La denominación de “delito de peligro concreto” se reservaría para los delitos contra bienes supraindividuales o individuales en los que se requiere la producción de un resultado de peligro para un bien jurídico individual y la de delitos de peligro abstracto para aquellos delitos en los que se protegen exclusivamente bienes jurídicos supraindividuales y que, por consiguiente, no requieren un resultado de peligro. Señala la autora, que la diferencia entre unos y otros se encuentra en la exigencia o no del resultado de peligro, no en la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos. Asimismo, agrega que en los delitos de peligro concreto, con carácter previo a que se produzca el resultado de peligro, desde una perspectiva *ex ante*, es necesario que, junto al peligro para un bien jurídico penal supraindividual, se ponga en peligro el bien jurídico individual y para ello tiene que haber un “objeto” sobre el que recaiga el comportamiento peligroso; y refiere que es éste el caso de los delitos clásicos, como el previsto en el art. 316. Aclara que tales delitos, constituyen tipos complejos en los que se protegen, al menos, dos bienes jurídicos, en consecuencia, para que exista antijuridicidad respecto del bien individual, es necesario que respecto a éste exista un peligro idóneo *ex ante* -juicio sobre el peligro objetivo- y para ello es necesario que el objeto de ese delito se encuentre en el ámbito del peligro (*Delitos de peligro...*, pp.155/56). En este desarrollo, se ve claramente el “desdoblamiento” del bien jurídico en uno supraindividual (aparente) y otro individual, cuando en realidad se trata de una pluralidad de bienes jurídicos individuales y un objeto de acción, individual (trabajador), que es el que se pone en peligro concreto. Este resultado a veces viene exigido expresamente por el tipo, por ejemplo el art 380, pero no es el caso del art. 316. *Si se admite que el objeto de acción no tiene que ser necesariamente “individual” cuando se protegen bienes jurídicos individuales, sino que puede ser la “pluralidad indeterminada”, cae la ficción de la protección de un doble bien jurídico: la seguridad laboral como bien supraindividual, por un lado, y los bienes jurídicos individuales (vida y salud), por el otro.*

configuración típica que responde a una técnica de protección que no es acorde o compatible con lo que la norma quiere evitar, esto es, el peligro común.<sup>757</sup>

La situación de riesgo para una pluralidad indeterminada de individuos (y de esta forma, un aspecto importante de la actual sociedad industrial) constituye el *legítimo ámbito de aplicación de los delitos de peligro abstracto o incluso de los delitos de aptitud*.<sup>758</sup> En este sentido, resulta inadecuada la crítica general que considera que el delito de peligro abstracto no respeta los principios fundamentales del Estado de Derecho liberal y que atiende a inseguridades sociales de orientación a través de puros efectos simbólicos.<sup>759</sup> Claro que, el delito de peligro abstracto como estructura delictiva, debe quedar reservada para tipificar aquellas conductas que supongan riesgos latentes contra bienes

---

<sup>757</sup> Ese sería el caso del delito contra la Seguridad e Higiene en el trabajo, en la redacción del C.P. de 1973, donde se utilizaba la palabra “concreto”, en referencia al peligro y no “grave” como lo hace actualmente (ver CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, p. 152).

<sup>758</sup> HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico*, pp. 193/ 94.

VARGAS PINTO señala que, el “peligro común” no se puede representar como un estado de contacto o ingreso de un bien jurídico penal determinado en el ámbito de riesgo de una conducta típica peligrosa. En su razonamiento, “el peligro común o general no se distingue del peligro abstracto, particularmente respecto de la naturaleza del objeto protegido. Así, se evidencia en la conexión con multitud de bienes o con una generalidad como un todo, propio de los bienes jurídicos penales colectivos” (*Delitos de peligro...*, pp. 266/67) Si bien la autora concluye correctamente que el peligro abstracto es la técnica de tipificación adecuada, parece desprenderse de su desarrollo, que la razón para descartar al peligro concreto, es que en la situación del ataque plural, el conjunto de bienes jurídicos individuales se convierte en un “bien jurídico colectivo”, por eso, sólo se puede acudir al peligro abstracto (ver en este sentido, VARGAS PINTO, *Delitos de peligro ...*, p. 123, y nota 343, donde la autora critica la posición de SOTO NAVARRO, destacando que la forma de ataque no se entiende sin la consideración de ese ámbito y pluralidad de personas, de modo que los ataques o perturbaciones de bienes están conectados con su naturaleza, igualmente, nota 395, pp.140/41 y p. 133). De este modo, VARGAS PINTO equipara a la “pluralidad indeterminada” (de sujetos portadores de bienes jurídicos individuales) amenazada por el peligro común, con un bien colectivo, cuando en realidad, se trata, según lo que aquí se sostiene, del *objeto de acción*. En efecto, la “generalidad como un todo”, en el contexto descrito, no es equivalente a un bien supraindividual; en este sentido, el interés de proteger a determinado colectivo o las características que sus miembros comparten, no es suficiente para ello. Tampoco se trata de que los bienes jurídicos individuales sólo se protegen del peligro concreto y como contrapartida, con la técnica del peligro abstracto, sólo se protege a los bienes colectivos. Eso sería confundir el modo de ataque con el objeto de protección. Los bienes jurídicos individuales pueden verse amenazados por un peligro común (abstracto) y ello implica una puesta en peligro de “la colectividad” (el conjunto de los individuos que la integra y de sus bienes individuales vida y salud) o pueden verse amenazados por un peligro individual (concreto), lo que implica la puesta en peligro de ese individuo (y sus bienes jurídicos individuales).

<sup>759</sup> El ejemplo de la protección penal en materia de alimentos ilustra lo contrario a lo sostenido por esa crítica: allí se emplea el Derecho penal en el ámbito de los peligros masivos, en el momento preciso para impedir un Derecho penal simbólico por ineficiente y aleatorio. Sin embargo, en este caso no se trata de un bien jurídico colectivo, sino de una pluralidad de bienes jurídicos individuales (HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico ...*, pp. 193/94).

jurídicos de primer orden, como lo son los riesgos para la salud o la vida, y además, cuya lesión esté, dentro de una sociedad de riesgo, sometida al dominio del azar.<sup>760</sup>

A pesar de ello, existe la referida tendencia en la doctrina de equiparar la estructura típica del peligro común con la del peligro concreto. Una posible explicación de este intento, es la asociación de “peligro concreto” con “peligro real”, pero lo cierto es que no ha de confundirse la “realidad” del peligro con una “puesta en peligro concreto.”<sup>761</sup>

La separación entre peligro común y peligro abstracto se produce básicamente por la relación de éste con tipos de meras desobediencias o infracciones policiales. Se trata de la tradicional conexión del peligro abstracto con presunciones o con conductas regularmente peligrosas, que en el caso concreto pueden no presentar peligro alguno.<sup>762</sup>

Sin embargo, tal como se desprende de todo lo desarrollado anteriormente, un peligro común no es “más real” porque luego se produzca un resultado de peligro concreto para uno o más sujetos determinados que integran la pluralidad; ese razonamiento implica recurrir a la perspectiva *ex post* para “reforzar” la perspectiva *ex ante*. No es ese el modo adecuado de garantizar la “realidad” del peligro común, sino que debe recurrirse a un criterio que responda a la perspectiva que le es inherente (*ex ante*).

En esta dirección, debe entrar aquí en escena el concepto de “pérdida de dominio del foco de peligro.”

#### **III.4.b Estado de “incontrolabilidad”**

En los casos de peligro abierto, lo desvalorado es un “estado de incontrolabilidad” en sí mismo considerado, es decir, la pérdida de control del agente que realiza la conducta peligrosa, que deja al bien jurídico expuesto a una situación, que la norma penal considera disvalioso *per se*. Lo que sucede es que esta situación de “incontrolabilidad” *es evidente respecto de una puesta en peligro concreto*, al existir sujetos portadores de

---

<sup>760</sup> HEFENDEHL, *RECPC*, 04-14, 2002, pp. 3 y ss. Por otra parte, exigir el resultado de peligro concreto para quienes sostienen que el bien jurídico protegido en el art. 316 es la seguridad laboral, es usar un razonamiento propio de los delitos de acumulación.

<sup>761</sup> VARGAS PINTO señala que SOTO NAVARRO, a pesar de centrar el contenido de injusto en la creación de un “peligro abierto”, que requiere estructuras típicas de peligro general, rechaza los delitos de peligro abstracto al concebirlos como mera tipificación de infracciones administrativas o de conductas de peligrosidad general. Los delitos de peligro abstracto y los de mera actividad (como delitos “formales”), se asimilan en torno a un resultado externo típico ausente. La confusión de ambos resultados -fáctico y valorativo-, se produce por una combinación de perspectivas naturales y jurídico-valorativas, de suerte que una consecuencia de esta interacción, es que la no producción de un efecto material separable de la acción, implica falta de afectación del bien jurídico protegido. Admitir una perspectiva jurídica no tiene porqué establecer una identidad entre efecto físico externo y lesión o peligro de bienes jurídico penales. La presencia de uno no determina la del otro (VARGAS PINTO, *Delitos de peligro...* ,pp.173/74 y 340/41).

<sup>762</sup> VARGAS PINTO, *Delitos de peligro...*,p.267.

bienes jurídicos individuales en contacto directo con la conducta típica peligrosa. Pero esto no significa que la pérdida de dominio, con la consecuente exposición del bien jurídico protegido, no se produzca si tal contacto falta.<sup>763</sup>

Lo importante es que efectivamente se pierda el dominio de la situación concreta, de un modo relevante para el bien jurídico penal. Se manifiesta como un estado tal que, sin exigir que un sujeto determinado ingrese en el radio de la acción peligrosa, puede “alcanzar” a cualquiera que se le acerque. Esta situación se puede graficar como una especie de “tornado”, huracán o remolino, que perturba una *situación de estabilidad* que a la norma penal le interesa tutelar y representa una turbación en si misma relevante. Es un peligro real que se desvalora como tal y que no se conecta con otros resultados para su tutela penal, ni se supone de la sola realización de la conducta.<sup>764</sup>

En este sentido, ha señalado TORÍO LÓPEZ que el peligro es una situación *real* que compromete la estabilidad del objeto de protección. Es siempre conmoción de la seguridad de su existencia. La aplicación de un método idóneo contra el objeto protegido significa siempre la producción del peligro. La producción del peligro no necesita nunca presumirse, pues en tal caso ha acontecido indiscutiblemente. La acción se encuentra prohibida porque precisamente resulta peligrosa.<sup>765</sup>

La situación descrita no necesita mantenerse en el tiempo, basta que se haya producido un momento de descontrol suficiente para exponer al bien jurídico a una amenaza efectiva.<sup>766</sup>

En general se puede decir que quien crea una fuente de riesgo (en este caso, el proceso productivo) o, mejor quien realiza un comportamiento en concreto peligroso, debe controlarlo, es decir, debe tomar medidas de resguardo adecuadas. En este orden de

---

<sup>763</sup> VARGAS PINTO, *Delitos de peligro...*, p. 391 y pp. 393/4. La autora destaca que tal circunstancia es fundamental para bienes jurídicos penales colectivos que, por su naturaleza, no pueden ingresar en el ámbito de la conducta peligrosa, sin que este impedimento cierre las puertas a otra forma de peligro, también real. Sin embargo, según la postura aquí sostenida, creo que esta “construcción” se aplica justamente a las situaciones donde el peligro común amenaza una pluralidad de bienes jurídicos individuales, en tanto dicha pluralidad (objeto de acción) no puede ponerse en peligro concreto, según lo explicado en párrafos anteriores.

<sup>764</sup> VARGAS PINTO, *Delitos de peligro...*, pp. 393/4.

<sup>765</sup> TORÍO LÓPEZ, Los delitos de peligro hipotético, *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1981, p.830. No se discute la relevancia penal del peligro abstracto, pues constituye desde antiguo, uno de los principales fines de la norma penal. En igual sentido, VARGAS PINTO, *Delitos de peligro...*, pp. 340/41.

<sup>766</sup> VARGAS PINTO, *Delitos de peligro...*, p.394. La autora recurre al ejemplo de BINDING, relacionado con prender fuego en la playa, cerca de un puerto donde arriban embarcaciones: no se requiere la presencia de alguna, basta con que *puvieran acercarse y ser alcanzadas por las llamas*. El contenido de la prohibición se satisface con la situación de riesgo para la seguridad de la navegación, que se pone en peligro con la generación de ese torbellino de llamas que arden más allá del dominio de aquel que prendió el fuego.

ideas, básicamente es destacable como elemento de atribución la idea de “dominio de la fuente de peligro”. El dominio de la conducta por la adopción de medidas de cuidado adecuadas para mantener el control de la situación, impide la vulneración de la norma por la creación de un estado de indomabilidad desvalorado. O sea, no basta la creación de una situación peligrosa, si el que la realiza toma las medidas convenientes para contrarrestar el peligro nacido de su acción.<sup>767</sup>

#### **IV. El peligro abstracto como técnica de tipificación correcta**

Descartada la técnica del peligro concreto, y a la luz de los parámetros expuestos, se desprende que la estructura adecuada ante el peligro común debe ser la del peligro abstracto, sin embargo esta técnica tampoco está exenta de cuestionamientos.

##### **IV.1 La problemática de los delitos de peligro abstracto**

La doctrina tradicional ha basado la fundamentación de los delitos de peligro abstracto en dos teorías muy conectadas entre sí y que en muchos puntos se implican mutuamente: la peligrosidad general (que actúa como mero motivo para el legislador al prohibir la conducta)<sup>768</sup> y la peligrosidad abstracta (basada en una presunción del legislador que se considera *iuris et de iure*).<sup>769</sup>

Ambas tienen en común la *no consideración del peligro, ni de la peligrosidad de la acción como elementos típicos*. El delito se considera consumado con la mera realización de la acción típica, siendo absolutamente irrelevante si en el caso concreto, hubo o no peligro<sup>770</sup>. La consecuencia dogmática de esta técnica de tipificación será

---

<sup>767</sup> VARGAS PINTO, *Delitos de peligro...*, pp. 428/9. Cabe preguntarse si es relevante *cuándo* debe tomar esas medidas: VARGAS PINTO distingue entre la exclusión del “estado de peligro” y de la peligrosidad misma de la conducta, según tales medidas se hayan adoptado antes de la realización de la conducta peligrosa prohibida o posteriormente (ver *Delitos de peligro...*, pp. 428/9 y nota 1216).

<sup>768</sup> CERESO MIR señala que en los delitos de peligro abstracto, el peligro es únicamente la *ratio legis*, es decir el motivo que indujo al legislador a crear la figura delictiva (Los delitos de peligro abstracto, DONNA (dir.) *Revista de derecho penal*, 2001-2, p. 719.).

<sup>769</sup> Se ha señalado que en Derecho penal no se admiten presunciones *juris et de jure* que por definición, sirven para dar por cierto lo que es falso, o sea, para considerar ofensa cuando no la hay. En consecuencia, el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro y que en estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real (ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *DP-PG*, pp. 468/69. Sobre el punto, ver también, MUÑOZ, D. La tenencia del peligro. Una visión crítica de las estructuras de “simple tenencia” desde el principio-garantía de lesividad, DONNA (dir.) *Revista de derecho penal, Delitos de peligro-I*, 2007-2, p. 555).

<sup>770</sup> MUÑOZ, *RDP*, 2007-2, pp. 547 y ss. Puede afirmarse que el aforismo clásico “*nullum crimen, nulla poena sine injuria*” puede entenderse también como no hay delito, no hay merecimiento de pena sin acción peligrosa (ver ALCACER GUIRAO, Enjuiciamiento del peligro, tentativa y delitos de peligro, *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, año V, n° 9 A, 1999, pp. 415 y ss.).



pues, que al ser la peligrosidad general o estadística de la conducta el fundamento del injusto, pudiendo faltar en el caso concreto el peligro del bien jurídico, el contenido de injusto material de estas infracciones, es cuestionable<sup>771</sup>, porque se vulnera la exigencia de la *real eficacia lesiva de la acción* (presupuesto de la antijuridicidad material).

Desde el punto de vista subjetivo, el dolo, al ser conciencia y voluntad de la realización de los elementos del tipo, no estará referido al peligro del objeto de protección -pues no pertenece al tipo la producción de un resultado de peligro-, ni siquiera debe abarcar necesariamente la conciencia y voluntad de la peligrosidad general de la acción.<sup>772</sup>

En definitiva, se ha criticado a estos delitos porque carecen de desvalor de resultado, y de desvalor objetivo de acción<sup>773</sup>. Además, al no ser abarcada por el dolo la peligrosidad, resulta irrelevante el error del autor sobre ella. Esto supone una violación del principio de responsabilidad subjetiva, que conduce a la ausencia del desvalor subjetivo de la acción, respecto de la peligrosidad fundamentadora del injusto<sup>774</sup>.

Los problemas señalados pueden superarse, recurriendo a la técnica de los delitos de peligro abstracto-concreto o de peligro hipotético o de idoneidad o aptitud.<sup>775</sup>

#### **IV.2. Delitos de peligro hipotético o de aptitud.**

Lo que caracteriza a estos delitos, es la inclusión en la descripción típica de algún elemento que expresa, bien la peligrosidad de la conducta *concreta* o de los medios comisivos utilizados.<sup>776</sup> En este caso, el peligro se ha convertido en parte integrante del

---

<sup>771</sup> CERESO MIR, *RDP*, 2001-2, pp. 719 y ss. y FEIJOO SÁNCHEZ, *RDP*, 2007-2, pp.147 y ss.

<sup>772</sup> MUÑOZ, *RDP*, 2007-2, pp. 547 y ss. En igual sentido, CERESO MIR, *RDP*, 2001-2, pp. 719 y ss. Sobre el punto, SANCINETTI señala que sólo es necesario que el sujeto se represente el “síndrome de riesgo” señalado por la ley, pero no tiene que reflexionar acerca de que de ese síndrome puede derivar un riesgo (Tipos de peligro, en las figuras penales, *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, año VII, n° 12, 2001, pp. 147 y ss.).

<sup>773</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑES, *Delitos de peligro...*, pp. 199/200.

<sup>774</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑES, *Delitos de peligro...*,p. 249, MUÑOZ, *RDP*, 2007-2,pp. 547 y ss. Para lograr una fundamentación normativa de los delitos de peligro abstracto, -y una razonable aplicación de estos delitos-, FEIJOO SÁNCHEZ propone la teoría de la “organización insegura”. Ésta exige que para imputar este tipo de delitos se constate desde una perspectiva *ex post* una *organización objetiva y normativamente insegura del propio ámbito de organización o una organización más insegura que las conductas permitidas en el ámbito social en el que se actúa* (*RDP*, 2007-2, pp.147 y ss.).

<sup>775</sup> Esta categoría de delitos ha sido elaborada por SCHROEDER en Alemania y por TORÍO LÓPEZ en España, para suavizar las críticas esgrimidas contra los delitos de peligro abstracto. En los delitos de peligro hipotético, sigue vigente la presunción de peligrosidad, pero con carácter *ius tantum*, admitiendo prueba en contrario y salvando así su posible inconstitucionalidad (MONGE FERNÁNDEZ, A. *La responsabilidad penal por riesgos en la construcción*, Valencia, 1998, p.121, nota 139).

<sup>776</sup> Se discute si la aptitud para producir un resultado lesivo debe ser o no un elemento *expreso* del tipo. Un sector de la doctrina entiende que se puede recurrir a la construcción de un delito de aptitud aunque la potencialidad lesiva no se refleje expresamente, al hallarse implícitamente en la formulación típica. Sobre

tipo y no es “mero motivo del legislador”, por ello se dice que su injusto es un “injusto de peligrosidad”, que la base del juicio de antijuridicidad es la idoneidad o aptitud de la conducta reconocible *ex ante* para el menoscabo del bien jurídico.<sup>777</sup>

TORÍO LÓPEZ describe a este tipo de peligro como una “realidad tridimensional”. Ello por cuanto, la tipicidad reclama en primer término, un momento *lógico*. En el tipo se describe formalmente, en el sentido del principio *nullum crimen sine lege*, la acción relevante para el Derecho penal.<sup>778</sup> En segundo lugar, los delitos de peligro hipotético, reclaman una ulterior dimensión: exigen que la conducta sea adecuada, apta, para producir un peligro del objeto de protección.<sup>779</sup> En ellos, la tipicidad presupone el juicio *ex ante* de que el comportamiento puede originar un peligro para el objeto de protección, presentan pues, un característico plano *teleológico*. Finalmente, contienen una dimensión normativa o valorativa (momento *axiológico*). En estos delitos consiste la tipicidad en que la acción formalmente descrita en el tipo (a), apta según un juicio *ex ante* para producir un peligro (b) se halla en contradicción, o desvalorizada, por la base del tipo penal (c).<sup>780</sup>

Los delitos de peligro hipotético nunca reclaman un grado determinado, un coeficiente matemático exacto de peligrosidad del comportamiento. La acción ha de ser incuestionablemente peligrosa, pero su grado de peligrosidad no puede ser preestablecido por el legislador. La tipicidad no se agota en el juicio de pronóstico sobre su idoneidad para lesionar bienes jurídicos, sino que esencialmente radica en si la acción está en contradicción con la norma base del tipo penal. Lo que el juez ha de decidir es si

---

el punto, coincido con los autores que recomiendan la inclusión en la descripción típica de elementos de peligrosidad (GUISASOLA LERMA, C., Tendencia expansiva de los delitos de peligro y garantías penales, DONNA (dir.) *Revista de Derecho Penal, Delitos de peligro-II, 2008-1*, pp. 213 y ss.). Ver también, MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Los delitos de peligro en el derecho penal económico y empresarial, *ADPE 2, 2012*, pp. 47 y ss.).

<sup>777</sup> MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, 2001, p. 41. En este sentido, se ha sostenido que el peligro opera como un motivo legislativo, pero no puede permanecer tan sólo de esta manera, sino que debe evolucionar y encontrar un lugar entre las condiciones materiales del tipo (KISS, *Los delitos de peligro abstracto...*, p. 161, con cita de CRAMER).

<sup>778</sup> En este primer momento el tipo opera en el sentido de la seguridad jurídica. Son irrelevantes las acciones no subsumibles formalmente en la descripción típica.

<sup>779</sup> Esto no sucede en los delitos de peligro abstracto. Los delitos de peligro hipotético son delitos de “peligro posible”, no requieren que la acción determine un peligro efectivo como los delitos de peligro concreto.

<sup>780</sup> En la línea de una dogmática teleológica, se exige que el comportamiento, según un juicio de pronóstico, a formular *ex ante* por el juez, sea definida como comportamiento apto para hacer peligrar el objeto de protección. En el sentido de una dogmática valorativa, se acepta el punto de vista de que el momento esencial, en los delitos de peligro hipotético, es de carácter eminentemente normativo. Lo decisivo en este grupo es, pues, la valoración como contraria al fin de la norma jurídica de la acción realizada por el autor (*ADPCP, 1981*, pp.830 y ss.).

esa acción se encuentra jurídico penalmente prohibida. Esa decisión no es posible adoptarla en el plano del ser, sino en el del deber ser. Lo importante es la valoración individualizadora del caso particular.<sup>781</sup>

En este contexto normativo, resulta necesario que el juez proceda a comprobar en el caso concreto la concurrencia de tal elemento de peligrosidad típica del comportamiento o su idoneidad para producir un determinado efecto. Se trata de un juicio *ex ante* que, como advierte TERRADILLOS BASOCO, no se identifica con una valoración estadística del legislador, en cuyo caso el peligro sería presunto, sino en una valoración de la peligrosidad efectuada por el juzgador.<sup>782</sup>

A ese respecto, para saber si la conducta es idónea, deben utilizarse criterios normativos de previsibilidad, esto es, bastará con que desde una perspectiva *ex ante*, de pronóstico, se pueda considerar que era previsible que el comportamiento originara un peligro para el bien jurídico, a diferencia de los delitos de peligro concreto, en los que se habrá de recurrir a una perspectiva *ex post* para enjuiciar el resultado de peligro.

Es decir, la idoneidad de la conducta podrá constatarse si un espectador imparcial, con los mismos conocimientos que el autor, pudiera considerar que era previsible que de tal comportamiento se derivase un peligro para el bien jurídico, esto es, si la conducta abstractamente observada era *apta* o *adecuada* para la creación del peligro prohibido.<sup>783</sup>

---

<sup>781</sup> TORÍO LÓPEZ, *ADPCP*, 1981, pp. 830 y ss.

<sup>782</sup> GUIASOLA LERMA, *RDP*, 2008-1, p. 243, con cita de TERRADILLOS BASOCO.

Aunque la referencia a un momento *ex ante* en el juicio de peligro suele identificarse con el inicio de la acción, el intérprete puede tomar en cuenta circunstancias que quizá no fueran reconocibles en dicho inicio, pero que se evidencian relevantes durante su transcurso (GUIASOLA LERMA, *RDP*, 2008-1, p. 243 y nota 81). TORÍO LÓPEZ entiende que la tipicidad de los delitos de “peligro hipotético”, depende de la formulación de dos juicios por parte del intérprete: de un lado un juicio impersonal de pronóstico en el que desde una perspectiva *ex ante* se determina si la acción del agente, además de poder ser subsumida formalmente en el tipo, es apta generalmente para producir un peligro para el bien jurídico. En segundo lugar, el intérprete debe llevar a cabo un juicio posterior (*ex post*) sobre “la posibilidad del resultado de peligro”, o sea ha de verificar si en la situación concreta habría sido posible un contacto entre la acción y el bien jurídico, como consecuencia del cual habría podido producirse un peligro efectivo para dicho bien jurídico (*ADPCP*, 1981, p. 830 y ss.).

<sup>783</sup> MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos...*, p. 41, con cita de JAKOBS.

Cabe preguntarse si la idoneidad exigida ¿es para causar un resultado lesivo o un peligro concreto? Creo que la idoneidad en ambos casos es la misma, porque una vez que se produce el resultado de peligro concreto, lo que impide la lesión posterior es una circunstancia completamente “externa” a la aptitud o peligrosidad de la conducta y tiene que ver con una casualidad o con una habilidad especial del sujeto pasivo. Se ha criticado que en estas construcciones se complica el análisis, en la medida en que practican innecesariamente un doble juicio: en primer lugar se constata si la acción es idónea para generar el riesgo, esto es, si reúne *ex ante*, condiciones materiales para afirmar que indisolublemente asociado a la acción existen elevadas probabilidades de que se pueda producir el resultado lesivo. Pero a su vez, para llevar a cabo este juicio es necesario verificar si la acción es idónea para producir la lesión, pues carece de sentido que sea apta para generar el riesgo y no lo sea para determinar el resultado (GÓMEZ TOMILLO, M., Contribución a la teoría de los delitos de peligro hipotético-aptitud abstracta. Los delitos de tenencia

Caracterizados los delitos de peligro hipotético por requerir una acción idónea *ex ante* para generar el resultado lesivo, y teniendo en cuenta que ese juicio de idoneidad que debe emitir el espectador objetivo sólo tiene sentido desde un punto de vista estadístico, parece que no se diferencia en esto, de un delito de peligro abstracto puro.

Sin embargo, si bien puede aceptarse que siempre que hay peligrosidad *ex ante*, hay peligrosidad estadística, no siempre que hay peligrosidad estadística hay peligrosidad *ex ante*.<sup>784</sup>

El juicio de peligrosidad estadística implica que se puede afirmar que reiteradamente ejecutado ese mismo comportamiento, con alta frecuencia acaecerá el resultado lesivo. La peligrosidad *ex ante*, desde luego, conlleva también la presencia de ese mismo razonamiento, pero va más allá, porque supone que en el caso concreto el comportamiento reúne, a juicio siempre de un espectador objetivo, las condiciones materiales que permiten afirmar que *tan sólo la ausencia del objeto material de su radio de acción excluye un resultado de peligro*.<sup>785</sup>

El espectador objetivo debe emitir el dictamen teniendo en cuenta varios factores: su efectivo conocimiento de las circunstancias del hecho, el conocimiento de las leyes causales, conforme a la experiencia común en el momento histórico que tiene lugar el acontecimiento y el resto de los datos cognoscibles para una persona media situada en el lugar del autor.<sup>786</sup>

Conforme a este juicio de idoneidad o aptitud, la peligrosidad de la acción concreta ha de ser comprobada por el juez de acuerdo con los elementos de juicio individual que el correspondiente tipo penal permita tomar en cuenta, es decir, se evalúa la peligrosidad de la concreta acción -y no sólo se parte de la peligrosidad general de la *clase* de acción- pero limitando la base del juicio con los datos que el propio tipo fije o permita considerar; dicho de otro modo, haciendo abstracción de aquellos otros que sean cognoscibles *ex post* o que no quiera el legislador que se tengan en cuenta.<sup>787</sup>

---

como paradigma de peligro abstracto puro, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, pp. 465 y ss.).

<sup>784</sup> GÓMEZ TOMILLO, *LH Cobo del Rosal*, pp. 465 y ss.

<sup>785</sup> GÓMEZ TOMILLO, *Ibidem*. En igual sentido, “Debe tratarse de supuestos en los que quede claro que el autor ha producido una fuente de peligro y que se hubiera llegado a la concreta puesta en peligro o a la lesión de un bien jurídico, si el curso iniciado por el autor hubiera entrado en contacto con un determinado objeto susceptible de ser afectado negativamente por la acción” (MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos...*, p. 417).

<sup>786</sup> GÓMEZ TOMILLO, *LH Cobo del Rosal*, pp. 465 y ss.

<sup>787</sup> MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos...*, pp. 48/49.

Lo hipotético en los delitos de peligro hipotético se refiere a que si bien el delito requiere una acción que por sus propiedades materiales sea susceptible de ser considerada según un juicio de pronóstico como peligrosa para el objeto de protección, el juez debe *además* verificar si en la situación concreta *ha sido posible un contacto entre acción y bien jurídico*, en cuya virtud hubiera podido producirse un peligro efectivo para éste. Ha de plantear pues, la hipótesis de si la acción comprobadamente peligrosa hubiera podido determinar un resultado peligroso. En los delitos de peligro hipotético es preciso acreditar la peligrosidad de la acción -desvalor real de acción- y la posibilidad del resultado peligroso -desvalor potencial de resultado- como exigencias del tipo.<sup>788</sup>

Si conforme al juicio de aptitud, no pudiera establecerse la capacidad de la correspondiente acción para llegar a afectar el bien jurídico, no cabrá sancionar por un delito de aptitud. Del mismo modo, si en el caso concreto el autor realiza la conducta descrita en el tipo, pero ha tomado medidas que eliminan en *ese caso* la aptitud que en general tiene la conducta para producir el efecto temido, el juez debe atender a tal circunstancia para no aplicar el tipo (se descarta el “estado de incontrolabilidad”).<sup>789</sup>

La ventaja de esta modalidad típica es que al incluir elementos de peligrosidad real de la conducta en la descripción del tipo, resulta más coherente con el principio de legalidad y evita el efecto principal de los delitos de peligro abstracto, esto es, el formalismo o automatismo de la constatación de su relevancia típica y de su contenido de injusto.<sup>790</sup> De ese modo, se consigue enriquecer materialmente los delitos de peligro abstracto y establecer ciertos filtros valorativos relacionados con la protección del bien

---

<sup>788</sup> TORÍO LÓPEZ, *ADPCP*, 1981, pp. 830 y ss. Ante tal exigencia, VARGAS PINTO se pregunta: “¿Cuál es la diferencia entre ese “posible contacto” entre bien y acción y la peligrosidad concreta como aptitud para producir un peligro? ¿En qué consiste tal contacto? (*Delitos de peligro...* pp. 292/3). Creo que sin duda ese posible contacto hace referencia a una puesta en peligro concreto y que la diferencia entre peligrosidad concreta y posibilidad de contacto entre bien y acción, está relacionada con la necesidad de verificar que el autor hubiera tomado recaudos para impedir ese contacto (para valorar la tipicidad de la conducta).

<sup>789</sup> MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos...*, p.52. En este sentido RODRÍGUEZ MONTAÑES, señala que la regla general es que la realización de la conducta típica lleve implícita la peligrosidad, y sólo excepcionalmente si, con carácter previo a la realización de la acción, el actor o un tercero adoptan medidas de aseguramiento que excluyan el peligro desde esa perspectiva *ex ante*, reconduciéndolo a los límites de lo permitido, no se dará la peligrosidad de la conducta, lo que excluirá la tipicidad (*Delitos de peligro...*, p. 366).

<sup>790</sup> MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos...*, p. 42.

jurídico, que la doctrina ha buscado mediante diversos modelos de interpretación para limitar a su alcance.<sup>791</sup>

Los delitos de aptitud pueden responder a las expectativas de proveer un modelo de tipificación dogmáticamente adecuado y político-criminalmente legítimo de conductas peligrosas, pues dotan de mayor contenido de injusto al delito de peligro abstracto puro y no exigen la constatación del contacto efectivo -más azaroso- de la conducta con un posible objeto del bien jurídico.<sup>792</sup> En este sentido, tienen la ventaja frente a los delitos de peligro concreto de facilitar las laboriosas y enrevesadas cuestiones de prueba en relación con la concurrencia del peligro. Frente a los delitos de peligro abstracto puros, tienen la virtualidad de evitar la posible confusión entre las infracciones penales y las administrativas, porque la mera contravención de la normativa administrativa, no significa que automáticamente nos encontremos situados en el ámbito de la infracción penal.<sup>793</sup> Aunque la experiencia y la estadística demuestren la peligrosidad de una modalidad de conducta, puede que en el caso concreto dicha peligrosidad no se plasme. En definitiva, la peligrosidad estadística representa una fundamentación suficiente para crear normas que desvaloren ese tipo de conductas, pero no para fundamentar la intervención del Derecho penal.<sup>794</sup>

En esta línea de pensamiento, esta técnica de protección (delito de peligro hipotético), cumple con los requisitos que la doctrina ha fijado para que los delitos de peligro abstracto resulten compatibles con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y con el principio de ofensividad:

En primer lugar que a través de éstos se intente proteger bienes jurídicos merecedores de pena, esto es, constitucionalmente legítimos y dotados de una especial relevancia

---

<sup>791</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *RDP*, 2007-2, pp. 147 y ss. La idoneidad de la conducta, medida *ex ante*, es la exigida desde la óptica del principio de ofensividad, principio reconducible al de legalidad (GUISASOLA LERMA, *RDP*, 2008-1 p. 254).

<sup>792</sup> MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos...*, pp. 42/44.

<sup>793</sup> MUÑOZ LORENTE, Algunas consideraciones sobre el concepto de peligro, clandestinidad y delito continuado en los delitos contra el medio ambiente, DONNA (dir.) *Revista de Derecho Penal, Delitos de peligro-I*, 2007-2, pp.331 y ss.). En igual sentido, se ha dicho que la exigencia de idoneidad deja más clara la diferenciación entre el injusto específicamente penal y el administrativo (FEIJOO SÁNCHEZ *RDP*, 2007-2, pp. 147 y ss.). También se ha sostenido que una concepción material de bien jurídico-penal, conduce a sostener un modelo sólo relativamente dependiente del Derecho administrativo. Ello significa que el injusto penal no se realiza con la mera infracción administrativa, pues acorde con el principio de lesividad, deberá acreditarse la lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente tutelado (sobre el punto, ver lo desarrollado sobre la “cláusula de bloqueo”, en el capítulo VI).

<sup>794</sup> GUISASOLA LERMA, *RDP*, 2008-1, p. 244.

social. En segundo término, que mediante los mismos se tipifiquen conductas que aparezcan como generalmente peligrosas y no aquellas que sólo en algunos casos lo sean. Finalmente, que en el caso concreto el comportamiento sea efectivamente peligroso para el bien jurídico protegido, en el sentido de que aparezca como peligroso *ex ante* para el bien jurídico, sin necesidad de que se produzca un peligro concreto, porque de lo contrario faltará el sustrato de la antijuridicidad del mismo.<sup>795</sup>

### IV.3 El delito de peligro hipotético en el CP español

Esta técnica legislativa ha sido utilizada por el legislador de 1995 y elogiada por la doctrina, respecto del art. 325 CP.<sup>796</sup> En este sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ ha señalado las ventajas que representa el delito de peligro hipotético como opción intermedia, entre el peligro abstracto y el peligro concreto.

Bajo esa óptica, sostiene que si se tipifica una conducta por ser estadísticamente peligrosa, por un lado, se generará un instrumento de prevención muy ágil y eficaz, pero por otro, podría reprocharse la posibilidad de castigar penalmente un comportamiento inocuo. Si para soslayar esa crítica, se exige un acercamiento máximo del curso de riesgo ilícito al objeto de acción, de modo que *ex ante* no cupiera confiar razonablemente en la exclusión del resultado, será difícil que se objete al tipo falta de desvalor suficiente en las conductas que describe, pero no que precisamente por tal afán, se haya dejado en el tintero comportamientos cuya represión penal viene demandada por la indemnidad del bien jurídico. Entre ambas técnicas pueden concebirse una opción intermedia, en las ventajas e inconvenientes de las anteriores: no se trataría de exigir sólo la pertenencia de la conducta a una clase de conductas peligrosas ni de exigir una situación de peligro próxima a la lesión, sino de requerir que el juez constate la “concreta peligrosidad” de la conducta enjuiciada.<sup>797</sup>

---

<sup>795</sup> AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad...*, p.394. Los legisladores europeos hacen cada vez más uso de esta técnica y esta tendencia debe ser valorada de forma positiva, ya que esta variante de los delitos de peligro presenta muchos puntos de interés para una mayor eficacia y legitimidad de la intervención del Derecho penal (FEIJOO SÁNCHEZ, *RDP*, 2007-2, pp. 147 y ss.).

<sup>796</sup> En su formulación actual, el art. 325 “1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de diez a catorce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a dos años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que, por sí mismos o conjuntamente con otros, cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas.

2. Si las anteriores conductas, por sí mismas o conjuntamente con otras, pudieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, se impondrá una pena de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años. Si se hubiera creado un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas, se impondrá la pena de prisión en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.”

<sup>797</sup> Elogio del artículo 325 del Código Penal, en *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Granada, 2005, pp. 282/84

Interpretar al art. 325, como tipo de actividad concretamente peligrosa, significa que sólo es subsumible en él, el concreto comportamiento contaminante que pueda alterar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o perjudicar gravemente la salud de las personas -idoneidad concreta *ex ante*-. Frente a la técnica del peligro abstracto, no basta con que se trate de una conducta de las que *suele* provocar tales males y frente a la técnica del peligro concreto, no se exige que el curso de riesgo se haya aproximado al resultado y lo haya individualizado de ese modo. La razón del elogio, según el autor citado, reside en los inconvenientes de las técnicas alternativas: exigir sólo lo primero parece poco cuando se trata de penas privativas de libertad. Exigir tanto como una situación de peligro concreto es, por el contrario, en materia de medio ambiente, exigir demasiado. También valora a favor de la técnica usada que el “objeto del peligro” en el precepto citado, pueda reducirse a la vida, integridad física o salud de las personas.<sup>798</sup> Más allá de las diferencias entre dicho precepto y el art. 316, lo cierto es que en ambos casos se presentan circunstancias dogmáticas similares que justifican el recurso al delito de peligro hipotético o abstracto-concreto, como se verá en el desarrollo siguiente.<sup>799</sup>

#### **IV.4 Toma de posición: El art. 316 como delito de peligro abstracto-concreto o de aptitud**

Sentado lo anterior, corresponde ahora trasladar las consideraciones expuestas a la interpretación del art. 316. Una vez descartada la compatibilidad entre el peligro abierto y la técnica del peligro concreto, debemos delimitar de qué manera incide el elemento “peligro común” en la estructura del artículo 316.

En primer lugar, el peligro común implica que el término *trabajadores*, a quienes no se faciliten los medios, constituye una *pluralidad indeterminada* de sujetos pasivos.

No representa un obstáculo a esta interpretación el hecho de que se asuma un bien jurídico individual, ya que es la estructura típica la que determina que la “puesta en peligro” lo sea de un colectivo indeterminado.<sup>800</sup> De este modo, y según se ha explicado

---

<sup>798</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Ibidem*. Ver también, MENÉNDEZ, A., El delito ambiental básico a la luz de la reciente jurisprudencia, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, pp. 634 y ss. El autor señala la evolución de la interpretación del TS del art. 325, desde el peligro concreto hacia el peligro hipotético.

<sup>799</sup> Sin embargo LASCURAÍN SÁNCHEZ, interpreta al art. 316 como un delito de peligro concreto, a pesar de los inconvenientes que genera esa exégesis, como él mismo señala (*LH Cobo del Rosal*, pp. 568 y ss.).

<sup>800</sup> Ello por cuanto, el carácter indeterminado del sujeto afectado por el peligro es una condición que no sólo puede aportar el bien jurídico protegido (DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario...*, p. 263).



antes, ese término del tipo remite al concepto de objeto de acción de este delito, constituido por esa pluralidad de trabajadores.<sup>801</sup>

Ahora bien, en este contexto, y a la luz de las pautas sentadas anteriormente, la puesta en peligro de los “trabajadores” así definidos, no puede interpretarse como un resultado de peligro concreto, sino más bien como un elemento típico que afectará al *momento de la consumación del delito*.

Ese razonamiento es utilizado por CORCOY BIDASOLO para analizar la puesta en peligro de la salud de los consumidores, exigida en el fraude alimentario, concluyendo que el art 363 CP, difícilmente, con su redacción, se puede interpretar como delito de peligro concreto porque *no puede verse la concreción de un peligro cuando se configura como peligro para “la salud de los consumidores”*. La autora señala que el citado tipo penal no requiere un resultado de peligro concreto para un bien jurídico individual, sino que introduce expresamente la exigencia de lesividad para el bien supraindividual, que se concreta en la nocividad del producto, impidiendo su interpretación como delitos de peligro presunto (*Delitos de peligro*, pp.247/48). Asimismo, sostiene que si el producto nocivo no está destinado al mercado, sino que, únicamente, está al alcance de un número determinado de personas, no se podrá castigar por el delito contra la salud de los consumidores, aun cuando se haya puesto en peligro la salud de esas *determinadas personas*, ya que no se ha lesionado la seguridad y confianza de los usuarios en que los productos que están en el mercado, no superan el límite del riesgo permitido. En esos casos, sólo se podría castigar cuando se produjeran lesiones o muerte de algunas de esas personas, como delito doloso o imprudente de homicidio o lesiones (*Delitos de peligro*, p.257) Es interesante destacar la notable analogía existente entre el delito del 316 y el delito del art. 363, es decir entre “la puesta en peligro de la vida y salud de los trabajadores” y “la puesta en peligro de la salud de los consumidores”. Nótese en este sentido, como puede asimilarse la distinción que se plantea respecto la puesta en el mercado o no del producto nocivo, con la distinción que aquí se hace de las medidas de seguridad colectivas e individuales. En el delito de fraude alimentario, la puesta en peligro de la salud de los consumidores implica que el producto nocivo ha de haber salido del ámbito de dominio de quien lo ha elaborado, distribuido o comercializado y encontrarse, en ese sentido, en el mercado (*Delitos de peligro*, p.155). O sea, se recurre al criterio de la pérdida de control sobre el producto nocivo, de modo análogo a lo aquí sostenido respecto de que, en el art. 316 la puesta en peligro de la vida de los trabajadores, implica el incumplimiento de una medida de seguridad colectiva, y la pérdida de control por el empresario/empleador. En igual dirección, VARGAS PINTO analiza el art 315 del Código Penal chileno (que castiga conductas semejantes a la del art. 365 del C.P. español). En uno de sus supuestos, el art 315, precisa que debe tratarse de productos “elaborados para ser ingeridos por un grupo de personas indeterminadas” y exige que la venta sea en un lugar público. Lo desvalorado por la norma es un peligro concretable, sin embargo, antes de la venta y del contacto directo con el comprador, el sólo hecho de ponerlos a disposición del público, genera esa pérdida de dominio de los efectos del comportamiento. No alcanza a producir un peligro concreto, pero sí una situación de indomabilidad que escapa al control del agente (*Delitos de peligro abstracto...p.253*, ver también Nota 718, p. 259).

---

<sup>801</sup> Ello, con la salvedad hecha respecto de la inclusión en el tipo de los supuestos del trabajador o trabajadores determinados, expuestos a un riesgo individual, en base a razones político-criminales.

A pesar de la analogía entre el art. 316 y el art. 363, CORCOY BIDASOLO interpreta de manera muy diferente a ambos tipos penales, ya que entiende al primer delito como de peligro concreto. Creo que con idénticos argumentos a los usados por la autora respecto del art. 363, se concluye que el art. 316 es un delito de peligro abstracto-concreto.<sup>802</sup>

En efecto, cuando el tipo penal exige el peligro grave para la vida, salud e integridad física de una pluralidad indeterminada de personas, está señalando que el momento de consumación del delito debe ser cuando esos sujetos portadores del bien jurídico protegido estén *afectados* por el peligro, pero *sin estar determinados*. En consonancia con ese razonamiento, la interpretación adecuada del tipo penal será aquella que abarque -o releve- ese momento de indeterminación del sujeto pasivo (perspectiva *ex ante*). La situación captada por la norma es aquella que hemos asociado al “tornado o remolino”, donde sin exigir que un sujeto determinado ingrese en el radio de la acción peligrosa, puede “alcanzar” a cualquiera que se le acerque.

De este modo, la “puesta en peligro” de esta pluralidad indeterminada, que debe apreciarse en un momento anterior al instante en el que un trabajador en particular (portador del bien jurídico individual) ingrese en el radio de la acción peligrosa, requiere que un sujeto, pero no determinado, sino *cualquier sujeto* (indeterminado pero concreto en el sentido de existente y no presunto) *pueda* penetrar en ese radio.<sup>803</sup>

---

<sup>802</sup> Ver en este sentido, el desarrollo del sector doctrinal que considera que la referencia a la “puesta en peligro de la salud de los consumidores” no hace sino incorporar un elemento de aptitud lesiva de la conducta, sin exigir un resultado de puesta en peligro concreto. Se trata, según esta postura, de un delito de peligro abstracto-concreto o de peligro hipotético (BALLESTEROS MARTÍN, J., El delito alimentario, en *Protección penal de consumidores y usuarios, Manuales de Formación Continuada*, n° 15, CGPJ, 2001, p.228; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, Madrid, 2009, p. 597; GRAUER GODOY, A., *El delito alimentario*, Revista de Derecho y Proceso Penal, n° 21, 2009, p.18/19.).

<sup>803</sup> DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario...*p. 263. La exigencia de “concreción” del sujeto pasivo indeterminado tiene la finalidad de excluir los casos en que no existió la posibilidad de que alguien pudiera penetrar en ese radio. Sobre la base de un análisis similar a éste, DOVAL PAIS, concluye que el anterior art. 346 del CP español (hoy 363) es de “puesta en peligro concreto”, sin embargo hace alusión a una puesta en peligro de una pluralidad indeterminada de personas, en los términos aquí utilizados (podría decirse que se trata de un peligro concreto “*sui generis*”). Utiliza el siguiente ejemplo para referirse a los “sujetos indeterminados pero concretos que puedan penetrar en el radio de la acción peligrosa”: quienes pasan por delante del establecimiento (donde se vende el producto nocivo) pero sin entrar en él, aclarando que no hay porqué entender que el radio de acción peligrosa es tan corto como para no extenderse hasta la puerta del negocio. Y concluye que “ciertamente, no parece que haya razones para esperar más a la intervención penal en estos casos” (*CDJ 36-1994*,pp. 64/65). Más allá de cómo llame a ese peligro el autor, lo cierto es que no se trata de un peligro *concreto* como lo entiende la doctrina en general, sino como se explica aquí, del paso anterior a ello: es decir de un peligro abstracto-concreto. El llamado “peligro concreto”, sí requiere algo más que la “posibilidad” de que el consumidor (en tanto portador del bien jurídico individual) penetre en el radio de la acción (lo que en su ejemplo sería ingresar en el negocio, o sea que el ofrecimiento del alimento nocivo se “personalice”, situación que necesariamente requiere la determinación y el contacto con el bien jurídico individual. O sea DOVAL PAIS, está re-

Nuevamente corresponde aquí hacer la salvedad respecto de la situación del o los trabajadores determinados por el riesgo individual al que están expuestos y que se considera también incluida en el tipo por razones de política-criminal. Sin embargo, cabe aclarar que aun cuando se trata de un riesgo individual -y no colectivo-, el momento penalmente relevante es anterior a que el trabajador o trabajadores determinados ingresen en el radio del peligro.<sup>804</sup>

En otras palabras, el poner en peligro a esa colectividad difusa de sujetos pasivos, sólo puede significar la creación de una situación de riesgo, donde *estén dadas las condiciones* para que ese “cualquier sujeto concreto no determinado” que la integra, ingrese a la zona del peligro inmediato, esto es, el delito se consuma en el instante previo a que ese ingreso se produzca y tenga el efecto de *determinar* (mediante *ese ingreso*) a ese sujeto pasivo.<sup>805</sup> Esa situación de riesgo descripta, configura pues, un peligro *abstracto*.

Nótese que si bien el o los trabajadores afectados por un riesgo individual (supuesto también incluido en el art. 316, según se desarrolló antes) se encuentran determinados, esa determinación es *anterior* a su ingreso al radio del peligro (están determinados por la *selección del autor* al momento de infringir la medida de seguridad -que excluye el peligro común- y no por el peligro concreto). De ello se desprende que los casos de riesgo individual abarcados por el precepto, constituyen también situaciones de peligro abstracto y no concreto.

Así definida la puesta en peligro de los “trabajadores”, debe interpretarse que la expresión típica que alude a ella (en los términos “peligro grave”) no exige un resultado, sino que configura una *cláusula de idoneidad* del peligro. Esa cláusula de idoneidad refiere a esas condiciones definitorias de la situación de riesgo, entre las que se incluye la exigencia de “concreción” del sujeto pasivo indeterminado, (descartando los casos en que no existió la posibilidad de que alguien pudiera penetrar en ese radio de peligro) y requiere también cierta objetivación de la lesividad potencial o peligrosidad de la

---

definiendo un “peligro concreto”, desde una perspectiva *ex ante*, pero lo que define en realidad a ese tipo de peligro, es la perspectiva *ex post*.

<sup>804</sup> Nótese que en esos casos puntuales, el objeto de acción será *ese o esos* trabajadores -y no la pluralidad indeterminada-, que se encuentra en relación especular con el riesgo (individual).

<sup>805</sup> Este tipo de peligro presupone la posibilidad del contacto entre acción y objeto de protección. En la hipótesis de que éste no pueda entrar en el radio de efectividad del acto, está excluida la tipicidad. Ocurre igual cuando el autor ha procedido pertinentemente a adoptar medidas que excluyan de antemano la posibilidad del peligro concreto. En el caso de que la posibilidad del contacto entre acción y objeto de protección se encuentre excluida, surge una situación formalmente correlativa a la de la tentativa imposible por inexistencia o ausencia del objeto material. No es posible por ello hablar de consumación pese a la coincidencia formal del comportamiento con la descripción típica (TORÍO LÓPEZ, *ADPCP*, 1981, pp. 830 y ss.).

conducta.<sup>806</sup> Bajo estas pautas, debe tratarse de un estado de “incontrolabilidad”, de falta de dominio de la fuente de peligro, es decir, no basta la creación de una situación peligrosa si el empleador ha tomado recaudos para contrarrestar el peligro. De ello se desprende que no basta la constatación del incumplimiento de las medidas de seguridad extrapenales, sino que se cree un “estado de peligrosidad descontrolada”, que en la práctica se traduce en que es inminente el ingreso de *algún* trabajador en el radio del peligro (epicentro del “remolino”) y que el autor no puede controlar ese posible contacto (entre acción y portador del bien jurídico). Esa es la *perturbación* de la “situación de estabilidad” que al art. 316 le interesa evitar.

El incumplimiento de las medidas de seguridad descrito en el tipo, no requiere ese contacto, pero sí la pérdida de dominio de los efectos del comportamiento por parte del autor, o sea se trata de un peligro concretable y no concreto: una cosa es la pérdida del control y otra el peligro concreto como resultado de ello.

De este modo, lo que debe constatarse es la aptitud de la conducta para lesionar (gravemente), pero no que se haya producido una situación de peligro efectivo para un trabajador como consecuencia de esa conducta peligrosa, porque esta última exigencia *reconfigura* el concepto “trabajadores”, dándole un sentido diferente al que le da el tipo penal.<sup>807</sup> Ello sería básicamente, modificar el objeto de acción descrito en el tipo (y de ese modo la clase del riesgo desvalorado en la norma).

Lo que aquí se propone entonces, es una interpretación del artículo 316 como un delito de peligro hipotético<sup>808</sup> o abstracto-concreto, que es la que resulta coherente con la

---

<sup>806</sup> Se trata de un delito de “peligrosidad concreta” en el que la conducta genera un “estado concretamente peligroso causal”, que constituye el primer peldaño del peligro concreto. Pero no es un delito de peligro abstracto puro, porque el tipo requiere la comprobación de que el comportamiento en el caso en particular, era idóneo para generar una situación de amenaza para el bien y por tanto es admisible la prueba de que éste era inocuo en el caso concreto (Del CASTILLO CODES, E., Estudio sobre los delitos de peligro, *Revista de Derecho Penal*, n° 19, 2006, pp. 11 y ss.).

<sup>807</sup> En este sentido se ha señalado que parecen muy excepcionales los casos en que, habiendo una ausencia de las medidas esenciales de protección, no quepa ya hablar de un peligro grave. Podría postularse que la referencia al peligro es, en muchos casos, meramente retórica y no se refiere a la comprobación de un resultado de peligro concreto para la vida o integridad de uno o varios trabajadores, sino a un resultado de lesión grave de la seguridad e higiene en el trabajo, menos artificioso, que la expresión “resultado de peligro” para vida e integridad física en una acepción colectiva de estos bienes jurídicos. Esa lesión para la seguridad *está mucho más cerca del peligro abstracto que del concreto* (ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., Art. 317 del C. P.: un delito imprudente relativo a la vida, integridad física o salud de las personas, *Actualidad Penal*, n° 38, 2000, pp. 801 y ss.).

<sup>808</sup> En términos de TORÍO LÓPEZ (*ADPCP*, 1981, pp. 825 y ss.).

naturaleza del peligro colectivo, que caracteriza al delito.<sup>809</sup> En esta línea de pensamiento, se ha señalado que se tutelan aquí bienes jurídicos individuales esenciales de un conjunto *a priori* inabarcable de personas, siendo esta *indeterminación de la frontera del peligro* la que incrementa precisamente el desvalor del injusto y permite justificar la anticipación de la línea del castigo al momento del peligro abstracto, sin necesidad de esperar a que se produzca un peligro concreto para un sujeto individual determinado.<sup>810</sup> Ello, más allá de considerar incluidos el espacio típico, los supuestos de riesgo individual. Esta exégesis inclusiva, basada en razones de política-criminal, no excluye la naturaleza *esencialmente* de peligro común del art. 316.

En el contexto descrito, el referido “grado de afectación del bien jurídico protegido”, entendido por una parte de la doctrina como peligro efectivo (concreto) de la vida, salud o integridad física, no es relevante para la consumación del delito porque atiende a *otro momento* del hecho (no abarcado por la descripción típica). En otras palabras, si lo que el tipo penal desvalora es la indeterminada extensión del daño posible desde una perspectiva *ex ante*, pero a pesar de ello, se entiende que debe exigirse un resultado de peligro concreto, se cambia de ese modo el “eje de la tutela penal”, trasladando el núcleo del desvalor (peligro abierto) hacia el resultado.<sup>811</sup>

Esta crítica se ve acentuada porque además de requerir este resultado de peligro concreto, la doctrina (aún quienes admiten que este delito entraña un peligro común), no incluye como parte del análisis de la tipicidad, la exigencia de constatar en el caso de concreto, la configuración de un peligro colectivo, requiriendo únicamente para determinar la tipicidad de la conducta que por lo menos un trabajador (como sujeto individual) haya sido puesto en peligro concreto (pudiendo ser ese resultado, el

---

<sup>809</sup> ARROYO ZAPATERO rechaza la técnica del peligro abstracto porque entiende que “de ese modo se confronta al sujeto exclusivamente con la voluntad formal del legislador, mientras que en el de peligro concreto, se confronta al sujeto con “sus hechos”, con el peligro derivado materialmente de su actuar para personas dependientes de él” (*La protección...*, p.251). Creo sin embargo, que con la interpretación aquí propuesta, (delito de peligro hipotético), por un lado se agudiza la protección, ya que se confronta al autor con sus hechos, pero antes de que se produzca el resultado de peligro concreto y por otro lado, la exigencia de la aptitud lesiva de la conducta, descarta que se trate de una infracción meramente formal.

<sup>810</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE* pp. 880/81. El peligro abstracto comporta un peligro de características plurales e indeterminadas en los términos señalados al describir el peligro general acorde con el alcance dado al término “trabajadores” (DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario...*, p. 336).

<sup>811</sup> Por eso considero contradictoria la postura de MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, quienes admiten al mismo tiempo que se trata de un delito de peligro común y de peligro concreto (*Derecho penal de la construcción*, pp. 363 y ss.).

corolario de un peligro individual) .<sup>812</sup> En todo caso, sería más coherente exigir primero la existencia de un peligro colectivo (generado por la conducta) y en ese marco, requerir *además* esa circunstancia (peligro efectivo).<sup>813</sup>

Sin embargo, aun con esta modificación, esa postura sigue siendo objetable, en la medida que lo determinante para la intervención penal seguirá siendo en definitiva la existencia de un peligro concreto y no la creación de un peligro común.<sup>814</sup> Ello porque, estos “dos momentos” diferentes del hecho, constituyen hipótesis independientes, y por ende, habrá casos de peligro común donde no se produce un resultado de peligro concreto, que con esta interpretación quedarían fuera del tipo penal.

Con esta óptica, sería engañoso alegar que se exige el peligro concreto como “prueba de la gravedad o seriedad del peligro común”,<sup>815</sup> porque el peligro concreto como “grado de afección del bien jurídico protegido” y la gravedad del peligro común, responden a criterios diferentes. En efecto, uno de los parámetros que define la gravedad de un peligro colectivo está relacionado con la posible *extensión* del daño temido, frente a lo cual, el peligro concreto no puede ser representativo de esa gravedad. Por el contrario, un método adecuado para asegurar la intervención del Derecho penal en casos de *grave peligro* en el ámbito laboral, lo constituye la cláusula de idoneidad o aptitud, con el alcance y contenido que aquí se sugiere.

Es por toda la argumentación expuesta que la configuración del artículo 316 como un delito de peligro común, es evidentemente incompatible con la interpretación que exige a la vez, un resultado de peligro concreto.

---

<sup>812</sup> Se ha destacado esta falencia del tipo penal, al desarrollarse el tema relacionado al peligro común. En la interpretación del art. 316 aquí propuesta, ese análisis es necesario, porque si bien como se ha explicado, se trata de un delito de peligro común, también se ha considerado que debe abarcar casos de riesgo individual (que frente a las características del riesgo laboral, son hipótesis subsidiarias, pero no por ello deben quedar fuera de la protección adelantada del delito de peligro). La relevancia de este análisis, se pone de manifiesto sobre todo cuando deben resolverse situaciones concursales, en los casos de producción del resultado lesivo, además de la situación del riesgo grave del art 316.

<sup>813</sup> Aunque no se observa en la redacción del tipo penal una estructura compleja que “encastre” un peligro común y un peligro concreto. Es decir, no se hace una distinción en la redacción típica, siempre se refiere al mismo colectivo de “trabajadores”. En este sentido es muy interesante lo que sostiene DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, quien destaca que “se podría sostener que estamos no ante verdaderos delitos de peligro concreto para bienes jurídicos individuales -vida, salud e integridad física- sino *ante una forma peculiar de delito de peligro abstracto contra el bien jurídico supraindividual* (seguridad en el trabajo), en el que se requiere al menos un resultado de peligro concreto para asegurar la verdadera existencia de peligrosidad general de la conducta” (El delito contra la seguridad en el trabajo: algunos problemas del dolo y la imprudencia, concursales y relativos al artículo 318 del Código Penal, *Revista del poder judicial*, n° 80, 2005, p. 42).

<sup>814</sup> Más allá de los casos puntuales de riesgo individual.

<sup>815</sup> Ello, aun en el caso en que sí se constate previamente la configuración de un peligro general.

Por otra parte, la estructura típica de peligro general no puede usarse para sostener la irrelevancia de la cantidad de trabajadores puestos en peligro concreto, ya que sería sacarla de su contexto natural.<sup>816</sup> Ello así por cuanto, el peligro común sólo tiene sentido desde una perspectiva *ex ante* y no *ex post*, cuando ya se ha producido el resultado de peligro concreto (la determinación de los sujetos afectados por el peligro concreto) Antes de que el peligro se concrete respecto de algún integrante de la pluralidad indeterminada, es indiferente la cantidad de sujetos que la integran, pero luego del “tamiz” de la efectivización del peligro, sí es relevante, por cuanto ya no cabe hablar de pluralidad sino de *sujetos determinados* (y no da lo mismo que sea uno, dos, tres o diez). Bajo tales parámetros, en la exégesis de estos autores, lo coherente sería entonces aplicar las reglas propias de los delitos de resultado, donde un resultado *no puede absorber* a los otros.

Finalmente, cabe señalar que interpretar al artículo 316 como un delito de peligro abstracto-concreto, es consistente con la postura que aquí se asume respecto del bien jurídico protegido.

Como se ha explicado anteriormente aquí se postula un bien jurídico tradicional - exclusivamente individual- que se protege frente a nuevas formas de ataque.

Esta nueva modalidad de agresión a los bienes jurídicos individuales (vida y salud) constituye la contracara de la referencia doctrinal “seguridad laboral” (definida como “la ausencia de riesgos para la vida y salud del trabajador, dimanentes de las condiciones materiales de la prestación del trabajo”) y está representada en el *objeto de acción del delito* (“trabajadores” como pluralidad) y no en un bien jurídico colectivo. De ello se sigue que “inseguridad laboral”, en tanto nueva forma de ataque a los bienes jurídicos, no puede implicar entonces la puesta en peligro efectivo de *algún* trabajador, sino una situación de peligro que afecte a la pluralidad indeterminada de trabajadores.

Si esa “inseguridad laboral” es lo que el legislador pretende evitar, la técnica de tipificación adecuada a ese objetivo, no puede ser la del peligro concreto porque *no habría simetría entre forma de ataque al bien jurídico protegido y el mecanismo penal de protección*. Este mecanismo se estructura sobre la base de un diseño preciso del

---

<sup>816</sup> En este sentido se entiende que si son varios los sujetos afectados por el peligro concreto, debido a la estructura típica de peligro común, debe apreciarse un sólo delito, con independencia de cuántos sean los sujetos expuestos al riesgo (MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción*, pp. 490 y ss.)

objeto de acción, que debe responder a la clase de ataque que afecta al bien jurídico protegido, es allí donde debe lograrse la simetría, de lo contrario, se confunde la forma de ataque plural con un bien jurídico protegido colectivo. Por eso considero que el tipo penal adecuado, debe distinguir claramente la hipótesis principal del riesgo colectivo (en tanto “nueva modalidad de ataque plural” a los bienes jurídicos individuales que requiere una específica protección típica), donde el objeto de acción será la pluralidad indeterminada de trabajadores, de la hipótesis secundaria del riesgo individual -pero no menos trascendente desde el punto de vista político criminal-, donde el objeto de acción será el o los trabajadores determinados por la “selección” del empresario al momento de infringir la medida de prevención (en principio, personal).

Por último cabe aquí una doble reflexión final: cuanto más valioso sea el interés de la comunidad (bien jurídico) a proteger, tanto más podrá recurrirse a la prohibición de la puesta en peligro abstracto en lugar de a la puesta en peligro concreto.<sup>817</sup> Por otra parte, serán idóneos los delitos de peligro abstracto para la protección de bienes jurídicos, cuando según la forma y la intensidad de los ataques, sea necesaria su protección frente a peligros abstractos.<sup>818</sup>

#### **IV.5 El peligro “grave”<sup>819</sup>**

La doctrina y jurisprudencia al interpretar al artículo 316 como un delito de peligro concreto, fundamentan su postura en la referencia a la “gravedad” del peligro, que contiene el tipo penal.<sup>820</sup>

Esta posición es también sostenida por AGUADO LÓPEZ, quien a diferencia de la mayoría de los autores, sí desarrolla una argumentación. La autora parte de la base de que todo peligro castigado penalmente es necesariamente grave (ya sea abstracto o concreto), en virtud del principio de intervención mínima. Sin embargo, agrega que como el peligro es un concepto dependiente respecto de los delitos de lesión, pues su

---

<sup>817</sup> COMPAÑY CATALÁ, *La protección penal...*, pp. 26/27. El autor citado destaca que en el caso de la seguridad de los trabajadores, se trata de un bien jurídico doblemente constitucionalizado en el Derecho español (arts. 15 y 40 CE 1978), dicho interés de la comunidad (valor nacido del consenso) sería doblemente valioso y justificaría plenamente el adelantamiento de la sanción penal.

<sup>818</sup> AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad...*, p. 394.

<sup>819</sup> El legislador de 1995 ha introducido el adjetivo “grave” en referencia al peligro, connotación que no existía en el anterior art. 348 bis a), que sin embargo usaba el mismo término para connotar la infracción del deber de seguridad.

<sup>820</sup> Aunque por ejemplo ESCAJEDO SAN EPIFANIO, vincula el requisito de la gravedad con el bien jurídico protegido (*Actualidad Penal*, N° 38, nota 68).



finalidad es tratar de evitar la lesión del bien jurídico, si se pone en relación el peligro con el resultado lesivo, adquiere un significado distinto haber añadido “grave” al peligro, ya que dentro de la gravedad que exige el Derecho penal para tipificar una conducta peligrosa, existirán distintos niveles de ésta, dependiendo de su mayor o menor aptitud para lesionar el bien jurídico. Por ello, considera que estaremos en presencia de un peligro verdaderamente grave cuando esté realmente próximo al resultado lesivo, es decir, cuando sea efectivo e inminente.<sup>821</sup> Según su entendimiento, esto se producirá si en un determinado caso, se reúnen todas las condiciones necesarias que puedan causar el resultado y su evitación sólo pueda producirse a través de un acontecimiento casual. De este modo, concluye que todo peligro grave es jurídicamente un peligro concreto.<sup>822</sup>

Creo que el razonamiento de AGUADO LÓPEZ es correcto cuando expresa que un peligro concreto siempre es grave, pero esa afirmación no es cierta en el sentido contrario. Equiparar *grave* a *concreto* es restringir inapropiadamente al primero de los conceptos.

“Grave”, a diferencia de “concreto”, no es un término “técnico-jurídico” y por ende, su significado es menos preciso<sup>823</sup> y además es ambiguo, ya que admite dos criterios relevantes en la determinación de su contenido: el relativo a la proximidad del resultado temido, por un lado y el relacionado con la magnitud o severidad de ese resultado, por otro (extensión e intensidad del daño probable).<sup>824</sup>

---

<sup>821</sup> La autora descarta que se trate de un delito de peligro abstracto-concreto porque si bien puede cumplir con uno de los requisitos -proximidad del peligro para el bien jurídico-, no cumple con el otro, ya que en el tipo penal, ningún elemento nos indica que la constatación del peligro haya de realizarse con criterios generales -“aptitud para la producción del resultado lesivo”- y sin atender a las circunstancias del caso concreto (*El delito...*, p. 95). Ante esta afirmación, cabe señalar que tampoco hay elementos que señalen esto último.

<sup>822</sup> AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, pp. 96/97.

<sup>823</sup> Su significado, según el Diccionario de la Real Academia Española es “que tiene mucha entidad e importancia. Serio.”

<sup>824</sup> Este doble criterio para interpretar el término “grave” en este contexto de riesgo, es utilizado tanto por la normativa de prevención (LPRL), como por la doctrina (ver por ejemplo, LASCURAIN SÁNCHEZ, *La protección...*, p. 272/73; FARALDO CABANA, *El delito...*, p. 135; SALVADOR CONCEPCIÓN, *El delito...*, p. 140; RAMIREZ BARBOSA, *El delito...*, p. 140; De VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad...*, p. 94), la misma, *La respuesta...*, p. 89 y la jurisprudencia: SAP Madrid, 17.º.6/10/03; SAP Castellón, 1.º.29/12/05; SAP Alicante, 2.º. 2/02/11; SAP Tarragona, 2.º. 2/01/06, entre otras. Por otra parte, la “extensión”, refiere a la cantidad de trabajadores que podrían verse afectados por el resultado temido. En ese sentido, cuando la actividad que origina la lesión o pone en peligro determinados bienes jurídicos se realiza en el seno de una organización, que se estructura con arreglo a la división del trabajo, los resultados son cualitativamente más graves y cuantitativamente más abundantes (GALLARDO GARCIA, *Derecho y salud*, vol. 14, n.º 2, p. 267 y ss.).

Teniendo en cuenta estas características, *grave* es un concepto graduable, esto es, un peligro tendrá diferente nivel de gravedad dependiendo de si el posible resultado lesivo es más o menos “próximo” o es más o menos “severo”.

Por el contrario, *concreto* se define exclusivamente en base al criterio de proximidad y no admite grados, ya que representa la hipótesis de máxima proximidad posible (inminencia), antes de la producción del resultado lesivo probable y por ende, de máxima gravedad, *pero sólo en cuanto a este aspecto*. Es decir, “peligro concreto” es un caso particular de la categoría general “peligro grave”, ya que ésta abarca *otros* casos de “gravedad” diferentes, que no se relacionan con la inminencia del peligro.

Esta ambigüedad del concepto *grave*, genera muchas veces la incertidumbre acerca de cuál de estos dos aspectos están referenciados cuando en la redacción de un tipo penal se ha usado ese término y en este sentido, subyace la duda sobre si “proximidad” y “severidad” del resultado lesivo, constituyen condiciones “necesarias” o sólo “suficientes”. Es decir, si el precepto exige la presencia simultánea de ambas para poder considerar a un peligro como grave o si, por el contrario, basta con la de alguna de las dos.

Frente a este interrogante, no puede esbozarse *a priori* una regla hermenéutica general, sino que dependerá del contexto de cada estructura típica, el alcance dado por el legislador al término “grave”.

Dicho esto, ¿qué exégesis corresponde hacer del término *grave* en el artículo 316?

Creo que la interpretación correcta de esta referencia a la gravedad, debe abarcar la *expresión completa* que la contiene, integrada en el contexto típico descrito (y no aisladamente como hace la doctrina) y siguiendo las pautas fijadas en el capítulo anterior.<sup>825</sup>

De este modo, debemos partir de que la fórmula “*de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física*” (de los “trabajadores”), implica la puesta en peligro de una pluralidad indeterminada de sujetos pasivos, que según se ha explicado, es incompatible con la exigencia de peligro concreto.<sup>826</sup>

---

<sup>825</sup> Sobre todo las consideraciones relativas a la delimitación del objeto de acción -y su distinción respecto del bien jurídico protegido- en este delito de peligro.

<sup>826</sup> Aun cuando se incluyan supuestos de riesgo individual. Ver lo desarrollado anteriormente con relación al peligro común.

Por otro lado, cabe señalar que el tipo penal, al requerir expresamente un “peligro grave”, no se conforma con el peligro inherente (abstracto) a la conducta de no facilitar los medios de seguridad con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales, sustentado en un juicio de peligrosidad estadística. Este juicio, consiste en afirmar que reiteradamente repetido ese mismo comportamiento, con alta frecuencia acaecerá el resultado lesivo. Esta clase de peligrosidad, es ajena en su determinación a parámetros relativos a la proximidad de la lesión temida, por ende, el criterio para definir su gravedad será exclusivamente el vinculado a la magnitud de las consecuencias del resultado probable (severidad y extensión del daño).<sup>827</sup>

La “puesta en peligro” de una pluralidad indeterminada de trabajadores del art. 316, interpretada como una cláusula de idoneidad o aptitud, no refiere a una peligrosidad estadística, sino a una peligrosidad *ex ante*, que incorpora, a diferencia de aquella, un elemento que sí tiene que ver con la proximidad, ya que exige que en el caso concreto la conducta reúna, a juicio de un espectador objetivo, las condiciones materiales que permitan afirmar que *tan sólo la ausencia del objeto material de su radio de acción excluye un resultado de peligro*.<sup>828</sup> Es decir, no se trata de “inminencia”, sino del paso previo a ella.<sup>829</sup>

De lo expresado, se desprende que el calificativo “grave” sólo puede referirse entonces al aspecto relacionado con la magnitud del resultado temido (“severidad”), ya que la cuestión relacionada con la proximidad ya ha quedado “zanjada” por la interpretación que cabe darle a la expresión “puesta en peligro” de *los trabajadores*, en tanto colectivo indeterminado (cláusula de idoneidad). De allí, la importancia de no sacar de contexto al término “grave”, interpretándolo de modo aislado.<sup>830</sup> Su vinculación con la expresión “puesta en peligro” de *los trabajadores* así definida, brinda un parámetro esencial en el

---

<sup>827</sup> En este sentido, se ha señalado que también es posible distinguir niveles de gravedad en el peligro abstracto, por ejemplo, la fuga de un gas altamente nocivo en un almacén vacío y en un horario en el que habitualmente no hay gente -menos grave- (MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción*, pp. 427 y ss.).

<sup>828</sup> GÓMEZ TOMILLO, *LH Cobo del Rosal*, pp. 465 y ss.

<sup>829</sup> Este mismo razonamiento se aplica a los casos del o los trabajadores expuestos a un riesgo individual, que están determinados, pero antes del ingreso al radio del peligro (por la selección del autor).

<sup>830</sup> Como se verá a lo largo de todo este trabajo, es esa una crítica reiterada a la doctrina, que en general interpreta ciertos términos del art. 316, sin integrarlos a la expresión típica en la que están insertados y a la estructura general del precepto, llegando de ese modo, en muchos casos a resultados poco satisfactorios. Aquí se hace hincapié en la necesidad de hacer interpretaciones integrales, teniendo en cuenta el significado del término, pero en el contexto típico del precepto.

análisis, poniendo de manifiesto cuál de los aspectos que integran el concepto “gravedad” es el relevante en este caso.

Recapitulando, la consecuencia dogmática de interpretar a la “puesta en peligro” exigida en el artículo 316, como una cláusula de idoneidad, es que el *peligro grave* no puede representar la hipótesis de máxima proximidad del resultado lesivo (inminencia) que requiere que el sujeto pasivo haya ingresado en el radio de la acción peligrosa, ya que el momento de consumación del delito se produce antes (cuando estén dadas las *restantes* condiciones para que se produzca el resultado de peligro), por eso no puede entenderse como sinónimo de *peligro concreto*. Esta es la interpretación que cabe darle a la puesta en peligro de la pluralidad de trabajadores, en tanto objeto de acción (principal) de este delito.<sup>831</sup>

#### **IV.6 Situaciones de peligro individual**

En general, el incumplimiento de una medida de seguridad personal generará un riesgo *individual*: al no facilitarle a un trabajador un equipo de protección personal (casco, arnés, etc.) no se crea un riesgo general, para “los trabajadores”, sino sólo respecto de él.<sup>832</sup>

Cuando el riesgo es individual sí hay *progresión* entre el peligro abstracto-concreto, peligro concreto y finalmente resultado lesivo (lesiones o muerte) de *ese* trabajador. En efecto, en dicho supuesto, el objeto de acción del peligro individual *coincide con el objeto de acción de los delitos de homicidio y lesiones* (subsidiariedad).<sup>833</sup>

Por el contrario, cuando se incumple una medida de seguridad colectiva, el riesgo es en principio abierto o general: el peligro se basa en la potencialidad de lesión para la vida y salud como bienes individuales, pero no de un “otro” en particular, sino *plural e indeterminado*; la idoneidad de la conducta para poner en peligro no tiene en cuenta

---

<sup>831</sup> Digo “principal” porque el objeto de acción “subsidiario” es el trabajador (o los trabajadores) determinados, cuando se trata de un riesgo individual, que no es la situación más representativa de este sector de riesgos laborales, en tanto “ataque plural”.

<sup>832</sup> Como se ha señalado antes, puede también suceder, aunque sean casos muy aislados, que el incumplimiento de una medida de prevención general genere un riesgo individual, por ejemplo cuando haya un sólo trabajador en esa zona o sector de actividad laboral peligrosa y no exista la posibilidad de que otro u otros trabajadores accedan allí.

<sup>833</sup> Al existir progresión entre el peligro y el resultado dañoso de muerte o lesión del trabajador (mismo objeto de acción), sí puede decirse en este caso, que la puesta en peligro concreto implica *un mayor grado de afectación* del bien jurídico protegido (vida y salud). Por eso la interpretación del art. 316 como delito de peligro concreto sería coherente -más allá de que aquí se rechaza esa exégesis- si sólo se tratara de esta clase de riesgos (individuales).

características personales, o sea, abarca por igual a *todos los sujetos* con independencia de su mayor o menor resistencia al factor de riesgo del que se trate. En cambio, en el riesgo individual sí que es relevante la característica particular del o los trabajadores a quienes no se le brindan las medidas de seguridad personales: no es igual no brindarle una mascarilla para protegerse de un gas tóxico a una persona mayor que a un joven, o a quien esté más o menos entrenado para enfrentar ese riesgo y esto es así porque el incumplimiento de esa clase de medidas, supone o implica la *determinación* del trabajador en cuestión, entonces se tornan relevantes sus condiciones particulares y el *conocimiento* de éstas, por parte del empresario.

Resulta ilustrativo para este tema traer a colación la SAP Barcelona, 6°. 11/07/2002. En ese caso un empleado falleció, al ser aprisionado por una pinza paletizadora cuando se hallaba en el interior del recinto vallado de la cadena de producción, retirando adoquines que habían caído. Según el relato de los hechos, el trabajador estaba desde el día anterior a disposición de la empresa y su trabajo consistía en controlar los adoquines que pasaban por una cinta transportadora con el fin de sustituir los que no se encontrasen en buen estado. Los correctos entraban por una valla cerrada, denominada jaula, para ser empaquetados por una máquina denominada pulpo. A pesar de estar vallado el recinto por donde se producía la función de paletizar, quedaba un pequeño hueco entre la valla y la cinta portadora por el que, a pesar de estar prohibido, entraba algún trabajador a retirar los adoquines caídos (costumbre era habitual y tolerada en la empresa). El trabajador entró por ese hueco y, no funcionando los mecanismos de paro automático de la cadena de producción, fue atrapado por el pulpo muriendo en el acto.<sup>834</sup> Nótese que en este fallo, al señalarse que *“las principales causas detectadas del accidente son las de la deficiente información y formación del trabajador y que el cierre de la*

---

<sup>834</sup> Se sostuvo en la sentencia que “No se puede olvidar que el incumplimiento de la normativa de seguridad laboral ya supone, inicialmente, la infracción de una norma de cuidado. Era preceptivo que existiese una célula fotoeléctrica que, de comprobar el paso de alguien por la jaula, automáticamente parase el mecanismo del pulpo, lo que hubiese impedido el resultado lesivo. La célula estaba inutilizada, como lo acredita el informe de la Delegació de Treball. Pero este mismo expediente patentiza que las principales causas detectadas del accidente son las de la deficiente información y formación del trabajador y que el cierre de la valla no era absoluto”... “El primer nivel de la imputación objetiva del tipo imprudente requiere acreditar que la infracción de la norma de cuidado ha creado un riesgo típicamente relevante. Por ello hay que verificar *ex ante* si el no adoptar las medidas ya citadas ha creado un peligro para la vida del trabajador lesionado, considerando la infracción de la norma de cuidado. En el caso que nos ocupa hay que apreciar que el riesgo que existía para la vida e integridad si se entra en la jaula es evidente para cualquier persona, con mayor o menor formación específica. Tal es así que para acceder dentro del vallado o jaula, el trabajador tenía que superar, no sin dificultades, los límites de la jaula para entrar. La existencia de aperturas en las protecciones perimetrales que permitieron el accidente podrían tener entidad, a reserva de lo que se diga más adelante, para atribuir el delito contra la seguridad de los trabajadores, pero por sí mismo no puede decirse que permita afirmar la imputación objetiva del homicidio imprudente”... “los medios a los que se obliga en el art. 316 CP también tienen que ver con la formación específica en atención a los concretos riesgos. En una máquina con ciertos riesgos, no parece razonable poner a una persona inexperta sin suministrarle ningún tipo de formación al respecto. Esta falta de información adecuada por alguien que, como él mismo ha manifestado, tiene más de 25 años de experiencia en este tipo de empresas, ha generado un peligro concreto para el trabajador que lamentablemente falleció. La calificación efectuada por el Juzgador es estructuralmente correcta: estamos ante un delito del art. 316 en relación con el art. 317 CP.” Se hará un análisis más profundo de fallo emblemático, en el capítulo V.

*valla no era absoluto*”, puede verse con claridad las dos clases de riesgos (abierto e individual). En efecto, el riesgo general está representado en estas frases: la “existencia de aperturas en las protecciones perimetrales”, “el riesgo que existía para la vida e integridad si se entra en la jaula es evidente *para cualquier persona*, con mayor o menor formación específica” y que el ingreso a la jaula, era una “costumbre habitual en la empresa y tolerada por la dirección”. Por otra parte, el riesgo individual, fue el “tolerar” que el nuevo empleado, *sin formación ni entrenamiento* ingresara a esa zona vallada. El riesgo general afectaba a todos los trabajadores y era previo al peligro individual que implicó el ingreso de ese trabajador a la jaula, quien no tenía el entrenamiento necesario; seguramente no hubiera culminado en un desenlace dañoso si entraba en la jaula cualquiera de los otros trabajadores (de hecho lo hacían). Es notable como el tribunal, “tímidamente”, considera que ese peligro general o común resulta suficiente para aplicar el art. 316 CP y lo distingue del peligro que se configuró *una vez producido el ingreso del trabajador lesionado, y porque éste ostentaba un factor de riesgo personal (ausencia de formación)*, a diferencia de los demás empleados (quienes sí estaban expuestos al peligro abierto).

En el esquema aquí planteado (considerando al art. 316 como delito de peligro común), ¿qué corresponde hacer desde el punto de vista político-criminal, con las infracciones de las medidas de seguridad que generan un peligro individual? ¿deben ser incluidas en el delito de peligro específico (art. 316) o puede entenderse que el trabajador está debidamente protegido frente a esas conductas, con los mecanismos de protección penal ya existentes (tipo de tentativa de delito doloso y delitos imprudentes de homicidio y lesiones)? Veamos.

La tentativa idónea crea la misma clase de peligro que un delito de peligro concreto. Entonces, ¿cuál sería la diferencia entre un delito de peligro “diseñado” para estos casos (infracción de medidas de seguridad individuales) y la tentativa dolosa? (ello, más allá del diferente grado de evolución de peligro, en tanto delito de peligro abstracto-concreto).

Este interrogante pone sobre el tapete la problemática de la distinción entre dolo de peligro y dolo de lesión.

Hay opiniones favorables a la diferenciación entre el dolo de peligro y el de lesión y, consecuentemente, a la concurrencia, en un mismo supuesto, de dolo respecto a la situación de peligro e imprudencia con relación a la lesión posteriormente producida. Se aduce en este sentido, que el dolo presenta además de una vertiente cognitiva, otra volitiva, por lo que las diferencias entre el dolo de peligro y la imprudencia de lesión residirían en función del citado elemento, de manera que cuando el actuante es consciente de que genera una situación de peligro para un bien jurídico pero al mismo

tiempo, no desea que dicho bien resulte lesionado, no concurriría dolo de lesión, pero sí de peligro.<sup>835</sup>

Con otra perspectiva, otros autores entienden que el dolo se proyecta, no sobre los elementos del tipo objetivo, sino sobre la conducta típica, por lo que en el caso del homicidio, objeto del dolo no sería la muerte de una persona sino ya, la conducta que conlleva un riesgo no permitido de muerte y para la concurrencia del dolo no sería necesaria la presencia de elemento volitivo alguno, sino únicamente el conocimiento de que se crea un riesgo no permitido.<sup>836</sup>

Desde la postura aquí sostenida, es el suceso objetivo acaecido en el mundo exterior, la referencia del tipo subjetivo, de manera que el sujeto actuará con dolo si se representa las circunstancias integrantes del tipo objetivo de una ley penal y a pesar de ello actúa, con lo cual se hace acreedor de al menos, la pena de la tentativa. De ello se deriva que también en la imprudencia debe concurrir necesariamente, un efectivo conocimiento de una parte típicamente relevante de las condiciones del resultado de las que, según la valoración del ordenamiento jurídico, surge un peligro intolerable y por ello, la conducta imprudente es asimismo final, puesto que se dirige intencionadamente a la creación de un estado fáctico peligroso. La falta absoluta de conocimiento sobre los factores objetivos que van a determinar un estado fáctico peligroso determina la inexistencia de imprudencia, mientras que el conocimiento de un número de circunstancias más amplio, a partir del cual se va a generar un suceso con gran probabilidad de culminar en lesión, supondrá la concurrencia de dolo.

Entonces, si partimos de que el tipo subjetivo supone conocimiento de una serie de circunstancias objetivas de las que surge un riesgo elevado de lesión, es decir, absoluta

---

<sup>835</sup> Del CASTILLO CODES, *RDP n° 19, 2006*, p. 29. En este sentido se han señalado las siguientes diferencias entre el delito de peligro concreto tipificado y la tentativa idónea: para que concurra el resultado de peligro en aquellos, se exige la imposibilidad de dominar el curso del peligro, que el resultado no se haya producido por azar y que el peligro sea inminente. Estas exigencias, que tienen el sentido de requerir mayor intensidad en el peligro, no son necesarias en la tentativa porque en ésta concurre *voluntad* de producir la lesión típica y ésta supone un factor de peligrosidad del hecho que no concurre en los delitos de peligro concreto. Así, requerir que en un delito de peligro concreto el hecho haya escapado al control del sujeto, tiene sentido porque se parte de que éste no quiere producir la lesión y por tanto, tratar de evitarla si mantiene el control del hecho, en cambio que el autor de la tentativa controle el hecho, no disminuye las posibilidades de que se produzca la lesión, sino que en principio, las aumenta, puesto que el sujeto usará su control para conseguir la lesión. (MIR PUIG, *Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo código penal*, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 03-06 (2001), pp. 11/12).

<sup>836</sup> FRISCH, citado por Del CASTILLO CODES, *RDP n° 19, 2006*, p. 28, nota 55. En una postura similar, LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, Valencia, 1999, pp. 242 y ss.

inseguridad sobre la suerte que puede correr un determinado objeto, el título de la imputación -dolo o imprudencia- dependerá de la *intensidad* de dicho conocimiento, el cual por su parte no condiciona en modo alguno que el suceso aboque hacia la lesión, pues el mismo se valora en el momento de la acción y no después. De ello resulta que la imputación de un resultado dañoso a título de dolo, requerirá que el sujeto haya actuado con un conocimiento propio de dicha modalidad, es decir un conocimiento amplio de los factores de riesgo. Ahora bien, cuando el proceso causal incierto no culmina en lesión alguna, sino que todo acaba con un estado de hecho concretamente peligroso porque algún objeto ha quedado seriamente amenazado, se sigue el mismo criterio: habrá tentativa dolosa cuando el conocimiento del sujeto, en el momento de terminar su actuación, era tan amplio que la lesión aparecía como muy probable, mientras que deberá ser calificado como delito de peligro si el conocimiento era menor, propio de una conducta imprudente, por lo que el llamado “dolo de peligro” *es plenamente coincidente con el tipo subjetivo de la imprudencia*. En este razonamiento, a través de los delitos de peligro individual se tipifican *imprudencias que no culminan en lesión*, ya que las conductas dolosas sin resultado lesivo se encuentran plenamente cubiertas a través de la tentativa de lesión.<sup>837</sup>

Es en este contexto donde se observa la relevancia del conocimiento por parte del empresario de las características propias del *trabajador determinado* (factores de riesgo) que pueden llevar a crear en el caso, un peligro intolerable: si en esa situación, a pesar de ello el autor omite cumplir con la medida de seguridad individual, se configurará la situación propia de la tentativa. En esos casos, existe una vinculación subjetiva más intensa entre el autor y el bien amenazado, que no está presente en el caso de las actuaciones que conllevan un riesgo genérico -que afecta a la pluralidad indeterminada de trabajadores (infracción de las medidas de seguridad colectivas)-.

---

<sup>837</sup> Las diferencias entre el tipo subjetivo del delito de peligro y el dolo de lesión, son las mismas que entre la imprudencia y el dolo eventual, de manera que cuando la relación subjetiva entre el actuante y el resultado lesivo sea de carácter imprudente, nos encontramos ante un delito de peligro, mientras que si dicha vinculación es propia del hecho doloso -aunque sea eventual- estaremos ante una tentativa dolosa. De todo esto se deriva la posibilidad de que ante una acción causante de un resultado dañoso, concurra dolo respecto de la situación fáctica generadora del riesgo e imprudencia con relación al resultado lesivo y ello sucederá cuando el sujeto actúa siendo plenamente consciente de que su actuación va a dar lugar a una situación de hecho que, según un juicio de pronóstico, provoca un riesgo no permitido de lesión, pero dicho riesgo no alcanza la intensidad suficiente como para imputar el resultado que el mismo provoque a título de dolo eventual (Del CASTILLO CODES, *RDJ n° 19, 2006*, pp.31/33).



En este marco descripto, pueden distinguirse dos situaciones extremas: la infracción de la medida de seguridad individual, donde el empresario haya actuado con un conocimiento *tan amplio* de las circunstancias de riesgo concurrentes en el caso concreto, que podrá imputarse el resultado de peligro a título de dolo (tentativa), y el supuesto en el que el conocimiento es menos amplio, pero se produce el *resultado dañoso*, imputable a título de imprudencia (delito de homicidio y/o lesiones).

Ahora bien, creo que este esquema jurídico no alcanza a cubrir las situaciones de peligro individual que -aunque no constituyen las hipótesis más características de peligro (común)- se configuran en el ámbito de los riesgos laborales.

En efecto, creo que en la mayor parte de los casos, el empresario no tendrá un conocimiento tan intenso de los factores de riesgo personales que justificarían la aplicación de la tentativa. Por eso entiendo que la relevancia penal debe extenderse a las infracciones de las medidas de prevención que sean aptas para generar un perjuicio grave de la vida y salud del trabajador expuesto al peligro individual, *teniendo en cuenta la lesividad potencial de la infracción para el “trabajador medio”*. Con esta lógica, entiendo que esas situaciones se encuentran abarcadas en el art. 316, en tanto delito de peligro abstracto-concreto.

Con la interpretación aquí propuesta, de abarcar en el precepto los casos de peligro individual (antes de la configuración de un peligro concreto), la tipicidad se extiende a casos definidos como “tentativas imprudentes”, en las que no hay una vinculación subjetiva fuerte entre el autor y el hecho (que justificarían una tentativa) y tampoco la producción de un resultado lesivo dañoso -muerte o lesiones- que configurarían un delito imprudente de resultado. En este escenario, podría criticarse que se trata de conductas irrelevantes político criminalmente para el Derecho penal, como sostiene cierto sector doctrinario.<sup>838</sup>

---

<sup>838</sup> En el ámbito del delito doloso, la creación de un riesgo *controlado* que se sabe que sólo puede lesionar a una persona o a un número determinado de personas, sólo cobra relevancia desde el punto de vista de los delitos puros de resultado -homicidio, lesiones- (FEIJOO SÁNCHEZ, *La Ley*, n°1, 1997, pp. 2004 y ss.). En este sentido, se ha señalado que la menor vinculación subjetiva del autor imprudente con su hecho hace que el legislador sólo se vea legitimado a contemplar una pena cuando efectivamente se ha consumado el delito, en caso contrario podría ser dudoso, por ejemplo, en los delitos de resultado, si en algunos supuestos el “autor imprudente” no tenía razón al considerar que las reglas generales de imprudencia no eran necesarias en ese caso concreto. Esta duda afectaría a la legitimidad de la intervención del Derecho penal, por lo que el legislador prefiere omitir en general la intervención del Derecho penal si el delito imprudente no se consuma, cosa que no sucede con el delito doloso, donde ya es evidente la infracción de la norma de conducta en la tentativa (FEIJOO SÁNCHEZ, *Ibidem*).

Sin embargo, considero que en un ámbito especialmente lesivo como el de los riesgos laborales, es necesario que esas situaciones estén también abarcadas por la tutela penal, atendiendo a la relevancia de los bienes jurídicos expuestos (vida y salud de los trabajadores), la desigualdad estructural del vínculo laboral y el estado de vulnerabilidad que caracteriza a la posición del trabajador en este contexto de riesgo.

## **V. Consecuencias de interpretar al art. 316 como delito de peligro abstracto-concreto**

Los problemas generados por la interpretación del art. 316 como de peligro concreto que han sido aquí señalados, tanto desde el punto de vista dogmático, como probatorio pueden superarse con la exégesis aquí propuesta de delito de peligro abstracto-concreto.<sup>839</sup> Desde esta óptica, a pesar de que la doctrina casi unánime considera al precepto citado como de peligro concreto, algunos autores destacan las ventajas que en este sector de riesgos laborales tendría la configuración de un delito de peligro abstracto.<sup>840</sup> Una situación similar sucede en la jurisprudencia con algunos pronunciamientos aislados, que rechazan la interpretación de peligro concreto.<sup>841</sup>

---

<sup>839</sup> Con los delitos de peligro abstracto se gana concisión y facilidades para la constatación judicial del hecho delictivo, en definitiva se gana seguridad jurídica en la práctica. Con los de peligro concreto se pierde precisión pero se gana legitimidad a la hora de dictar una resolución condenatoria en un caso concreto. Estas son dos alternativas político-criminales extremas. Pero es posible seguir un camino intermedio. Muchas veces la doctrina y jurisprudencia convierten los delitos de peligro concreto en delitos de peligro abstracto-concreto por razones de eficacia y practicabilidad. Es mucho más fácil constatar la consumación del hecho haciendo referencia a normas generales de la experiencia y abstrayendo las diversas circunstancias que condicionan un hecho concreto -sobre todo en casos donde las circunstancias que configuran la situación peligrosa son irrepetibles-. Asimismo, los delitos de peligro abstracto ofrecen grandes ventajas por su mayor independencia de la casualidad que los delitos de lesión o peligro concreto. En éstos, el infractor de la norma puede verse beneficiado casualmente por la ausencia del resultado típico sin que se haya ganado ese beneficio. Por ello, las prohibiciones o mandatos implícitos en los delitos de peligro abstracto, no se pueden considerar ilegítimos en un Estado de Derecho. Los problemas de legitimidad se presentan en la medida en la que se contempla la intervención del Derecho penal contra la infracción de normas que sólo buscan garantizar ciertas condiciones de seguridad. Cuanto más concreta sea la peligrosidad exigida para bienes jurídicos individuales, menos problemas plantea la intervención del Derecho penal en detrimento del derecho administrativo sancionador. Además, el elemento típico del resultado de peligro concreto, plantea desde el punto de vista dogmático serios problemas que afectan a la seguridad jurídica. Hay una discusión doctrinal abierta que ha generado una gran polémica sobre el momento de la consumación de los delitos de peligro concreto (FEIJOO SÁNCHEZ, *RDP*, 2008-1, pp. 99/102).

<sup>840</sup> ESCAJEDO SAN EPIFANIO pone de manifiesto que la opción del peligro concreto tiene su origen en el anterior artículo 348 bis a) y fue debida a los prejuicios existentes para con los delitos de peligro abstracto, criticados por ser ilícitos formales. Estos prejuicios y la ineficacia de ese precepto para hacer frente a la creciente siniestralidad laboral han merecido la crítica de haber mantenido un delito de peligro concreto en un campo en el que sólo los delitos de peligro abstracto pueden ser eficaces. Asimismo, la autora destaca que la concreción, de *lege ferenda*, de las medidas cuya no facilitación implica ya un peligro grave, aportaría una mayor seguridad jurídica que la exigencia de peligro concreto (*Actualidad Penal*, nº 38, 2000, pp. 801 y ss.). En este sentido, CORCOY BIDASOLO ha dicho que: “Habría que preguntarse hasta qué punto es necesario esta configuración como delito de peligro concreto y si no sería mejor la estructura de peligro abstracto, aun cuando luego se limitaran las modalidades de conductas típicas objeto de prohibición, en atención, al grado de peligro en abstracto, incriminando únicamente

En efecto, en primer lugar interpretar al artículo 316 como un delito de peligro abstracto-concreto aporta, entre otras ventajas, mayores perspectivas de un control estatal eficiente, permitiendo intervenir sobre condiciones previas al suceso delictivo, que todavía garantizan un alto grado de eficacia a la acción estatal.<sup>842</sup> De este modo, ese

---

aquellas especialmente peligrosas, en el sentido de elevada probabilidad objetiva de lesión, y exigiendo que, en el caso concreto, se pruebe la concurrencia de un peligro objetivo idóneo, *ex ante* y *ex post*, para la seguridad e higiene de los trabajadores, tipificación que revestiría especial importancia en los supuestos en los que se derivan lesiones para la vida o salud de los trabajadores no imputables objetivamente a esa lesión de la seguridad e higiene de los trabajadores, por la concurrencia de diversos riesgos en la producción de los resultados de lesión” (*Delitos de peligro...* pp. 247/48). Concluyendo que “De *lege ferenda*, si se quiere que verdaderamente la intervención penal sea eficaz, se deberán incriminar las conductas especialmente graves para la seguridad e higiene en el trabajo, como delitos de peligro abstracto” (*Delitos de peligro...*, p. 228). En la misma dirección, BAYLOS TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal...*, p. 116, también, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, pp. 880 y ss. Por su parte, HERNÁNDEZ BASUALTO sostiene que desde un punto de vista operativo el delito de peligro abstracto es la alternativa preferible, a condición de que se pueda avanzar en una razonable precisión y delimitación de las conductas relevantes (*Derecho penal laboral*, p. 80).

<sup>841</sup> La jurisprudencia mayoritaria también entiende que se trata de un delito de peligro concreto. No obstante existen algunos pronunciamientos judiciales que lo consideran como delito de peligro abstracto. En este sentido, la SAP Baleares, 1º. 17/05/00, establece que “esta figura delictiva, en tanto en cuanto, pretende la prevención de riesgos laborales constituye un delito de mera actividad o de peligro abstracto y no de resultado” En igual sentido, SAP Teruel, única 27/09/02; SAP Baleares, 1º. 30/06/03; SAP Lleida, 1º. 29/06/12.

También ha sido interpretado como un delito de peligro abstracto-concreto, en la SAP Madrid, 17º. 6/10/03, en estos términos: “El resultado de la omisión es la creación de un peligro grave para la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores. Repasando la bibliografía especializada, se comprueba la existencia de una opinión que califica este tipo delictivo como de peligro concreto. La comparten las Sentencias 1036/2002, de 4 de junio y 1654/2001, de 26 de septiembre. Sin embargo, en el art. 316 basta con que la falta de facilitación de medios ponga “en peligro grave” la vida, salud o integridad física de los trabajadores, sin calificar si ese peligro ha de ser concreto o abstracto. Cuando en el Código Penal se tipifica como delictiva una conducta generadora de riesgo, sólo se adjetiva el peligro creado cuando éste es concreto. Se comprueba comparando los arts. 316, por un lado, y 350 (en relación con los precedentes 348 y 349), por otro; y, en otro contexto análogo, los 379 y 381. Tal vez confunden -los defensores de la necesidad de concreción del peligro exigido por el artículo 316- “peligro concreto” (cuyo antónimo es peligro “abstracto” o “general”) y peligro “para bienes concretos e individualizados” (frente a peligro para bienes o intereses colectivos o difusos). Si la ausencia de medios implica que los trabajadores han de realizar sus tareas en un “estado de peligro” para su vida, su salud, o su integridad física, se colman las exigencias del tipo. No es preciso que, además, uno o varios operarios se hayan encontrado en una situación en que concretamente corrieron peligro aquellos bienes. Obligar a trabajar sobre una plataforma inestable colocada a considerable altura constituye un peligro relevante para los trabajadores que han de subir a ella, aunque no se concrete ese estado peligroso en una situación en que la vida o la integridad de alguno de ellos haya corrido efectivo peligro; por ejemplo, si la plataforma se ha desprendido y ha estado a punto de caer. Para entender que se produjo un resultado de peligro concreto, habría que interpretar (interpretación que no se puede rechazar radicalmente, aunque no se comparta, por entender que se opone el alcance semántico del concepto de peligro concreto) que el mero hecho de que los trabajadores subieran a las plataformas para realizar sus tareas ya los ponía en riesgo concreto de fallecer o de sufrir lesiones en caso de desprendimiento.”

<sup>842</sup> Esas mayores perspectivas derivan de.

- 1) de un control centralizado de los riesgos inherentes a ciertos tipos de acciones, y
- 2) de las ventajas que plantea la reducción de los presupuestos de la punibilidad. Los delitos de peligro abstracto reducen los presupuestos que hay que comprobar en un proceso penal para imponer pena y esto es ventajoso en términos de prevención o protección del bien jurídico. Ello, toda vez que no es preciso demostrar una afectación sobre el objeto de protección, un nexo causal entre la acción y el resultado, ni una relación subjetiva respecto de estos factores. En el proceso, únicamente será necesario recolectar evidencia acerca de que el autor realizó la acción -con dolo o imprudencia- o produjo la situación redactada en el tipo (KISS, A., *El delito de peligro abstracto*, BsAs, 2011, pp. 49/51).

control impide la realización de una acción peligrosa, a pesar de que el autor esté convencido de la inocuidad de su obrar. Es decir, se anticipa a un pronóstico equivocado del autor del hecho.<sup>843</sup> Esta circunstancia adquiere particular relevancia respecto del empresario infractor de las medidas de prevención de riesgos laborales, que confía en que, a pesar del incumplimiento “no pase nada”.

Esas ventajas se ponen de manifiesto también, debido al carácter “puertas adentro” de estas infracciones, que las hace menos visibles para el sistema, y especialmente a la escasez de denuncias desde el interior de las empresas, tanto por temor a perder el empleo, como por grados más o menos variables de identificación de los trabajadores con su fuente de trabajo.<sup>844</sup>

Asimismo, existen argumentos de política criminal que respaldan la exégesis que aquí se sugiere, ya que el mandato penal no puede esperar del empresario sino que adopte medidas tan esenciales que, aun sin una situación de peligro inminente, impliquen ya una seria lesión de la seguridad de los trabajadores.<sup>845</sup> De otro modo, o sea, entender que el legislador penal ha previsto la aplicación de medidas penales sólo para los casos en que el incumplimiento grave se traduzca en un resultado de peligro, cosa que no depende ya del empresario, la posibilidad de motivación de la norma queda en entredicho. Y ello, porque en los casos en que un incumplimiento grave del empresario no se tradujese en un resultado de peligro concreto, en tanto no quedarían incluidos en

---

<sup>843</sup> KISS, *ibídem*.

<sup>844</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, *Derecho penal laboral*, pp. 47/86. En cuanto a los mecanismos colectivos de autoprotección de los trabajadores a través de la organización sindical, ocurre que los sindicatos más fuertes se encuentran en las empresas más grandes, que son precisamente aquellas que exhiben los mejores niveles de seguridad. En cambio, en las medianas o pequeñas empresas, que son las que concentran en mayor grado la contratación de mano de obra, los sindicatos débiles no pueden impedir que la seguridad en el trabajo se convierta en “moneda de cambio” para mejoras económicas o estabilidad en el empleo (HERNÁNDEZ BASUALTO, *ibídem*).

<sup>845</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO destaca respecto del peligro abstracto que si bien son delitos dolosos desde un punto de vista técnico, materialmente no son más que el adelantamiento instrumental del momento consumativo de un delito imprudente de lesión, esto es, constituyen verdaderas “tentativas imprudentes especialmente tipificadas”, con el objeto de hacerlas punibles con prescindencia de la producción del resultado lesivo en el caso concreto, son dolosos en el mismo sentido en que generalmente es dolosa la infracción de la norma de cuidado que constituye la imprudencia respecto del resultado lesivo del delito culposo. Concluye el autor que, si esto es así, no se aprecia porqué un tipo de estas características debería tener una capacidad de motivación significativamente mayor de la que tiene el delito imprudente de resultado, máxime si en estos casos se prescinde también de la función de confirmación de la racionalidad y justificación de la norma de conducta que precisamente el resultado típico está llamado a cumplir (*Derecho penal laboral*, p. 78). Ese razonamiento merece una doble reflexión: en primer lugar es cierta la naturaleza de “tentativas imprudentes”, pero sólo respecto de los casos de peligro individual -y no colectivo-. En segundo término, y con relación al cuestionamiento sobre la motivación, cabe decir que con la intervención penal en ese momento (peligro abstracto-concreto), la respuesta penal se adelanta al juicio de pronóstico que hace el empresario al incumplir las medidas de seguridad, confiando en que el accidente no se producirá.

ese tipo penal, se estaría premiando al empresario que probó suerte con la vida de otros y acertó en su previsión respecto de las consecuencias que su incumplimiento podía tener. Esta segunda acepción contradice, la tarea de prevención encomendada al Derecho penal.<sup>846</sup>

El Derecho penal no puede pretender como fin primordial impedir la lesión de los bienes jurídicos, sino únicamente determinadas formas de actuación a través de las cuales la integridad de tales bienes no puede ser racionalmente asegurada, es decir aquellas conductas humanas que de modo consciente, desprecian los derechos más importantes de la persona humana o bien de las condiciones esenciales de la organización social. En la persecución de este objetivo, se distinguen tres niveles: en el primero el legislador realiza una valoración positiva sobre bienes jurídicos concretos, como la vida, la salud, etc., en el segundo nivel se desvaloran aquellos procesos que puedan menoscabar los objetos antes mencionados. Finalmente, en el tercer peldaño se encuentra la conducta humana que conscientemente pone en marcha los procesos lesivos del segundo nivel. Las normas jurídicas sólo pueden dirigirse *con eficacia* a este último elemento, ya que el poder motivador de la norma termina allí donde el sujeto ha hecho todo lo que consideraba necesario para alcanzar la meta anhelada y de ello se deriva que al ilícito penal resulta ajeno todo aquello que vaya más allá de la decisión de voluntad del actuante.<sup>847</sup>

Y es así que bajo la perspectiva *ex post*, propia del delito de peligro concreto, las circunstancias a tomar en consideración son las conocidas con posterioridad al hecho, pero en cualquier caso, lo que las define, es su independencia respecto de la propia acción. No son las circunstancias relativas a la conducta las que interesan en este juicio, sino únicamente las que se refieren a la situación de riesgo que resulta de ella. Por lo tanto, este análisis *ex post* sólo recae sobre elementos ajenos, externos al comportamiento peligroso mismo, que es el que se quiere desalentar (incumplimiento empresarial de la norma de prevención, idóneo para provocar un perjuicio grave en los bienes jurídicos vida y salud de los trabajadores).<sup>848</sup>

Además de las ventajas señaladas, la interpretación del art. 316 como delito de peligro abstracto-concreto genera dos importantes consecuencias que serán abordadas en los siguientes apartados.

## **V. 1 irrelevancia de la tipificación imprudente del delito de peligro (art. 317)**

En la interpretación del art. 316 como delito de peligro concreto, lo correcto es exigir que el dolo abarque todos los elementos del tipo, concretamente: la infracción de las

---

<sup>846</sup> ESCAJEDO SAN EPIFANIO, *Actualidad Penal*, n° 38, 2000, pp. 801 y ss.

<sup>847</sup> Del CASILLO CODES, *RDP n° 19, 2006*, pp. 11 y ss.

<sup>848</sup> MAQUEDA ABREU, La idea de peligro en el moderno Derecho penal. Algunas reflexiones críticas a propósito del Proyecto de Código Penal de 1992, *Actualidad Penal*, n°26/27, 1994, pp. 481 y ss.

normas de prevención de riesgos laborales, la no facilitación -por el legalmente obligado- de los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas y también *el resultado de peligro grave* para la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores.<sup>849</sup> Ello no quiere decir que el dolo haya de extenderse también al -eventual- resultado lesivo. Sino que basta con que el sujeto conozca -y admita- que con su infracción y omisión pone en peligro concreto los mencionados bienes jurídicos.<sup>850</sup>

Desde esta óptica, la necesidad y conveniencia de la versión imprudente del delito contra la seguridad de los trabajadores (cuando no pueda constatarse el dolo respecto del resultado de peligro) ha sido admitida en general por la doctrina,<sup>851</sup> salvo por un

---

<sup>849</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *RPJ*, n°80, 2005, p. 19. Sin embargo, para la jurisprudencia basta que el dolo abarque la infracción de la normativa y la omisión de la facilitación de las medidas (conducta peligrosa), sin que parezca necesario que se extienda al resultado de peligro grave. En ese sentido, la SAP Madrid, 17°. 15/02/2010, tratando de distinguir el tipo subjetivo del art. 316 y del art. 317, señala que “el dolo para este delito de peligro no es el asumir el que por esa omisión los trabajadores puedan lesionarse gravemente o morir, sino simplemente el admitir que se incumple el establecimiento de una medida de seguridad esencial para el desarrollo de la industria de la construcción”... “sólo hubiera sido posible tipificar la actuación de los empresarios condenados como supuesto culposo, si los mismos no hubieran tenido conocimiento de la omisión de las medidas de seguridad (debiendo haberlo tenido por su responsabilidad como empresarios) o no hubieran conocido la trascendencia de esa medida de seguridad (debiendo también haberla conocido por su responsabilidad, empresarios).” Por su parte, en la STS 27/06/2000, se entiende que procede la imputación a título doloso cuando el sujeto obligado no adopta ninguna medida y la imputación a título imprudente, cuando adopta medidas, pero insuficientes o defectuosas, postura seguida por: SAP Vizcaya, 1°.13/09/2007; SAP Madrid, 6°.16/07/2004, entre otras (MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA califican esa jurisprudencia de inadecuada y dogmáticamente incorrecta, *Derecho penal de la construcción*, pp. 483 y ss.).

<sup>850</sup> El dolo de peligro concreto no debe identificarse con el de lesión. Si ambos se confundieran, la existencia de un inminente peligro grave de muerte o lesiones, cuando el dolo -al menos eventual- abarca el resultado lesivo, abocaría, aunque con ciertas matizaciones, a la apreciación de una tentativa de homicidio o lesiones (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *RPJ*, n°80, 2005 p. 20).

<sup>851</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, pp. 403 y ss y pp.409 y ss.; BAYLOS/TERRADILLOS, *Derecho penal...*, p.123; NAVARRO CARDOSO, *Los delitos...*, p.160; AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, pp. 401 y ss.; De VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad...*, pp. 99 y ss., TERRADILLOS BASOCO, *La siniestralidad...*, pp. 97 y ss. En esa dirección, se ha señalado que la punición del comportamiento imprudente responde a una imperiosa necesidad político-criminal, pues sólo el recurso añadido a esta vía permite la adecuada protección de la seguridad e higiene en el trabajo, cuya lesión dolosa es difícilmente constatable por la distancia espacio-temporal y orgánica que separa frecuentemente a quien decide de quien ejecuta (De VICENTE MARTÍNEZ, *La respuesta...*, p. 92, y en igual sentido. SAP Castellón, 3°. 3/09/2002). “La no inclusión de la modalidad imprudente, habría dejado un margen importante de impunidad que habría lastrado notoriamente la protección de la seguridad en el trabajo” (SAP Pontevedra, 4°. 24/04/2012). Según esta sentencia, la previsión legal de un tipo imprudente en esta materia (art.317), pretende establecer con claridad que son punibles los casos en que se infringen normas de seguridad e higiene y se genera un peligro objetivamente previsible “pero no previsto, querido, ni buscado por el autor, lo que...se aprecia en el presente caso en el que se ha constatado que no se pusieron a disposición del trabajador las concretas medidas de protección que hubiera podido evitar el hecho dañoso que ni fue representado ni querido por el acusado.” La doctrina que se pronunció sobre el tema, entiende que el art. 317 abarca estos casos: a. conducta dolosa respecto a la infracción normativa-gravemente imprudente respecto del resultado y b. conducta gravemente imprudente respecto de la

sector doctrinal minoritario.<sup>852</sup> Integrando este segundo bloque, HORTAL IBARRA se ha expresado en contra de la tipificación del art. 317, partiendo de una concepción puramente cognoscitiva del dolo, en la que el dolo eventual prácticamente se equipara a la culpa con representación. Atribuye a la adhesión de la doctrina dominante a una teoría volitiva del dolo, la incorrecta concepción de ésta de diversos supuestos como “gravemente imprudentes” (art. 317) cuando según su exégesis, concurren elementos para imputar a título doloso (art. 316).<sup>853</sup> En su esquema de pensamiento, entiende que en el art. el 316 hay dolo cuando el obligado sabe que no ha facilitado los medios de prevención adecuados a los trabajadores y es consciente además, de que como consecuencia de ese incumplimiento, pone en peligro concreto los bienes jurídicos tutelados. Sin embargo, deduce automáticamente el dolo de peligro concreto del hecho de que el obligado sea consciente de que no ha facilitado a los trabajadores, los medios de protección necesarios, señalando que en tales casos el sujeto “no puede confiar racionalmente en la no puesta en peligro de la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores.”<sup>854</sup> De ello se desprende que su postura apunta a la imposibilidad de apreciar la confianza racional en la no producción del resultado de peligro concreto, una vez que el sujeto es consciente del peligro.<sup>855</sup>

Ante este razonamiento, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO señala, compartiendo la posición de LUZÓN PEÑA, que en los delitos de peligro concreto, el peligro (concreto) es un resultado *separado* de la propia acción peligrosa y el dolo requeriría una aceptación de ese resultado adicional que será diferente a la simple conciencia de la posibilidad de producir ese resultado. En base a ello, concluye que sin duda habrá casos -aunque infrecuentes- de conocimiento de peligro en que el obligado *pueda confiar en su no producción*. En ese sentido, el autor destaca que eso ocurre por ejemplo cuando el obligado conoce la infracción, pero no la situación fáctica de la obra o instalación (no se

---

infracción normativa-gravemente imprudente respecto del resultado de peligro (MARTÍN LORENZO/ORTIZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción*, p. 383 y ss.).

<sup>852</sup> CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 306 y ss., HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, pp. 203 y ss.

<sup>853</sup> Señalando además que la tipificación del delito imprudente es negativa porque impide la diferenciación del ilícito administrativo y penal, *Protección penal...*, pp. 209 y ss. y pp. 221 y ss.

<sup>854</sup> Y cuando ese riesgo no controlado sea especialmente elevado y lo conozca fehacientemente el empresario, se podría incluso condenar por un concurso de delitos del art. 316 y de tentativa de lesiones o de homicidio con dolo eventual, pues no sólo concurriría dolo de peligro sino también dolo eventual de lesión (*Protección penal...*, pp. 223/4).

<sup>855</sup> Nótese, que es en el elemento de la “confianza racional” del autor en que no se produzca el resultado, donde se centra en gran medida el debate entre la concepción cognoscitiva y volitiva del dolo, tanto en lo que respecta a los niveles de exigencia de la racionalidad de la confianza del autor, como en lo que atañe a las consecuencias que genera.

percata que habrá huecos protegibles, al menos en una primera fase de la obra) o no conoce el mal estado de una terraza o confía porque lo no ofrecido es secundario y piensa que no habrá peligro o el peligro nunca será grave, o porque cree erróneamente que las labores aun no han comenzado o han concluido ya o piensa que no hay trabajadores en una obra, etc.<sup>856</sup>

Sentado lo expuesto, con la interpretación aquí propuesta de considerar al art. 316 como delito de peligro abstracto-concreto, está claro que no es necesario un tipo paralelo imprudente “flanqueante”, ya que la consumación no requiere la configuración de un resultado de peligro separable de la acción peligrosa.<sup>857</sup> En este esquema, el dolo del autor sólo debe extenderse a la conciencia de la *aptitud de la conducta peligrosa para lesionar (gravemente)* los bienes jurídicos vida y salud de los trabajadores.

## **V.2 La problemática concursal entre el delito de peligro (art. 316) y el delito de lesión**

Cuando de la conducta descrita en el tipo penal del artículo 316, se deriva un resultado lesivo, como la muerte o lesión de uno o más trabajadores, ¿qué regla concursal debe regir el supuesto?

Frente a ese interrogante, la doctrina y la jurisprudencia han desplegado diferentes respuestas, sobre la base de distintos fundamentos.

Pueden distinguirse las siguientes posturas:

En primer lugar aquella que entiende que cuando como consecuencia de la infracción de las normas de prevención de los riesgos laborales se produzca el resultado que se pretendía evitar con ellas, la muerte o lesiones del trabajador, el delito de resultado absorberá al de peligro (art. 8.3 del C.P.) como una manifestación lógica de la progresión delictiva; pero cuando el resultado producido constituya solamente uno de los posibles resultados de la conducta omisiva del responsable de las medidas de

---

<sup>856</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *RPJ*, n°80, 2005, pp. 29/30.

<sup>857</sup> Esta consecuencia es señalada por HERNÁNDEZ BASUALTO, si de *lege ferenda* se creara un delito contra la seguridad de los trabajadores, de peligro abstracto. Destaca que sin embargo, el CP italiano, sí presenta un tipo penal de peligro abstracto imprudente (art. 451, “negligente omisión de cautela o de las defensas contra los desastres o accidentes en el trabajo”), que puede ser criticado de hacer prácticamente imposible la delimitación entre las hipótesis delictivas y las infracciones meramente administrativas (*Derecho penal laboral*, p. 80).



seguridad (es decir, no abarque a todos los bienes jurídicos puestos en peligro), debe entenderse que ha existido un concurso ideal de delitos.<sup>858</sup>

AGUADO LÓPEZ propone también esta distinción, a pesar de considerar que el artículo 316 protege bienes jurídicos de carácter *individual* -vida, salud e integridad física de los trabajadores-. Sostiene que entre el delito de peligro y el de lesión hay una progresión en el ataque al *mismo* bien jurídico (subsidiariedad tácita), siempre y cuando haya identidad entre los trabajadores puestos en peligro y los lesionados. Cuando no se verifique esa identidad, la solución no puede ser la misma, aun cuando se sostenga que el bien jurídico protegido es de carácter individual, porque castigando sólo por la lesión o lesiones, se dejaría sin castigar el peligro (concreto) que ha existido para los trabajadores que no resultaron lesionados.<sup>859</sup>

---

<sup>858</sup> Se corresponde con la doctrina asentada por el TS que se inició con la STS, 2º. 14/07/99. Esta doctrina fue reiterada y consolidada por otras posteriores, como la STS 2º.26/07/00. En ese sentido, también: STS 2º.26/9/2001; STS 2º. 4/6/2002; STS 2º. 30/9/2002; SAP Cuenca, única, 21/2/2001; SAP Valladolid, 4º. 30/1/2004; SAP Alicante, 3º. 11/2/2005, SAP Huelva, 1º. 8/ 6/2007, SAP Sevilla, 1º. 27/ 3/ 2009; SAP Córdoba, 2º. 30/12/ 2008; SAP Cáceres, 2º. 26/ 12/ 2013; SAP Tarragona 2º. 11/ 11/ 2013; SAP Sevilla,1º. 15/ 02/ 2013; SAP Madrid, 1º. 27/03/2015, entre otras.

Un sector doctrinal también ha defendido esta tesis: BAYLOS/TERRADILLOS, *Derecho penal...*, pp. 123 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, *La Siniestralidad laboral*, p. 90; AGUADO LÓPEZ, *El delito...*,pp. 501 y ss.; CORCOY BIDASOLO/CARDENAL MONTRAVETA/HORTAL IBARRA, *PJ*, 2003, p. 48; HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, pp. 315 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *RPJ*, nº80, 2005, pp. 21 y ss.; MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA pp. 490 y ss., GALLARDO GARCÍA, *Protección...*,p.204.

Señala GALLARDO GARCÍA que el criterio de consunción -y no el de subsidiariedad- es el que hasta ahora ha sido usado por la jurisprudencia cuando ha apreciado concurso de leyes ante la concurrencia de daños y peligro en el ámbito de las relaciones laborales. El uso de este principio se ha justificado en la medida en que el delito de resultado ha desplazado al delito de peligro, puesto que se ha entendido que el primero ha sido capaz de valorar de forma exhaustiva, el contenido de injusto del hecho (Análisis jurisprudencial de la protección de la vida y la salud en el ámbito laboral: cuestiones concursales, *Revista de Derecho Social*, nº 41, 2008, pp. 205 y ss.). En este orden de ideas, la SAP Guipúzcoa 3/06/2005 (nº1020/2005) dispuso que: “El delito de peligro tiene naturaleza supraindividual en la medida que el bien jurídico protegido es la vida, integridad corporal y salud de la constelación de personas que desempeñando una actividad laboral en una misma organización empresarial, se encuentran involucrados en la misma fuente de peligro relevante, derivada de la omisión de las medidas previstas en la normativa de prevención de riesgos laborales. Por lo tanto, presente el riesgo supraindividual, es ajeno a la imputación objetiva del resultado jurídico, toda mención a la posible contribución causal del trabajador lesionado...la naturaleza supraindividual del delito de peligro conlleva que las relaciones con los delitos de resultado generen un concurso de delitos, en todos aquellos casos en los que el peligro se extienda a personas distintas de los trabajadores cuyos bienes jurídicos personales han resultado dañados. En el presente supuesto, la situación de riesgo significativo para la integridad corporal y salud, abarcó a todos los trabajadores que desplegaban su actividad laboral en la máquina donde ocurrió el accidente, que carecía de las medidas exigidas por la normativa de prevención de riesgos laborales y que realizaban dicha actividad de manera incorrecta. Por lo tanto la convivencia jurídica con la infracción de resultado se resuelve conforme a las pautas marcadas por el concurso de delitos.”

<sup>859</sup> La autora agrega que tampoco debe aplicarse el concurso de leyes en el caso de que exista peligro concreto para un trabajador y el resultado lesivo sea leve. Entiende que no puede aplicarse allí el principio de subsidiariedad, aunque coincida la lesión y puesta en peligro sobre un mismo bien jurídico, porque al ser la pena prevista para estos últimos más leve, no absorberá la pena del delito de peligro (*El delito contra la seguridad...*, pp. 501/02).

En una posición minoritaria, LASCURAÍN SÁNCHEZ, propone la solución del concurso de leyes a favor de la aplicación del delito de lesión, salvo que el delito de peligro tenga más pena. Entiende que el delito de lesión comprende el desvalor de peligrosidad, *aun cuando no haya identidad entre los trabajadores puestos en peligro y los lesionados*, porque en el delito de peligro el desvalor de peligrosidad y la pena no aumentan, es decir, se quedan igual ya se ponga en peligro a un solo trabajador o a varios.<sup>860</sup> Esta postura ha generado críticas de la doctrina, sobre la base de que quedaría un exceso de desvalor de peligrosidad impune.<sup>861</sup>

Por otra parte, puede distinguirse la postura (mayoritaria) que considera que debe aplicarse *siempre* el concurso ideal, en virtud de que el bien jurídico protegido en el art. 316 es colectivo (seguridad laboral), es decir autónomo y distinto del interés individual (homicidio y lesiones).<sup>862</sup> En esta postura tiene fundamental importancia la autonomía

---

En mi opinión personal, AGUADO LÓPEZ se queda a mitad de camino en su análisis, toda vez que señala que en este delito no hay un bien jurídico colectivo (seguridad laboral), sino una nueva forma de agresión a los bienes jurídicos individuales, pero esa “dimensión colectiva” que no forma parte del bien jurídico protegido, sino que caracteriza a este nuevo modo de ataque de los bienes jurídicos tradicionales, *no se ve reflejada de ningún modo en la exégesis que hace del precepto, según la cual, éste termina abarcando “ataques individuales a bienes jurídicos individuales”*.

<sup>860</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *LH Cobo del Rosal*, p. 573 y ss.

<sup>861</sup> Frente a esta postura, GALLARDO GARCÍA resalta que la reciente reforma penal ha eliminado las faltas, por lo que han desaparecido las relativas al homicidio por imprudencia leve y los dos tipos de lesiones imprudentes recogidos en el derogado Libro III del CP, pero que a pesar de ello, este debate que la aplicación de las faltas suscitaba se traslada igualmente, a los nuevos delitos leves. También señala la autora que, una opción interpretativa podría ser, entender que corresponde el concurso de normas, pero utilizando el principio de alternatividad, con lo que se lograría el objetivo de penalizar con la pena más grave; sin embargo esa solución también sería incoherente porque marca una doble vía, atendiendo al diferente rigor penológico de los delitos de resultado (*Protección...*, pp.211/13., con cita de TERRADILLOS BASOCO). Por su parte este último autor destaca respecto de la postura de LASCURAÍN SÁNCHEZ, que resulta contradictorio reducir el desvalor inherente al ataque a un bien jurídico colectivo, a una dimensión individual (*La siniestralidad...*, p. 134, en igual sentido, AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, p. 504 y nota 95).

Creo que la postura de LASCURAÍN SÁNCHEZ en este tema se relaciona con lo tratado más adelante acerca de lo que representa la exigencia del peligro concreto de al menos un trabajador, como forma de constatar la peligrosidad de la conducta del empleador.

<sup>862</sup> Esta opinión era la mantenida en la redacción de los distintos Proyectos de Código penal, incluido el de 1994, que añadían un párrafo final, que establecía que las penas aplicables al delito de peligro lo serán “sin perjuicio de las penas que correspondieren si el resultado sobreviniera” (ver De VICENTE MARTÍNEZ, *La respuesta...*, pp.107/8). La autora nombrada ha señalado que la solución jurisprudencial de apreciar un concurso de normas es discutible por cuanto: a) los bienes jurídicos protegidos por uno y otro delito son de distinta naturaleza (seguridad laboral por un lado y la vida, salud e integridad física, por otro), b) no siempre la imprudencia laboral implica, además, la consumación previa o simultánea de un delito de riesgo, y c) como el resultado lesivo final puede estar penado más levemente que el delito de riesgo, la aplicación del art. 8.3º puede determinar la paradoja de que quien incumple la normativa de seguridad e higiene en el trabajo se vea más beneficiado por la causación del resultado que se pretendía evitar, tal y como sucede en la SAP Badajoz, 3º. 6/11/07, que impone una pena de tres meses de prisión por el delito de lesiones imprudentes, pena notablemente inferior a la prevista en el art. 316 del CP o la

de los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales, que supone que cuando una conducta realiza dos delitos, uno de ellos contra un bien jurídico supraindividual y otro contra un bien jurídico individual, aun cuando sea el mismo comportamiento el que dé lugar a la realización de los elementos típicos de ambos delitos, estaremos frente a un concurso de delitos y no de leyes. Se entiende que en ese caso hay, al menos, dos bienes jurídicos *diferentes* lesionados y, por tanto, no es factible acudir al concurso de leyes, porque el desvalor de uno de los tipos no absorbe ni consume el desvalor del otro.<sup>863</sup> Esta tercera forma de abordar el problema concursal se ha sustentado en la diversidad de intereses puestos en juego en ambas clases de delitos, uno contra la seguridad en el trabajo -como bien jurídico colectivo- y otro contra la vida o la salud de las personas -bien jurídico individual-, partiendo de que el régimen concursal depende de la *duplicidad de bienes jurídicos agredidos*. Desde esta perspectiva, no hay espacio para el concurso aparente de leyes penales, ni como solución general ni tampoco de forma excepcional, sea el delito de peligro o el de lesión el que resultara en última instancia aplicable.<sup>864</sup> En esta tesis, admitir el concurso de normas, desconocería el carácter colectivo del bien “seguridad en el trabajo”, el cual no queda desvirtuado por el hecho de que en la situación concreta sea un único trabajador el que se encuentre expuesto al

---

SAP Barcelona, 6º. 19/03/07, que entiende que la aplicación del art. 8.3º es obligatoria aunque resulte pena inferior a la prevista en el art. 316 del C.P (*La respuesta ...*, p.108.). También destaca la autora, un aspecto más dentro del concurso de normas, que se plantea en los casos en que hayan sido varios (dos o más), los trabajadores que estuvieron expuestos al mismo y concreto riesgo, y todos ellos resultaron afectados en su vida o salud, fallecidos o lesionados, en cuyo supuesto el concurso de normas del delito de peligro contra la seguridad en el trabajo lo será con los distintos delitos de resultado lesivo producidos, homicidio o lesiones imprudentes, que a su vez estarán entre sí en relación de concurso ideal, en virtud del sistema de *crimonia* culposa establecido en el Código penal de 1995, conforme al que habrá de considerar cometidos tantos delitos como resultados producidos (STS 2º. 30/09/02). En estos casos, lo normal es que estos delitos de resultado lesivo en concurso ideal, cualquiera que sea su forma de punición, consuman (art. 8.3º del C.P.) al delito de peligro. Todo ello en virtud de la modificación de la concepción de la imprudencia en el Código penal de 1995, pues si en el anterior Código penal el delito de imprudencia era único aunque se produjeran diversos resultados, dando lugar a la construcción de un sólo delito (aunque fueran plurales las muertes o lesiones causadas), ahora la individualización del delito tiene por consecuencia que existen tantos delitos como resultados producidos singularmente, si afectan a bienes personalísimos como la vida, salud o integridad física de las personas (*La respuesta...*, pp. 109/10).

<sup>863</sup> En este sentido, ARROYO ZAPATERO, *La protección penal...*, pp. 188 y ss.; el mismo, *Manual...*, pp. 166/7; CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC, *Comentarios CP*, 1996, p. 1567; BARTOMEUS PLANA en ROJO TORRECILLA (coord.), *Delitos contra los derechos de los trabajadores*, 1998, p. 260; NAVARRO CARDOSO, *Los delitos...*, p. 161; De VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad...* p. 105; MATA Y MARTÍN, *Derecho penal y siniestralidad laboral: los concursos de infracciones*, *Revista General de Derecho Penal*, nº 10, 2008, p. 7 y ss.; NARVAEZ BERMEJO, *Delitos...*, pp. 87/ 88; FARALDO CABANA, *El delito...*, pp. 203/ 4; GARCÍA RIVAS, *Delito contra la seguridad en el trabajo: estructura típica, bien jurídico y concurso de delitos*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 15, 2005, pp.229 y ss.; SALVADOR CONCEPCIÓN, *El delito...*, pp. 192 y ss.; RAMÍREZ BARBOSA, *El delito...*, p.456.

<sup>864</sup> MATA y MARTÍN, *RGDP*, nº 10, 2008, pp. 7 y ss.

peligro de lesión o de muerte.<sup>865</sup> Sin embargo, algunos autores que asumen esta posición, entienden que la única excepción al concurso ideal, se produce en el caso que el peligro concreto sólo haya existido en relación al trabajador que finalmente sufrió el resultado lesivo más grave, en ese supuesto se aplica la regla de la consunción porque si se castiga por los dos delitos, aun cuando haya una lesión del bien jurídico supraindividual, si el delito es de peligro concreto, para su consumación es necesario que concurra también la puesta en peligro de una persona y si se castiga por la puesta en peligro y la lesión de un mismo bien jurídico, se infringiría el principio *ne bis in idem*.<sup>866</sup>

Finalmente, creo que no hay dentro de la doctrina, corriente alguna que invoque la solución del concurso real, aunque existe algún pronunciamiento judicial aislado en ese sentido.<sup>867</sup>

## V.2.a El concurso ideal y el peligro común

Como se ha señalado, la postura mayoritaria entiende que si a continuación de la situación de riesgo desvalorada por el art. 316, se produce el delito imprudente de resultado, siempre corresponde aplicar el concurso ideal. A favor de esta tesis se ha expresado GARCÍA RIVAS<sup>868</sup>, quien ha señalado que “La tipificación de figuras delictivas en las que el núcleo de la conducta incriminada viene constituido por la

---

<sup>865</sup>Se ha señalado que para la real protección de bienes jurídicos nacidos con el Estado Social y Democrático de Derecho del que surgen “posiciones jurídicas significativas” como las del trabajador, resulta necesario que la seguridad del trabajador, y vinculado a la misma, la aplicación del artículo 316, no dependa del daño físico que pueda recibir la persona que se encuentra en tal posición. Con este planteamiento, en el que se mantiene en todo caso la referencia del bien jurídico colectivo a la hora de establecer las penas aplicables y que tiene como consecuencia la estimación de un concurso delictivo, se quiere dotar de verdadera autonomía al delito contra la seguridad en el trabajo (MATA y MARTÍN, *RGDP*, n° 10, 2008, pp. 7 y ss. y GARCÍA RIVAS, Reflexiones sobre inseguridad laboral en imprudencia, *Revista de Derecho Social*, n°24 (2003), p. 177 y ss).

<sup>866</sup> CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, p. 359. Creo que en esta postura se considera que la afectación al bien jurídico colectivo ya está “reconducida” a la puesta en peligro concreto del bien jurídico individual. Ello ocurre cuando se trata este bien colectivo como bien jurídico intermedio o como un bien jurídico no diferente de la salud y vida humanas, aunque en su “dimensión colectiva”. En este sentido: FARALDO CABANA, *El delito...*, p. 204, BAYLOS/TERRADILLOS, *Derecho penal...*, pp. 123/4 y MONGE FERNÁNDEZ, *La responsabilidad penal...*, pp. 303 y ss. Esta es la postura del Ministerio Fiscal (Instrucción n°1/2001, de 9 de mayo de la Fiscalía General del Estado, sobre actuaciones del Ministerio Fiscal, en torno a la siniestralidad laboral). También en este sentido, STS 14/7/1999; STS 14/6/2002). Frente a la argumentación de estos autores, SALVADOR CONCEPCIÓN señala que cuando haya un sólo trabajador puesto en peligro y luego lesionado, hay un mismo bien jurídico tutelado y por lo tanto podría resultar convincente el criterio de progresión delictiva, pero aplicando el concurso de normas puede que el autor resulte menos gravemente penado con la condena del delito de resultado, que si se hubiera condenado por el delito de peligro, así como la exposición a que el desvalor de peligro no materializado en lesión quede impune, con lo que la decisión que opta por el concurso de delitos es más correcta (*El delito...*, pp. 193/4).

<sup>867</sup> Por ejemplo: SAP Almería, 3°. 24/10/06.

<sup>868</sup> GARCÍA RIVAS, RDS, n°24 (2003), pp. 177 y ss.

causación de un peligro para la seguridad de los trabajadores tiene sentido únicamente si estamos en presencia de un interés autónomo y distinto de la salud o la vida de cada trabajador, pues para la protección de éstas bastaría recurrir a la tradicional figura de la imprudencia. ...Se trata de un interés colectivo porque no es en absoluto disponible por cada trabajador en particular y, sobre todo, porque no está vinculado al daño individual (ante el cual se muestran indiferentes los arts. 316 y 317 CP), sino a la puesta en peligro -precisamente- del *colectivo* laboral, cuyas condiciones de trabajo pueden generar un riesgo grave para la salud de *cualquiera* de ellos; ese peligro comporta una “*situación de inseguridad*” que es en sí misma lesiva para quien pertenece a ese colectivo.”<sup>869</sup> En este contexto, el autor destaca que el daño físico a un trabajador concreto es independiente de la consumación del delito previsto en el artículo 316 y por ende, el único criterio sostenible para dilucidar los casos de concurrencia del peligro y la lesión, es la aplicación del concurso ideal, agregando que la situación típica de *peligro grave*, “se comprueba por la presencia de un sólo trabajador en situación de peligro, y no antes. Pero una vez constatada, su valoración jurídica es autónoma del riesgo concreto para la salud del trabajador implicado; esa valoración recae sobre la inseguridad laboral misma.”<sup>870</sup>

Este enfoque sobre cómo debe resolverse el concurso, tiene la particular relevancia de poner de manifiesto los puntos débiles de la posición doctrinal mayoritaria que interpreta al artículo 316 como un delito de peligro concreto. Por esa razón se justifica un abordaje más profundo de sus fundamentos y consecuencias dogmáticas.

El párrafo transcrito de GARCÍA RIVAS es susceptible de las siguientes reflexiones: En primer lugar, si el resultado de peligro concreto es la “comprobación”, de la situación de *peligro grave*, esta situación que se considera así “probada”, constituye algo diferente (y más amplio) respecto de *ese* peligro concreto. Ello implica que “grave” no puede entonces ser interpretado, como sinónimo de próximo o concreto, porque en ese caso, no podría decirse que el resultado de peligro “comprueba” el peligro grave, sino sencillamente que lo *materializa*.

---

<sup>869</sup> GARCÍA RIVAS, RDS, n°24 (2003), pp. 184/85.

<sup>870</sup> GARCÍA RIVAS, *ibidem*.

El autor citado culmina su razonamiento señalando que una vez constatada la situación de “peligro grave”, su valoración jurídica se independiza del riesgo concreto para la salud del trabajador implicado y recae en la *inseguridad laboral misma*.

Ahora bien, la puesta en peligro concreto de un trabajador en particular, carece de “capacidad” para probar que haya habido *peligro grave* (entendido como concreto) con relación a *otros* trabajadores; lo único que puede comprobar esa circunstancia es simplemente que hubo peligro concreto respecto de *ese trabajador*, pero nada más.

Esta afirmación también demuestra, al igual que la anterior, que es contradictorio equiparar grave a concreto, porque si así fuera, la situación de *peligro grave* sólo afectaría a los trabajadores que estuvieron en peligro concreto y no podría ser, por lo tanto, “autónoma” respecto de ese resultado de peligro.

Con este telón de fondo, cabe preguntarse, lo siguiente: si la *situación de peligro grave* es independiente de la puesta en peligro concreto de determinados trabajadores y está asociada a la “inseguridad laboral misma”, ¿en qué consiste exactamente esa situación?

Veamos:

Si se entiende que siempre debe haber concurso ideal, aunque el trabajador lesionado sea el único que ha sido puesto en peligro concreto, porque la lesión no consume el desvalor de ese peligro, entonces hay *otra clase de peligro* además de ese que específicamente ha sufrido el sujeto lesionado, toda vez que ese peligro concreto se ha materializado en su totalidad en la lesión posterior y por ende, *sí ha sido consumido por ella*.

Ese “excedente de riesgo” que según esta postura sólo puede ser abarcado por un concurso ideal en todos los casos, representa aquel que no se ha concretado en la puesta en peligro efectivo del o los trabajadores lesionados, pero que está latente, afectando a *todos los trabajadores* (incluyendo a los no involucrados en ese resultado de peligro).

De este modo, detrás de la expresada necesidad del concurso ideal para todos los supuestos, se está reconociendo “intuitivamente” que la situación de *grave peligro* referida en el tipo penal, no es el peligro concreto que afecta a *algún o algunos* trabajadores, sino un riesgo más amplio y subyacente a aquel, lo cual revela la inconsistencia de la exégesis del artículo 316 como delito de peligro concreto.

Ese riesgo subyacente no es otro que el peligro común o general al que se ha hecho referencia en apartados anteriores y que es compatible con la interpretación del delito

como de peligro abstracto-concreto. Creo que en el fondo, a ello se alude cuando se menciona que la valoración jurídica recae en definitiva en la *inseguridad laboral misma*.<sup>871</sup>

Entonces, no es exactamente que en estos casos se afecte a otro interés -seguridad laboral- además del bien jurídico individual lesionado, sino que hay *otra especie* de peligro que el artículo 316 desvalora y que no puede ser abarcado por el delito de lesión u homicidio imprudente. *Esa es la verdadera razón que sustenta la solución del concurso ideal*.<sup>872</sup>

En efecto, con la referencia a la afectación de otro bien jurídico (colectivo), se está aludiendo en realidad *al resto de los trabajadores* que también estuvo en peligro (abstracto-concreto), situación que no se ve reflejada en la puesta en peligro concreto de quien resultó lesionado.

Así las cosas, una vez más se revela la confusión entre modalidad de agresión (que genera un peligro común) con bien jurídico protegido colectivo. La “situación de inseguridad laboral” remite a bienes jurídicos individuales, pero desde una perspectiva previa a su determinación, o sea, cuando la conducta del empleador puede poner en peligro concreto a *cualquiera* de ellos.

Este razonamiento pone de manifiesto que la estructura del artículo 316 no se corresponde con la de un “delito imprudente no consumado”, ya que lo desvalorado principalmente es un comportamiento que conlleva un riesgo para un número indeterminado de sujetos pasivos y *no sólo un peligro individual*.<sup>873</sup> Nótese que, si pudiera considerarse a la conducta descrita en el tipo penal, como una *tentativa imprudente*, esa interpretación sería conceptualmente compatible con un concurso de normas en el caso de producirse un resultado lesivo.<sup>874</sup>

---

<sup>871</sup> Una reflexión similar esboza DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, quien sostiene que si nos halláramos ante un delito de peligro abstracto, como preconiza al menos de *lege ferenda* un sector doctrinal, la solución debe ser el concurso ideal, pues la amenaza abstracta al bien jurídico colectivo “seguridad laboral”, se mantiene más allá de la concreta puesta en peligro y lesión de la vida, salud o integridad de trabajadores individuales, por lo que no puede considerarse consumida en el delito o falta de resultado lesivo (homicidio, lesiones) correspondiente (*RPJ*, n°80, 2005, pp.40/42).

<sup>872</sup> No olvidemos que el concepto de “seguridad laboral” alude a la evitación de situaciones de peligro generalizado para bienes jurídicos personales, por eso no es un bien jurídico colectivo en sentido propio, sino, un conjunto de bienes jurídicos individuales, a los que se ha otorgado un marco de protección complementario del que contienen los tradicionales delitos contra las personas (SOTO NAVARRO, *La protección penal...*, p. 181).

<sup>873</sup> Aunque se incluyan en el espacio típico casos de esa naturaleza.

<sup>874</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *RDP*, 2008-I, pp. 90/91.

Pero la realidad es que no se trata de “tentativas imprudentes” específicamente tipificadas, sino que tienen un contenido de injusto específico.<sup>875</sup> Por eso cuando tras el peligro concreto sobreviene el resultado lesivo, surge la necesidad de recurrir al concurso ideal para superar el *déficit* que provoca la aplicación de la técnica del peligro concreto en estos casos, ya que no puede abarcar todo el desvalor de la conducta que genera un peligro abierto para la vida y salud de los trabajadores.

Corresponde aquí hacer nuevamente la siguiente aclaración: como se ha explicado esta interpretación del art. 316 como de peligro colectivo se corresponde con su estructura típica y tenor literal. No obstante ello, se ha considerado que conforme a una interpretación teleológica del precepto, teniendo en cuenta razones de política criminal, quedan también incluidas las situaciones de peligro individual, a pesar de que el legislador no haya discriminado expresamente ambas situaciones. Ello por cuanto, si bien se trata de un delito de peligro común, debido a que se configura una nueva técnica de protección de bienes jurídicos individuales (vida y salud) frente a un ataque plural o colectivo propio del ámbito de los riesgos laborales, pueden darse también en ese marco situaciones de riesgo individual que no deben quedar fuera de esa protección. Más allá de esta “solución hermenéutica”, insisto en que el legislador debió discriminar claramente esas dos situaciones de riesgo en el tipo, ya que generan diferentes consecuencias (y por lo tanto deben tener penas diferentes), lo que puede apreciarse de modo evidente en los casos en que a continuación del peligro (común o individual) se producen resultados lesivos (muerte o lesiones). Ante la ausencia de una distinción típica de esos dos supuestos (peligro colectivo y peligro individual), corresponde a la doctrina y a la jurisprudencia discriminar ambos casos y resolver las situaciones concursales de modo diferenciado, *partiendo de una u otra clase de riesgo*.<sup>876</sup>

Si bien la situación del concurso entre la infracción del artículo 316 y la lesión u homicidio imprudentes constituye una “gran caja de resonancia” de los efectos de equiparar peligro *grave* a peligro *concreto*, lo cierto es que la inadecuación de esta técnica de tipificación (que no discrimina la clase de riesgo) también puede verse - aunque sea menos evidente- en los casos en que no se produce el desenlace dañoso.

---

<sup>875</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *ibídem*.

<sup>876</sup> La constatación de uno u otro tipo de riesgo, debe verse representada también en la determinación de la pena, dentro de la escala penal única prevista en el precepto.



En este sentido, no sería lo mismo, por ejemplo, entregar un arnés en mal estado a un trabajador, que omitir colocar barandas de seguridad donde hay un gran número de obreros que podrían caerse desde una gran altura, en un edificio en construcción. En ambos casos puede darse como “resultado”, la puesta en peligro efectivo de un *único* trabajador y mediante la interpretación del delito como de peligro concreto, ambas situaciones estarían “artificialmente equiparadas”, cuando en realidad esos comportamientos poseen un contenido de injusto totalmente desigual. Por eso se ha considerado aquí una deficiencia legislativa que en el artículo 316 no se marque la distinción entre el riesgo colectivo y el riesgo individual (que en principio estaría relacionado con la distinción entre el incumplimiento de las medidas de seguridad generales y las particulares, respectivamente). Este defecto del tipo penal coadyuva a la confusión, ya que en el caso en el que se omitan estas últimas, si podría entenderse (si se dan las condiciones) como un “delito imprudente no consumado” y por ende, compatible con un concurso de normas cuando el resultado lesivo sobrevenga, pero está claro que no puede aplicarse esta solución cuando la omisión recaiga en las primeras (que en general son aptas para generar un peligro abierto). Esto es lo que genera la “sensación” de que la lesión no consume ese “peligro concreto”.

Recapitulando, cuando se produce un peligro individual y luego la lesión del bien jurídico, debe aplicarse el concurso de normas por subsidiariedad (progresión).

Cuando se configura el peligro colectivo, la solución correcta es el concurso ideal en base a la explicación que sigue.

Si se concibe a la conducta del empresario como una “sucesión continua”, pero diferenciada en tres tramos: comienza con la no facilitación de los medios de seguridad adecuados, con infracción de la norma de prevención de riesgos laborales, idónea para poner en grave riesgo la vida y salud de los trabajadores (como pluralidad indeterminada) (A), luego un trabajador (determinado) ingresa en su radio de acción (peligro concreto) (B) y finalmente, el trabajador se lesiona o muere (lesión u homicidio) (C). Así visualizada la conducta, es fácil observar que será necesario aplicar los dos tipos penales para abarcarla en su *totalidad*.

En efecto, el tramo A, es abarcado por el artículo 316 (interpretado como delito de peligro abstracto-concreto, como aquí se postula) y desde la puesta en peligro concreto

en adelante (tramos B y C), es abarcada por el delito de lesión u homicidio imprudente.<sup>877</sup>

### V.2.b Situación de múltiple resultado de peligro

Especial atención merece la postura de la doctrina dominante consistente en apreciar un concurso de normas, cuando se produce más de un resultado de peligro concreto (es decir, cuando más de un trabajador ha sido puesto en peligro concreto). Tras esta posición emerge nuevamente la admisión “intuitiva” de la existencia del peligro común, toda vez que su punto de partida es la interpretación de la expresión “trabajadores” como colectivo difuso.<sup>878</sup> Sin embargo, esa *dimensión colectiva* inherente a la exégesis de “trabajadores”, no se tiene en cuenta al momento de la consumación del delito -ya que para ello se exige la puesta en peligro *concreto* de al menos *un* trabajador-, sino en un momento posterior, en el que ya no tiene relevancia. Ello, por cuanto con esa solución concursal, se pretende trasladar los efectos de considerar a esa expresión típica como una “pluralidad indeterminada” de sujetos, luego de que éstos ya han sido determinados, es decir, luego de pasar por el “tamiz” de la exigencia del resultado de peligro efectivo (esto es, cuando los trabajadores ya han sido determinados por su ingreso al radio del peligro).

Con esta exégesis, la doctrina está expresando una aceptación sólo parcial de las consecuencias de concebir al artículo 316 como delito de peligro concreto.

En efecto, la contracara de considerar a este tipo penal como un estricto delito de resultado de peligro concreto, debe ser admitir la relevancia -aun en los casos en que no se produzca lesión- del *número* de resultados producidos, esto es, del número de

---

<sup>877</sup> Los tipos penales de lesiones y homicidio imprudente abarcan la puesta en peligro concreto de la víctima que luego resulta lesionada o muerta, como el paso previo a la consumación en el *iter criminis* (subsidiariedad). Además, desde el punto de vista subjetivo, esta solución es coherente en el sentido de que la concurrencia de dolo en un delito de peligro abstracto-concreto, no implica la existencia de imprudencia respecto de los eventuales resultados lesivos, como consecuencia del peligro creado por la conducta. Así por ejemplo, el dolo del empresario no tiene que abarcar el conocimiento de la lesividad de su conducta con relación a *determinados* trabajadores que estén desarrollando efectivamente su actividad en condiciones riesgosas para su vida y salud, sino que debe conocer *la idoneidad de su comportamiento para crear ese riesgo respecto de los trabajadores -como ente colectivo-*.

Por el contrario, si el delito se configura como de peligro concreto, el dolo, entendido como conocimiento de la idoneidad de la conducta para poner en concreto peligro un bien jurídico individual, sí que implica la existencia de imprudencia consciente respecto de la lesión de ese bien jurídico, que se sabe está en peligro. O incluso puede concurrir dolo eventual: la imprudencia consciente supone conocimiento de la peligrosidad de la conducta y desconocimiento de la efectiva idoneidad lesiva respecto de la producción de un resultado de lesión, al igual que sucede en el dolo de peligro, por cuanto si el sujeto conoce la efectiva idoneidad lesiva de la conducta y no domina el riesgo, actuaría con dolo eventual de lesión (CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 301/02).

<sup>878</sup> AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, p. 83.

concretos bienes (vida, salud o integridad física) de cada uno de los trabajadores puestos en peligro por la conducta (omisiva) del autor. En este contexto, no se puede decir sin más que el desvalor de cada resultado de peligro queda absorbido o consumido en el de uno de ellos, por la misma razón que -por regla general- un resultado lesivo no consume los demás, consecuencia de una acción en los delitos de lesión (desvalor de resultado).<sup>879</sup>

Tratando de explicar este esquema dogmático, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO ha señalado que podría llegar a considerarse a la exigencia de la puesta en peligro concreto, como un “elemento típico cuya función es restringir el alcance que la conducta típica tendría en su ausencia y restringirlo por buenas razones: *asegurar la grave contrariedad a la seguridad de los trabajadores* de las omisiones de los legalmente obligados”.<sup>880</sup> De este modo, expresa el autor, “una vez comprobada o asegurada esta contrariedad con la presencia de un resultado de peligro grave, los posteriores resultados de esta clase ya no añadirían desvalor con relación al bien jurídico supraindividual defendido”.<sup>881</sup>

Este razonamiento permite concluir que al peligro concreto exigido no se le asignan las consecuencias propias de un *resultado* (desvalor de resultado), sino que, la puesta en peligro efectivo de al menos un trabajador, cumple un rol similar al de una especie de “cláusula de idoneidad”. Ello por cuanto, el recurso del peligro concreto es utilizado para constatar a través de esa circunstancia fáctica, la “grave contrariedad a la seguridad de los trabajadores”, que no es otra cosa que la aptitud lesiva de la conducta, de ahí que se considere irrelevante si después se ponen en peligro concreto otros trabajadores, ya que el primer “resultado” ha cumplido su cometido. Creo que esto es lo que quiere decir GARCÍA RIVAS al señalar que constatada la situación de peligro grave, la valoración

---

<sup>879</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, señala que esta distinción se aprecia en los números más grandes: No es lo mismo que un empresario entregue 40 cinturones defectuosos y ponga en peligro concreto a los 40 a que de 40 cinturones sólo uno sea deficiente. La cuestión se hace menos evidente cuando se manejan números pequeños (*RPJ*, n°80, 2005, p. 41). En igual sentido se ha dicho que de exigirse que uno o varios trabajadores hayan estado en el ámbito de acción del peligro, se estaría comprobando si el emprendimiento infractor afectaba o no a bienes jurídicos individuales y debería poderse, en coherencia, aplicar un concurso cuando fueren varios los trabajadores implicados, lo cual no acepta la doctrina mayoritaria (ESCAJEDO SAN EPIFANIO, *Actualidad Penal*, n° 38, 2000, pp. 819 y ss.).

<sup>880</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Actualidad Penal*, n° 38, 2000, p. 42 (el resultado me pertenece). El autor aclara que no considera que la concreta puesta en peligro grave de -al menos- un trabajador sea una mera condición objetiva de punibilidad, en cuyo caso ni siquiera debería estar abarcada por el dolo (*ibídem*).

<sup>881</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *ibídem*. Este razonamiento es claramente contradictorio, porque a pesar de hablar de un peligro abstracto en el que está presente la idea de peligro común (ver nota 199), interpreta “grave” sólo como referido al criterio de proximidad y termina entremezclando los dos criterios, que responden a diferentes perspectivas.

jurídica “se independiza” de la puesta en peligro concreto y recae en la inseguridad laboral misma.

Sin embargo, recurrir a este “sistema de comprobación” genera más problemas de los que resuelve.

En primer lugar porque, conforme se ha explicado anteriormente, exigir que se configure el resultado de peligro concreto *retarda el momento de consumación del delito*. En efecto, la “palanca del Derecho penal” ha de ser apoyada en la *conducta de riesgo inadmisibles como tal* y para definirla se debe tener en cuenta en qué medida la víctima potencial puede protegerse a sí misma sin más, si simplemente lo quiere.<sup>882</sup>

Interpretar al artículo 316 como un delito de peligro concreto se traduce en que esté permitido (penalmente) que el trabajador desarrolle sus tareas en un contexto de peligro común (inseguridad laboral), siempre y cuando esa situación no se convierta en peligro efectivo.<sup>883</sup>

Es decir, aun cuando el empresario no haya facilitado los medios de seguridad adecuados, con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales, su comportamiento será atípico en la medida que el trabajador *pueda evitar ingresar en el radio de la acción peligrosa*.

Esta interpretación desconoce la naturaleza dismétrica de la relación laboral en la que el trabajador ocupa la posición más débil, por lo que no está absolutamente libre ni en condiciones óptimas para protegerse “si simplemente lo quiere”. En otras palabras, se trata de una víctima potencial con capacidad reducida de protección, ya que no siempre podrá mantenerse “alejado” del peligro efectivo.

Además, el grado de peligrosidad necesario del peligro concreto se cumple, cuando los acontecimientos normales para la desactivación de la situación de peligro dejan de ser suficientes y se tiene que recurrir a la extraordinaria habilidad del amenazado o a una impredecible feliz coincidencia. Esto es llevar la protección penal a un momento en el que la intervención del Estado puede resultar directamente tardía.

Frente a la capacidad reducida de protección del trabajador (entendida como evitar el peligro inminente), la “situación peligrosa inadmisibles para el Derecho penal”, debe ser

---

<sup>882</sup> SCHÜNEMANN, La estructura de los delitos de peligro (los delitos de peligro abstracto y abstracto-concreto como modelo del Derecho penal económico moderno), en AAVV *Cuestiones actuales del sistema penal-Crisis y desafíos*, Lima, 2008, pp. 13 y ss.

<sup>883</sup> Se profundizará en esta cuestión en el capítulo VI, al tratar lo que allí se presentará como “cláusula de nivelación del peligro”.

previa a la del peligro concreto, y es la que configura el peligro general (abstracto) para la pluralidad indeterminada de trabajadores (inseguridad laboral), es ésa la situación que el legislador ha querido evitar con el precepto del artículo 316.<sup>884</sup>

Asimismo, si partimos de la base de que la “situación de inseguridad laboral” es el peligro común que afecta a los trabajadores como pluralidad indeterminada, el peligro concreto es sólo una de las posibles consecuencias de esa situación. Es decir, no necesariamente siempre que hay un peligro general se produce un peligro concreto y esto no quiere decir que no haya habido *peligro grave* para el colectivo.<sup>885</sup>

Es por eso que recurrir al peligro concreto como prueba de la peligrosidad de la conducta implica entreverar dos criterios de valoración que responden a perspectivas diferentes: la colectiva (*ex ante*) y la individual (*ex post*).

*Si el daño físico de un trabajador particular es independiente de la consumación del artículo 316, también, por la misma razón, debe serlo el peligro concreto previo a ese resultado dañoso.*

En efecto, el peligro concreto al igual que el resultado de lesión, responde a una perspectiva individual (es la “antesala” del daño individual) e implica la determinación de sujetos pasivos que sólo por casualidad no han sido lesionados (en este sentido el resultado de lesión “no agrega nada” al peligro concreto, porque con el peligro concreto ya están dadas las condiciones relevantes -desde el punto de vista de la prohibición de un delito como el del art. 316- para que se configure el resultado lesivo).<sup>886</sup>

Dicho esto, es fácil reconocer que resulta más adecuada la interpretación aquí propuesta, respecto de la existencia una “cláusula de idoneidad”, que al ser previa e independiente de la situación de peligro concreto (en la que de algún modo puede intervenir la conducta del trabajador, en tanto potencial víctima), constituye un buen parámetro *objetivo* de la aptitud del comportamiento del empresario para producir la lesión y

---

<sup>884</sup> Ello, sin perjuicio de que, como se ha venido explicando, corresponde también considerar incluidas, las situaciones de peligro individual, pero antes de que el trabajador o trabajadores expuestos a éste ingresen en el radio del peligro (es decir, previo al peligro concreto).

<sup>885</sup> No es acertado seleccionar una de las *posibles* consecuencias de un fenómeno para demostrar su existencia, porque de la no producción de un evento contingente no puede extraerse la no existencia del fenómeno.

<sup>886</sup> Ver el tratamiento más profundo de esta cuestión, en el capítulo VI, respecto de la “cláusula de nivelación del peligro”.

permite poner el acento en la relevancia de la indeterminación de la frontera del peligro creado.<sup>887</sup>

## VI. Conclusiones

La permisión de la actividad laboral, a pesar de su nivel de riesgo, sólo es posible si al mismo tiempo se controla el peligro propio del sector, prohibiendo las modalidades de conducta que pueden elevar el riesgo por encima de lo permitido. En este sentido, la permisión del riesgo laboral está condicionada a la existencia -normativa- de las medidas de prevención y *a su efectiva realización*. Es en ese punto donde se manifiesta oportuna la intervención del Derecho penal como instrumento idóneo para la *determinación* de los empresarios al cumplimiento de las normas de seguridad, como condición necesaria para la permisión del riesgo que conlleva la actividad laboral.

En efecto, el problema de los accidentes de trabajo no consiste en que haya sujetos que *quieran* causarlos, sino en que quienes son responsables de la realización del trabajo, no aplican en ello el cuidado necesario, incumpliendo las medidas de prevención. La característica de los posibles sujetos activos de este delito, es que confían en que a pesar de las condiciones irregulares de trabajo, no se produzca el accidente. Entonces, el mensaje del legislador al empresario deberá dirigirse al sujeto ordenándole que en la dirección y organización del trabajo que tiene a su cargo, aplique todo el cuidado necesario para detectar los peligros que pueden surgir y todas las medidas de seguridad que a tales efectos están previstas en las disposiciones legales, normas profesionales y de experiencia, pues así evitará la producción de accidentes.

Frente a esta problemática, debe descartarse la opción del tipo penal cualificado de homicidio o lesiones imprudentes (elevando la pena básica prevista para estos delitos cuando el resultado lesivo se produce como consecuencia de una infracción de normas

---

<sup>887</sup> Resulta interesante lo expresado por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, quien sostiene que partiendo de la base de la configuración colectiva del bien jurídico que preconiza la doctrina dominante, sería más adecuada la técnica de tipificación de peligro abstracto, sin merma del respeto al principio de intervención mínima, *porque la anticipación de la línea de castigo a la causación de un peligro más lejano para el bien jurídico, se vería compensada con la ampliación de la frontera de peligro a un número plural de trabajadores potencialmente afectados*. Refiere el autor, que también se podría llegar a una conclusión próxima de *lege lata*, exigiendo que este riesgo típico del artículo 316 -que por cierto usa el plural para referirse al sujeto pasivo, “trabajadores”-, se configure como un *riesgo supraindividual* para una colectividad difusa de trabajadores, riesgo que entonces no existiría, desde luego cuando es un sólo trabajador el que ha entrado en el radio de la acción peligrosa; ello no obstante, y aunque esta interpretación podría apoyarse además en el aludido empleo del plural “trabajadores”, tal conclusión no se acompaña plenamente con la estructura del peligro concreto (*DPE*, pp. 880/81).

de seguridad laboral), por cuanto, imponer la pena ya en el momento del peligro implica *reforzar* la exigencia de cumplimiento del deber de seguridad y juntamente con ello, *extender* el ámbito de la protección penal de la vida y la salud del ciudadano, respecto de un nuevo modo de agresión (actividad laboral peligrosa), como expresión de la política estatal de seguridad e higiene en el trabajo.

En base a tales consideraciones, entiendo que se debe recurrir a la técnica de los delitos de peligro para proteger de un modo más adecuado la vida y salud del trabajador y esa será mi propuesta para el ordenamiento penal argentino.

Desde la perspectiva aquí planteada, la vida y salud de los trabajadores, se ponen en peligro cuando la actividad laboral se desarrolla sin las condiciones de seguridad normativas, incluso *antes* de que se produzca un resultado de peligro concreto. Esto es, la “inseguridad laboral” surge en el mismo momento en que se infringen las normas de prevención creando una situación de peligro *apta* para afectar esos bienes jurídicos individuales de los trabajadores, como *pluralidad indeterminada*. Por eso considero que el art. 316 debe interpretarse principalmente como un delito de peligro común. Ello, más allá de que se consideren abarcados casos de riesgos individuales, donde el o los trabajadores expuestos estén determinados (por la selección del autor).

La dimensión colectiva, que gran parte de la doctrina coloca en el bien jurídico protegido, se manifiesta en realidad en la modalidad de agresión *plural* a los bienes jurídicos individuales (vida y salud), propia del peligro en el ámbito laboral y caracterizada por su potencial lesivo para múltiples e indeterminados sujetos (“trabajadores”) y que es la que exige -y fundamenta- una nueva estructura típica de protección (de peligro común o general).

No hay contradicción entre sostener un bien jurídico individual -vida y salud- (posición de la que aquí se parte) y esta interpretación, ya que es la estructura típica la que determina que la “puesta en peligro” lo sea de un colectivo indeterminado, el que representa al *objeto de acción principal* del delito (contracara del ataque plural), aunque en ciertos casos, el riesgo individual (también típico) “moldee” un objeto de acción subsidiario individual o determinado.

Esta estructura del art. 316 como esencialmente de delito de peligro común, es incompatible con la interpretación del art. 316 como delito de peligro concreto. En efecto, la exigencia de un resultado de peligro concreto, supone *necesariamente* la consideración de un objeto de acción individual, (el sujeto es determinado al “ingresar

al radio del peligro”), diferente al descrito en el tipo (“trabajadores” como pluralidad indeterminada). Por eso, equiparar las estructuras propias del peligro común y del peligro concreto, implica un *cambio de perspectiva (ex ante a ex post)* y relevar un momento posterior (y eventual) a la situación de peligro abierto abarcada por la norma. Respecto de los casos subsidiarios de riesgo individual incluidos en el tipo, aunque se trata de supuestos de objeto de acción individual o determinado (el o los trabajadores expuestos), esa determinación proviene de la selección hecha por empresario, al infringir una medida de seguridad laboral que genera un riesgo individual y no colectivo, y no por el ingreso de éstos al radio del peligro (peligro concreto). En la lógica de pensamiento aquí propuesta, la relevancia penal de ese comportamiento empresarial infractor, se produce antes de dicho ingreso (peligro abstracto-concreto).

La estructura típica “combinada” (peligro común-peligro concreto), sólo es admisible en el caso en que el legislador requiera *expresamente* ese resultado *además* de la configuración del peligro general. La interpretación mayoritaria del art. 316, al exigir el resultado de peligro concreto -sin que el tipo lo requiera expresamente- impone un esquema típico que responde a una técnica de protección que no es acorde o compatible con lo que la norma quiere evitar, esto es, el peligro común.

La puesta en peligro de los “trabajadores” (definidos como pluralidad indeterminada), no puede interpretarse como un resultado de peligro concreto, sino más bien como un elemento típico que afectará al *momento de la consumación del delito*. Desde esta óptica, la expresión típica que alude a esa puesta en peligro (en los términos “peligro grave”) no exige un resultado, sino que configura una *cláusula de idoneidad* del peligro. Esa cláusula de idoneidad refiere a las condiciones definatorias de la situación de riesgo, entre las que se incluye la exigencia de “concreción” del sujeto pasivo indeterminado, (descartando los casos en que no existió la posibilidad de que alguien pudiera penetrar en ese radio de peligro) y requiere también cierta objetivación de la lesividad potencial o peligrosidad de la conducta. Bajo tales pautas, debe configurarse un estado de “incontrolabilidad” (“remolino”), de falta de dominio de la fuente de peligro, es decir, no basta la creación de una situación peligrosa si el empleador ha tomado recaudos para contrarrestar el peligro. De ello se desprende que no es suficiente la constatación del incumplimiento de las medidas de seguridad extrapenales, sino que se requiere la creación de un “estado de peligrosidad descontrolada”, que en la práctica se traduce en que es inminente el ingreso de algún trabajador en el radio del peligro (epicentro del



“remolino”) y que el autor no puede controlar ese posible contacto. En este razonamiento, la expresión típica *peligro grave* no puede representar la hipótesis de máxima proximidad del resultado lesivo (peligro concreto), sino que el calificativo “grave” sólo puede referirse al aspecto relacionado con la magnitud del resultado temido: severidad y extensión.

Esta exégesis, tiene directa repercusión en la problemática del concurso entre esta infracción de peligro y los eventuales delitos de resultado de lesiones u homicidio imprudentes, y se traduce en la necesidad de aplicar la técnica del concurso ideal en el caso de que se configure un peligro colectivo.

Si el riesgo es individual, corresponde aplicar concurso de leyes (subsidiariedad) en el caso de que el o los trabajadores expuestos hayan sido finalmente lesionados o fallecidos. Si no todos los trabajadores expuestos al riesgo individual son afectados por resultado lesivo, debe aplicarse concurso ideal, por cuanto el riesgo individual (de los trabajadores no lesionados) no es abarcado por el delito de resultado imprudente.

En este punto considero que la gran falencia del art. 316 radica en la remisión genérica a “no facilitar los medios de seguridad”, sin discriminar la naturaleza del riesgo que esa omisión puede generar, teniendo en cuenta las características de las diferentes medidas de prevención incumplidas (generales y personales). No relevar esa distinción en la redacción del tipo, es lo que genera complicaciones en el análisis propio de la actividad de subsunción típica, que se agudizan en aspectos como el concurso entre este delito de peligro y el delito imprudente de resultado (lesiones y homicidio). Esta problemática se ve acentuada por el recurso a una interpretación del peligro grave como concreto, que resulta incompatible ante los casos de peligro común.

Ante ello, lo que aquí se propone entonces, es una interpretación del art. 316, como un delito de peligro hipotético o abstracto-concreto, que es la que resulta coherente con su consideración como delito esencialmente de peligro colectivo (aunque se entiendan incluidos los casos subsidiarios de riesgo individual). Esta exégesis conlleva necesariamente la distinción de ambas situaciones (peligro común y peligro individual) y de las consecuencias que generan (situaciones concursales).

Nótese, que ante la indeterminación del tenor literal, otra solución posible podría ser la exégesis restringida de los “medios no facilitados” como aquellos cuya omisión sean

susceptibles de crear un peligro colectivo, (descartando el individual).<sup>888</sup> Sin embargo, considero que esta imprecisión del precepto no puede conllevar a la desprotección del trabajador ante un riesgo individual (aunque no represente la hipótesis principal del riesgo propio de la actividad laboral, en tanto fuente de peligro común a la que están sometidos todos los trabajadores en general y que es la que impone la necesidad de una nueva técnica de tutela penal de sus bienes jurídicos individuales vida y salud, atacados “pluralmente”).

A partir del contexto delineado, en el tipo penal aquí propuesto se distinguirá *expresamente* la situación del peligro colectivo y el individual, a los que se le asignarán escalas penales diferentes.

---

<sup>888</sup> Esta interpretación es la que propone MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, de *lege ferenda* (DPE, pp. 880/81).

## CAPÍTULO V

### ***PRESUPUESTOS NORMATIVOS PARA LA DELIMITACIÓN DE ÁMBITOS DE RESPONSABILIDAD DENTRO DE LA EMPRESA Y FRENTE AL TRABAJADOR IMPRUDENTE***

***Resultados lesivos: distinción entre accidentes y enfermedades laborales y su relación con el delito de peligro. Criterios de imputación de los resultados lesivos a los directivos de la empresa. Participación del empresario en el delito del delegado: propuesta de delito autónomo. Intervención imprudente del trabajador en el resultado lesivo y su relevancia respecto de la responsabilidad penal del empresario. Concurrencia de riesgos y autopuesta en peligro del trabajador.***

En este capítulo se abordará fundamentalmente, en el marco de los delitos imprudentes de resultado (lesiones y homicidio) que se producen en el trabajo, dos aspectos relevantes para el análisis de la imputación de dichos resultados al empresario -y directivos-. En la primera parte del capítulo se tratará el mecanismo de la delegación de funciones en el ámbito de la estructura de la empresa. En la segunda parte, se analizará la intervención del trabajador “imprudente” en la producción del resultado lesivo y los criterios bajo los que dicho aporte reducen o excluyen la responsabilidad penal del empleador.

#### **I. Introducción**

Este capítulo no aborda estrictamente el delito de peligro (art.316 CP), sino la situación relativa a la producción del resultado lesivo, es decir cuando el “riesgo laboral” se concreta en la lesión o muerte del trabajador.

La introducción de este tema en una investigación sobre el delito de peligro se justifica por la siguientes razones:

En primer lugar, porque como se ha señalado en el capítulo IV, la producción efectiva del “accidente laboral” (en tanto genera la lesión y/o muerte del trabajador) es el detonante o disparador del proceso judicial en el que *además*, se analiza la configuración o no del delito de peligro.

En efecto, a pesar del protagonismo punitivo que a partir de 1995 se ha venido atribuyendo a los arts. 316 y 317, no puede decirse que hayan desplegado en la práctica todos los efectos que razonablemente podían esperarse del recurso legal a unos tipos de

peligro que, por definición, deberían haber ampliado el ámbito propio de los delitos imprudentes de resultado lesivo. En este marco, lo cierto es que las modalidades más frecuentes de afectación a la vida y salud de los trabajadores enjuiciadas por los Tribunales españoles, revisten la forma de homicidio o lesiones imprudentes.<sup>889</sup>

No existen muchas sentencias en las que se condene sólo por un delito de peligro contra la vida y salud de los trabajadores: en la mayor parte de los casos decididos se ha producido también una lesión o muerte.<sup>890</sup> Como señalamos antes, ello puede deberse a que el resultado lesivo es considerado en general, una prueba suficiente para demostrar la existencia de *peligro concreto* (en la interpretación casi unánime que hace la jurisprudencia del “peligro grave”, en los términos del art. 316).<sup>891</sup>

Este relevante dato estadístico, conduce a reflexionar acerca de qué función está cumpliendo en realidad el adelantamiento de la protección penal a la infracción de peligro si para que se verifique la intervención de la justicia penal sigue siendo necesario un resultado lesivo (lesión u homicidio imprudente). Aparentemente, en la

---

<sup>889</sup> Esta tendencia no es nueva. Las dificultades de interpretación coherente del art. 427 y las limitaciones del 348 bis a), ambos del CP derogado, determinaron que su aplicación fuera, respectivamente nula y escasa. De hecho los Tribunales se decantaban, como hoy, por las sentencias condenatorias sólo cuando concurrían los elementos para apreciar resultados lesivos imprudentemente causados (TERRADILLOS BASOCO, Homicidio y lesiones por imprudencia. Imprudencia profesional: concurrencia de culpas, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº15, 2005, p. 418. En igual sentido, se ha dicho que “Hay que señalar cómo los Tribunales se han inclinado generalmente a castigar por imprudencia cuando se producen resultados lesivos despreciando la apreciación del tipo de peligro” (SAP de Guadalajara, de 25/6/98, luego ratificada en ese punto por la STS de 14/7/99).

<sup>890</sup> MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción*, p. 429 y nota 208. En este sentido, se sostiene que el resultado en sentido material, en los delitos de peligro concreto, plantea el problema del significado que al respecto tiene un “resultado” de peligro. El peligro concreto es un resultado en sentido material, en cuanto que como tal viene configurado en el tipo pero no es aprehensible por los sentidos, lo que plantea problemas de prueba mayores que los que se suscitan cuando el resultado es de lesión. La producción del resultado suele ser el punto de partida para la apertura de un procedimiento, siendo muy difícil que se abran diligencias cuando no hay resultados lesivos aprehensibles por los sentidos, problema que se acrecienta desde el punto de vista de la prueba (CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, p.132 y nota nº 268).

Sobre el punto se ha dicho que “En la aplicación del 316, el problema sigue siendo la lenidad en el abordaje institucional de la delincuencia de los poderosos. Ello justificaría la inaplicación de los tipos de peligro concreto excepto cuando el accidente, con resultado muerte o lesiones se ha producido, exigiendo en ese caso un plus de exposición al riesgo, por ausencia de las medidas de prevención, de otros trabajadores además del que hubiere resultado víctima del accidente” (SÁEZ VALCÁRCEL, *CDJ-15*, 2005, pp. 37 y ss.).

Es verdad que, aunque va creciendo, la aplicación práctica de estos delitos es bastante escasa sobre todo si se compara con los datos de siniestralidad laboral. Si se revisan las sentencias, se detecta, en primer lugar, que se aplican relativamente poco estos delitos cuando no se ha producido un resultado lesivo y, en segundo lugar, incluso en los casos en los que se produce el resultado lesivo, por el juego concursal que hace el TS, en raras ocasiones se llegan a aplicar (OLAIZOLA NOGALES, *InDret nº2*, 2010, pp.26 y ss.). Ver en este sentido; ACALE SÁNCHEZ, Análisis criminológico de la siniestralidad laboral en la provincia de Cádiz, en TERRADILLOS/ACALE/GALLARDO, *Siniestralidad laboral. Un análisis criminológico y jurisprudencial*, Cádiz, 2006, pp. 17 y ss.; ACALE SÁNCHEZ, Puesta en peligro de la vida y la salud de los trabajadores en el ámbito de la construcción: análisis de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 433/2005, de 27 de septiembre de 2005, *RDS*, 2006, pp. 203 y ss.).

<sup>891</sup> Ver lo desarrollado en el capítulo IV.

práctica, la aplicación de este tipo penal funciona como una “especie de agravante” del homicidio y/o lesión imprudente, en los casos en que a la puesta en peligro de la vida y la salud del trabajador, le sigue el desenlace dañoso temido.

En segundo término, la necesidad de incluir el estudio de la imputación de los delitos imprudentes de lesión y homicidio en el ámbito laboral, responde a que en el Derecho penal argentino, no se ha sancionado todavía un tipo penal comparable al art. 316 del CP español, configurándose en la práctica una situación similar a la descrita en la jurisprudencia española.

Desde esta perspectiva, el análisis de la problemática de los “accidentes laborales” será también un aspecto relevante en el diseño del tipo penal de peligro que aquí se propondrá para el ordenamiento penal argentino, en la medida que como puede apreciarse de la praxis jurisprudencial en España, el delito imprudente de resultado en el ámbito de los riesgos laborales, tiene una *conexión evidente con el delito de peligro*.

Considero que para cumplir el objetivo al que se dirige este trabajo de investigación y que consiste en el diseño de un tipo penal de peligro para el ordenamiento penal argentino, será de utilidad analizar las características que rodean al accidente laboral cuando éste se produce efectivamente, en tanto representa *la realidad que se quiere prevenir*.

En efecto, no debe perderse de vista que el delito de peligro representa un adelantamiento de la barrera del Derecho penal, para abarcar una fase anterior de un mismo fenómeno (siniestralidad laboral). En ese sentido, el estudio de la concreción del resultado lesivo que la intervención penal adelantada pretende evitar, brindará elementos esenciales que serán tenidos en cuenta en el capítulo VI al elaborar los parámetros a los que debe responder la estructura típica del delito de peligro que aquí se postulará. Sin embargo, la doctrina española ha tratado hasta ahora estos dos “momentos” de la siniestralidad laboral (riesgos laborales no permitidos y resultado de lesión/muerte del trabajador) como dos compartimentos estancos, limitando la perspectiva integral del fenómeno delictivo que debe subyacer al análisis del delito de peligro.

La relevancia del estudio del resultado lesivo podrá apreciarse especialmente en el caso de las enfermedades profesionales y sus diferencias respecto del accidente laboral. En este capítulo se demostrará que la prevención de ambos eventos responden a pautas

diferentes, que deben tener su correlato en la introducción de elementos típicos *que recepten esa distinción*, para un diseño eficaz del delito de peligro. Este esquema no ha sido respetado por el legislador en la elaboración del art. 316 -que no diferencia entre la previsión de uno y otro desenlace dañoso-, lo que se traduce en una prevención deficiente de las enfermedades laborales.

Asimismo, el estudio de la relevancia del aporte imprudente del trabajador al resultado lesivo imputado al empresario, permitirá delimitar con mayor precisión la estructura y alcances del deber de seguridad (complejo) que recae en éste, en tanto *presupuesto* del delito de peligro del art. 316 CP español.

### **I.1 Objetivos propuestos**

La estructura de este capítulo, apunta al análisis de dos fenómenos característicos que se configuran en el escenario de la producción de resultados lesivos en el trabajo, cuyo abordaje, como se verá en el desarrollo de lo que sigue, nos permitirá llegar a importantes conclusiones sobre cómo debe diseñarse el tipo de peligro que aquí se propondrá.

En primer lugar, y teniendo en cuenta la estructura compleja que representa la empresa, la necesidad de lograr una correcta delimitación de las esferas de competencia entre los que ostentan alguna posición de garantía frente a los riesgos laborales (el empresario y los delegados) y las cuestiones que incluye esta problemática (imputación de resultados lesivos y determinación de la autoría y participación, entre otras).

En segundo término, se analizará también, la relevancia de la *intervención imprudente* del trabajador <sup>892</sup> en la producción de los “accidentes laborales”<sup>893</sup>, cuando resulte de ellos su lesión o muerte y de qué modo impacta esa conducta de la víctima, en la responsabilidad penal del empresario por tales delitos.

---

<sup>892</sup> Se aclara que el uso del término “imprudente” en referencia a la conducta del trabajador, no se corresponde con una connotación “técnica” de imprudencia en el sentido de tipicidad subjetiva de ciertos delitos, sino que alude a una intervención “descuidada” de éste.

<sup>893</sup> Corresponde aclarar que esta expresión es usada en este trabajo como sinónimo de resultado dañoso (lesión o muerte) sufrido por el trabajador, en tanto concreción de un riesgo laboral introducido por el empresario, por el trabajador o por ambos, y desvinculado de su connotación relativa a lo “casual”, según su significado etimológico/coloquial.

Este tema se encuentra íntimamente vinculado a la determinación del contenido, extensión y límites del deber de seguridad del empresario, en tanto garante del foco de peligro que representa el proceso productivo.

En efecto, la intervención de la víctima en la producción del resultado lesivo, adquiere singulares connotaciones en el sector de las imprudencias laborales debido a la especial posición de garante que ostenta el empresario, al atribuírsele un especial deber de seguridad respecto de la salud y vida de los trabajadores. Si bien es cierto que el trabajador no es deudor de seguridad frente a nadie, y es el empresario quien adeuda y garantiza esa seguridad, está claro que ello no significa establecer en el ámbito de los accidentes de trabajo un principio de responsabilidad penal objetiva del empleador o delegados de seguridad, de forma que una vez constatado el resultado lesivo pudiera ya atribuírsele automáticamente la responsabilidad penal a éstos.

La delimitación de cuáles negligencias del trabajador deben ser prevenidas y neutralizadas por el empresario no es una tarea fácil y en ese sentido tanto la doctrina como la jurisprudencia no han establecido criterios precisos (normativos) en aras de lograr ese objetivo, recurriendo muchas veces a la casuística. Aquí se intentará precisar los parámetros que deben guiar ese deslinde.

Para ello, mi propuesta será partir de un análisis profundo del deber de cuidado del empresario y de su incumplimiento *como único presupuesto para fundamentar su responsabilidad penal frente a los resultados lesivos*, en los que el trabajador haya prestado un aporte imprudente y no del comportamiento de éste, como hasta ahora han hecho la doctrina y jurisprudencia.

Este incumplimiento del deber de seguridad, será el “principio rector” para distinguir la imprudencia profesional del trabajador (competencia del empresario) de la imprudencia temeraria (competencia del trabajador) y en ese contexto, para sentar las bases de los requisitos de la “autopuesta en peligro del trabajador”, es decir de la aplicación del principio de autorresponsabilidad del trabajador como correlato dogmático de la imputación del resultado a la víctima.

Finalmente se analizarán dogmáticamente los supuestos de concurrencia de riesgos (del trabajador y empresario) en el resultado lesivo y se concluirá en qué casos y de qué modo corresponde disminuir la responsabilidad penal del empresario frente al aporte imprudente relevante del trabajador.

Todo ello, sin perder de vista la posición de subordinación que ocupa el trabajador en toda relación laboral y el conocimiento inferior de las fuentes de riesgo con que opera en su labor diaria, que generan un *estatus* especial en la relación empresario-trabajador que repercute de forma directa en la posición jurídica del trabajador-víctima.

## **II. Contextualización de la problemática de los delitos imprudentes de resultado en el ámbito laboral: el Derecho penal de empresa**

Tanto el delito relativo a la seguridad en el trabajo, como los delitos de resultado (lesión/homicidio imprudente) consecuencia de los riesgos laborales, están enormemente condicionados por las características de lo que podemos denominar el “Derecho penal de empresa”.

La problemática del sujeto activo de tales delitos ofrece caracteres propios en este ámbito, por cuanto la empresa actúa como estructura compleja, jerarquizada, en la que los centros de decisión aparecen a menudo, alejados de los agentes ejecutores.

En este sentido, las empresas y personas jurídicas son una nueva realidad emergente que ya no pueden ser tratadas como una suma de sujetos individuales sino que suponen una nueva realidad social distinta a aquellos.<sup>894</sup>

El avance tecnológico empresarial exhibido en los últimos treinta años, caracterizado por la descentralización de las empresas, la delegación de funciones, las diversas áreas de competencia, la autosuficiencia que despliegan los sistemas computarizados, el veloz tráfico de la información, y las ilimitadas herramientas que ofrece internet, ha provocado un cambio de conductas en el gobierno de las compañías.<sup>895</sup>

Dentro de estas estructuras empresariales, donde los procesos de producción o distribución de bienes y/o servicios son potencialmente peligrosos para bienes jurídicos, se presenta una atomización o fragmentación de movimientos corporales, decisiones sobre políticas generales, decisiones sobre hechos concretos, conocimiento sobre riesgos, de tal manera que a partir de cierto grado de complejidad ya no es posible encontrar una persona dentro del entramado empresarial en la que coincidan creación del riesgo o participación en el mismo con representaciones sobre dicho riesgo ni nadie que disponga de una información integral sobre la actividad empresarial. Los directivos y administrativos tienen una visión demasiado global y los que perciben directamente

---

<sup>894</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Derecho penal de empresa e imputación objetiva*, Madrid, 2007, p. 126.

<sup>895</sup> CUNEO LIBARONA, R., *Responsabilidad penal del empresario*, Buenos Aires, 2011, p. 24.



los efectos de la actividad empresarial carecen de la visión de conjunto necesaria para entender la peligrosidad que encierran ciertas actividades industriales o empresariales. No es extraño que en este contexto, un hecho que puede tener relevancia típica (como la lesión o muerte de un trabajador) acabe siendo consecuencia de una pluralidad de acciones realizada por varios sujetos sin que cada una de ellas, considerada de modo aislado, pueda fundamentar la responsabilidad por el hecho.<sup>896</sup>

Estas reflexiones ponen sobre el tapete las problemáticas propias del Derecho penal de la empresa, como la determinación y límites del deber de garante del empresario, el mecanismo de la delegación de éste como origen de los diferentes ámbitos de competencia, el fenómeno de las competencias compartidas y el modo en el que estas cuestiones impactan en la dogmática de la autoría y participación. Es por ello que frente a esta nueva realidad, impensada treinta años atrás, el Derecho penal moderno debe modificar sus tradicionales herramientas dogmáticas que regulaban los parámetros de autoría, coautoría y participación.

En efecto, los esquemas de coordinación varían en función de que las relaciones interpersonales se definan con base en una dinámica individual -de lo que se ha venido ocupando tradicionalmente la teoría del delito- o en el contexto de un ámbito de organización colectivo con división de trabajo y una dinámica de delegación y coordinación de funciones. Esta diferencia de perspectivas acaba afectando a la imputación objetiva y a la imputación subjetiva, sobre todo en el caso de estructuras altamente complejas.<sup>897</sup>

El tradicional recurso a la infracción de un deber por parte de una persona aisladamente considerada, más la relación causal con un resultado supone un esquema demasiado pobre para resolver este tipo de supuestos. No se trata de comportamientos que comunicativamente tengan un mero significado individual, sino que se encuentran en un contexto más amplio que tiene sus propias reglas de funcionamiento.<sup>898</sup>

---

<sup>896</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de empresa*, p. 129.

<sup>897</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>898</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de empresa*, p. 177. Las empresas, según su tamaño, tienen una compleja estructura armada sobre la base de un esquema de jerarquías piramidales, que se implementa por medio de un necesario sistema de división de tareas y distribución de funciones. En ese contexto, las relaciones interpersonales dentro de la organización, se establecen en el plano vertical u horizontal, según el rango de jerarquía del agente. Esta diferenciación de niveles jerárquicos cobra relevancia al momento de analizar las cuestiones de autoría y participación y a su vez permite analizar la procedencia del principio de confianza o en su caso, la prohibición de regreso como causales eximentes de

Por eso es un error interpretar en clave estrictamente individual el sentido objetivo de algunos comportamientos que tienen que ver con organizaciones complejas.<sup>899</sup>

Es así que, el actual paradigma de autoría ya no se enrola en las antiguas exigencias físico-causales analizadas en el Derecho penal tradicional y espejadas por medio de la teoría formal objetiva, sino que ingresa en el concepto del “dominio de la conducción global” que el empresario debe tener de su organización, por la expectativa social que exige un apropiado comportamiento. Esto, en referencia a la confianza que se deposita tanto en el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos como en el régimen de control para evitar que se produzcan resultados perjudiciales.<sup>900</sup>

En este panorama, la óptica propuesta por FEIJOO SÁNCHEZ obliga a distinguir dogmáticamente dos tipos de problemas, no suficientemente diferenciados hasta ahora por la doctrina:

1. determinar cuándo el delito es objetivamente imputable al ámbito de organización “empresa”. Si no es posible imputar objetivamente el hecho a la empresa, tampoco será posible imputárselo a sus integrantes
2. una vez constatado que el hecho es objetivamente imputable a la empresa, determinar cuáles son las *personas físicas* que dentro del entramado profesional son competentes respecto de ese hecho y, además, han infringido los deberes derivados de sus competencias, lo que hace que se les pueda imputar un injusto penal -doloso o imprudente-. La regla general es que a mayor complejidad organizativa de la empresa mayores dificultades encierra esta concreción. La palabra dogmática clave pasa a ser, no la de dominio del hecho, sino la de *competencia dentro de la organización*.<sup>901</sup>

---

responsabilidad penal en el empresariado (CUNEO LIBARONA, *Responsabilidad penal...*, pp. 12 y 14, ver también nota 18).

<sup>899</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de empresa*, p. 124. Por eso se ha señalado con acierto que el antiguo paradigma, de “la espada del Estado contra el desvalido delincuente” se ha transformado en “la espada de la sociedad contra la delincuencia de los poderosos” (SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*, p.23).

<sup>900</sup> CUNEO LIBARONA, *Responsabilidad penal...*, p. 25, nota 36.

<sup>901</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de empresa*, p.180. Sin embargo, la determinación de las “competencias de organización” como presupuesto de imputación de responsabilidad penal no es tarea fácil. Ello por cuanto, en el ámbito del Derecho penal, los deberes son prestaciones altamente personales y por tanto, la infracción de un deber tiene que ser necesariamente determinada e imputada de forma individualizada *pero sin dejar de tener en cuenta la estructura y organización de la empresa* (*Ibidem*).

Bajo tales parámetros, en la búsqueda de criterios para delimitar a la figura del *empresario*, en tanto garante de la seguridad de los trabajadores y posible sujeto activo de los delitos en el marco de los riesgos laborales, no debe perderse de vista que en la organización jerárquica empresarial no siempre la conducta puramente ejecutiva es la que debe ser examinada desde la perspectiva de su relevancia penal, sino que será más relevante el papel de quien está situado jerárquicamente por encima -quien detenta el control efectivo de la empresa o la jefatura en el proceso de producción-.<sup>902</sup>

La descentralización de las decisiones, característica organizativa de la empresa actual, comporta el riesgo de convertir la “organización de la responsabilidad” en la “organizada irresponsabilidad”. Ello, por cuanto se produce un desplazamiento de la responsabilidad hacia los sectores inferiores del organigrama, ya que sólo ellos llevan a cabo por sí mismos la conducta típica.<sup>903</sup>

---

<sup>902</sup> En las actividades económicas más características sólo se encuentran individuos aislados entre los consumidores o receptores finales de bienes y servicios. En el lado opuesto, el de la producción y distribución de dichos bienes y servicios, operan en cambio, casi exclusivamente, empresas organizadas de una forma más o menos jerárquica, en las que en virtud de un fenómeno de -sucesiva- delegación de funciones y de división y organización del trabajo, se da una separación muy significativa entre la ejecución de la actividad empresarial potencialmente constitutiva de un hecho delictivo y quienes tienen en última instancia la responsabilidad de que se lleve a cabo dicha actividad. En estos contextos, la conducta de aquel que siendo el último en actuar, provoca inmediatamente la lesión o puesta en peligro de algún bien jurídico, no es por lo tanto, la única que tiene interés para el Derecho penal y tampoco es necesariamente la más relevante. Al contrario, en muchas ocasiones adquieren una mayor importancia -o incluso una importancia exclusiva- otros comportamientos más alejados de aquella lesión o puesta en peligro, que pueden haber consistido en tomar la decisión determinante del hecho, en ordenar su ejecución o, simplemente, en no haber adoptado las medidas necesarias para impedir la realización del delito (PEÑARANDA RAMOS, E, Autoría y participación en la empresa, en *Cuestiones Actuales de Derecho Penal Económico*, SERRANO-PIEDECASAS/DEMETRIO CRESPO (dir), Madrid, 2008, pp. 161 y ss.). En la empresa nos hallamos ante una estructura organizada, basada en el principio de decisión del trabajo y en el principio de jerarquía. Dada una estructura así, se comprende que la conducta puramente ejecutiva -la del sujeto subordinado que por sí sólo o en conjunto con otros produce el hecho delictivo- no siempre es la más relevante. Por ese motivo, con la sanción exclusiva de éstos no se alcanzan las finalidades político-criminales perseguidas. Más importante es, generalmente, el papel de quienes están situados jerárquicamente por encima, hasta alcanzar a quienes detentan el control del ente colectivo (BATISTA GONZÁLEZ, M. La responsabilidad penal de los órganos de la empresa, en *Derecho penal económico*, BACIGALUPO (dir), Buenos Aires, 2005, pp. 29 y ss.).

<sup>903</sup> TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, Madrid, 1995, pp.38/39. Sobre el punto, HERNÁNDEZ BASUALTO destaca que carece de fundamento una exigencia de “proximidad” entre la conducta imprudente y el resultado. Lo único decisivo para afirmar o rechazar la imputación objetiva del resultado y, con ello, en buena medida, la responsabilidad penal, es si el riesgo prohibido creado por la infracción del deber de cuidado se realiza o no en el resultado concreto. La razón de esta aclaración según el autor, radica en cierta actitud en algunos operadores jurídicos, que *a priori* suelen ver meros ilícitos civiles donde no hay cercanía física entre víctima e imputado ni cercanía temporal entre conducta y resultado. Es éste un prejuicio infundado y que responde a una concepción primitiva de los delitos imprudentes de resultado (Apuntes sobre la responsabilidad (imprudente) de los directivos de empresa, *Derecho Penal Económico*, Bs.As., 2010, pp.123/24).

Sin embargo, en este ámbito de relaciones jerarquizadas, la conducta relevante será la de aquel que es responsable del ámbito de organización por ser el legitimado para configurarlo con exclusión de otras personas.<sup>904</sup>

Se pretende que el Derecho penal y en particular la dogmática de la autoría y participación asuman un cambio de perspectiva: la responsabilidad primaria por comportamientos delictivos cometidos en la empresa no se ha de referir -y menos reducir- a quien directamente ejecuta el hecho -que suele ser un trabajador con un ámbito de competencia y una capacidad de decisión muy limitada-, sino a la dirección de la organización, que es tenida por responsable en última instancia de que tales comportamientos se produzcan. En este sentido, se contraponen dos modelos de configuración de la autoría y la participación jurídico penales: un modelo de abajo a arriba (*botton- up model*); y otro que procede a la inversa, de arriba abajo (*top-down model*). El primero, siguiendo la pauta generalmente establecida respecto de la delincuencia tradicional (por ejemplo de carácter patrimonial o violento) parte de una responsabilidad preferente (como “autor”) de los que actúan en último lugar, los ejecutores materiales del hecho y extiende luego, en mayor o menor medida, esa responsabilidad a título de “participes” a quienes han prestado una contribución más lejana a su ejecución. El segundo modelo toma por el contrario, como punto de partida la responsabilidad preferente de los administradores o directivos de la empresa y luego la amplía, en su caso, dentro de ciertos límites y en distintos grados, a los mandos intermedios, los encargados y los demás empleados o trabajadores de la misma.<sup>905</sup>

---

<sup>904</sup> HORTAL IBARRA, *La protección penal...*, p. 241 y nota 574. En igual sentido FEIJOO SÁNCHEZ, quien además señala que, este fenómeno de la existencia de claros ámbitos de organización y responsabilidad provoca que aunque alguien sepa o pudiera saber que está favoreciendo una conducta delictiva, no se le podrá imputar el hecho típico mientras no tenga que ver con su ámbito de actividad dentro de la empresa (*Derecho penal de la empresa*, pp. 180 y 191).

<sup>905</sup> PEÑARANDA RAMOS, *Cuestiones Actuales...*, pp. 161 y ss. En esta dirección cabe citar una sentencia del TS de 29 de julio de 2002 donde se expresa que: “cuando se trata de delitos cometidos a través de una persona jurídica (...) la verdadera responsabilidad no está en la base sino en el vértice que tiene capacidad de decisión”. Por su parte, la STS de 25 de octubre 2002: “La organización jerárquica de las empresas determina que no siempre la conducta puramente ejecutiva del operario subordinado sea la que deba ser examinada desde la perspectiva de su relevancia jurídico penal, sino que normalmente será mucho más importante el papel de los que están situados jerárquicamente por encima.”

Sobre el punto, FEIJOO SÁNCHEZ sostiene que el modelo top down puede ser útil en determinados casos vinculados a empresas no demasiado grandes, pero no resuelve todos los problemas. En la gran empresa tienen tal importancia los cargos intermedios o jefes de sección o de departamento o de una unidad operativa concreta con autonomía y gran capacidad de decisión que no siempre sería adecuado resolver los conflictos penales proyectando la responsabilidad hacia el vértice superior de la pirámide (*Derecho penal de la empresa*, pp. 159 y ss.). Ante esta advertencia, PEÑARANDA RAMOS señala que no le parece acertada la conexión de tales preocupaciones con la definición del propio concepto de autor ni la relatividad con la que de ese modo se termina de configurar el ya poco preciso criterio del dominio “normativo” -o “social”- del hecho, este autor se pregunta: ¿cómo de grande o pequeña debe ser la

Pero, además del distanciamiento entre la toma de la decisión y la ejecución material del delito, hay que tener presente otro aspecto que incide en el proceso delictivo y en la determinación de responsabilidades penales individuales: la *propia organización* de la empresa. En efecto, la estructura organizativa de las grandes empresas ya no se basa en un sistema lineal o simple entre empresario y subordinados. A medida que se amplían las dimensiones de la organización, más complejos son los canales de interrelación entre los órganos directivos y los ejecutivos. Es más, si realmente existe un poder de mando y control, este no es ni algo asignado a un único sujeto ni algo que se manifieste de forma omnisciente. De este modo, en las empresas modernas queda obsoleta la idea de que existe una persona “omnipotente” que controla la actividad de la empresa.

En resumen, los parámetros que sirven a la definición de la responsabilidad penal individual en la delincuencia de empresa son, por una parte, la esfera de responsabilidad individual -o ámbito de competencia- y, por otra, la pertenencia a una organización empresarial compleja. De la toma en consideración de la esfera de responsabilidad individual se deriva la exigencia de referirnos a sujetos autorresponsables -sin perjuicio de que puedan existir posiciones jurídicas especiales de garantía-. Además, estos sujetos desarrollan su actividad en un contexto complejo en el que se hace preciso recurrir a criterios y principios organizativos que faciliten, ordenen y aseguren el devenir de las interacciones empresariales. Con todo, la responsabilidad penal de los intervinientes en un delito de empresa no puede concebirse sino como “*el resultado de la sinergia de estos dos elementos de valoración.*”<sup>906</sup>

### **III. El riesgo y su atribución al empresario: problemas esenciales de la imputación objetiva en este ámbito**

#### **III.1. Consideraciones básicas sobre la teoría de la imputación objetiva.**

---

empresa para que un determinado sujeto (un directivo, encargado u operario) sea o deje de ser autor del delito? (*Cuestiones actuales...*, pp. 165/6).

MONTANER FERNÁNDEZ cree que la solución sobre la atribución de responsabilidad penal a las personas físicas que delinquen a partir de la actividad de su empresa requiere la combinación de los postulados defendidos por ambos modelos de imputación. Ello se explica, por una parte, sobre la premisa de que todos los miembros de la empresa son responsables de sus propios comportamientos -autorresponsabilidad-. Por lo tanto no hay impedimento para afirmar que las normas penales también se dirigen a ellos, aunque no formen parte de la alta dirección de la empresa (*Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, Barcelona, 2008, p.40).

<sup>906</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial...*, pp. 41/42.

Desde el punto de vista aquí adoptado, la visión correcta de la teoría de la imputación objetiva, coincide con un creciente sector doctrinal -en el que se destacan los aportes de FRISCH y JAKOBS- que ha propuesto su orientación para entenderla como revisión de la teoría del tipo, pasando de la imputación del resultado a la imputación de la conducta como típica. Es decir, se trata de definir la conducta típica, más allá de elementos fácticos-naturales y de accidentes particulares de la infracción, normativamente como conducta con significado (objetivo) típico. Desde esta perspectiva, el peso esencial de la teoría -aplicable a cualquier infracción- estaría en los mecanismos dogmáticos de la *imputación de la conducta* como típica, pasando los problemas de la *imputación objetiva del resultado* a convertirse en una especialidad de los delitos de resultado. Vista así, la teoría de la imputación objetiva, es la traducción dogmática de la teoría del tipo, de las corrientes jurídico-dogmáticas funcionales de las últimas décadas.<sup>907</sup> Para ambos autores, en una *correcta imputación de riesgos* es donde se encuentra la solución de muchos problemas que la doctrina mayoritaria trata como imputación de resultados.<sup>908</sup>

Los contenidos normativos de la teoría de la imputación objetiva desarrollada por JAKOBS, se encuentran estrechamente vinculados a la idea de que el sistema de la teoría del delito debe tomar como punto de referencia la esfera de administración autónoma que corresponde al ciudadano, a la persona. En este sentido, la teoría de la imputación objetiva es para el nombrado un primer gran mecanismo de determinación de ámbitos de responsabilidad dentro de la teoría del delito.<sup>909</sup> Este autor ha desarrollado una teoría de carácter general sobre “las características objetivas generales

---

<sup>907</sup> FRISCH, W., *Comportamiento típico e imputación del resultado*, traducción de Cuello Contreras, J. y Serrano González de Murillo, J., Madrid, 2004, *passim*, JAKOBS, G., *Imputación objetiva en Derecho penal*, traducción de Cancio Meliá, M., Bs. As., 1996, *passim*, La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza”, traducción de Peñaranda Ramos, E., en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1997, ps. 209 y ss. “JAKOBS y FRISCH han extendido la objetivización del tipo, más allá de la imputación del resultado y han desarrollado también una normativización de la imputación de conductas” (FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, Bogotá, 2003, p. 236).

En este sentido se señala que FRISCH ha venido sosteniendo no tanto la defensa de un concreto criterio o meta-criterio de desaprobación típica, como la necesidad de que ya en el nivel del tipo, si éste se entiende como tipo de injusto, se articule un juicio en virtud del cual se aparten del ámbito de la relevancia penal determinadas conductas que caen de lleno dentro del ámbito de libertad general de actuación y, por consiguiente, no puedan llegar a ser calificadas en ningún caso como conductas injustas (ROBLES PLANAS, R., *Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo*, Bs. As., 2006, p 75).

<sup>908</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo...*, p. 251

<sup>909</sup> PEÑARANDA RAMOS, E., SUARÉZ GONZÁLEZ, C. y CANCIO MELIÁ, M. *Un nuevo sistema del Derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva de Günther Jakobs*, Bs As, 1999, p. 96.

de un comportamiento imputable”. Se ha preocupado por poner en evidencia que desde el punto de vista del ordenamiento no todos tenemos que ver con todo o no todo es cosa de todos. En ese contexto, destacó cómo la vida social se basa en la delimitación de ámbitos de responsabilidad como criterio objetivo que limita la imputación de un suceso a una persona. La teoría de la imputación objetiva se convierte entonces, en un mecanismo de determinación y limitación de ámbitos de responsabilidad que permite constatar cuándo una conducta adquiere un carácter objetivamente delictivo.<sup>910</sup>

Una vez sentados los presupuestos que anteceden resulta posible descender ya al nivel dogmático concreto.

Toda la teoría de la imputación objetiva responde a dos raíces distintas: por un lado se trata de determinar si las características de la conducta llevada a cabo por el autor se corresponden con la previsión del tipo. Por otro lado, en los delitos de resultado, se trata de comprobar -una vez verificado el carácter típico de la conducta- si el resultado conectado causalmente a esa conducta puede reconducirse normativamente a ésta, es decir, si también el resultado es típico. A estas dos raíces responden los dos niveles de análisis: imputación objetiva del comportamiento e imputación objetiva del resultado.

#### Imputación objetiva del comportamiento:

Aquí ha de comprobarse que la conducta en cuestión responde a los parámetros normativos generales del tipo objetivo. Desde el punto de vista aquí adoptado estas características generales pueden resumirse en tres instituciones dogmáticas: riesgo permitido, prohibición de regreso e imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima. Estas instituciones no constituyen puntos de vista aislados, sino verdaderos escalones sucesivos de análisis: el orden de examen responde a una clasificación progresiva de lo más genérico a lo más específico.

Con relación al riesgo permitido, cabe señalar que existen determinados espacios que ya desde un principio no se hallan abarcados por las normas penales de comportamiento por responder a una configuración vital que es tolerada de modo general: las conductas realizadas en ese marco están cubiertas por un riesgo permitido. Aquí se parte de la idea

---

<sup>910</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo...*, pp.244/5.

de riesgo permitido como aquella institución dogmática que determina el “estado de interacción normal” en el trato de determinados riesgos.<sup>911</sup>

En el caso que aquí nos ocupa, se trata de una actividad generadora de riesgos (proceso productivo) que es permitida siempre y cuando se desarrolle en el marco de la reglamentación extrapenal, fundamentalmente la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL). En ese contexto, no concurrirá un “riesgo jurídicamente relevante.”

En cuanto a la prohibición de regreso, su contenido consiste en que un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo, no constituye participación en una organización no permitida. De este modo, se excluye la imputación objetiva del comportamiento. Por ejemplo, casos en los que existe una aportación inicial subjetivamente dolosa, pero objetivamente ambivalente a un posterior desarrollo delictivo o a una autolesión. Se trata del “reverso” de la participación punible.<sup>912</sup> Sin embargo, las dificultades aparecen cuando se trata de establecer los límites de la prohibición de regreso. Para marcar esos límites FRISCH ha propuesto recurrir al “contenido de sentido” de la conducta del autor: sólo si la conducta muestra el específico sentido de ser un favorecimiento o una incitación a un comportamiento delictivo o a una conducta arriesgada de un sujeto que carece de los conocimientos relativos al riesgo, podrá hablarse en principio, de una conducta típica del primero.<sup>913</sup>

La imputación al ámbito de la víctima, se refiere a la relevancia que puede tener para la tipicidad de la conducta de un sujeto que en la realización de la misma haya intervenido de algún modo el sujeto que resulta lesionado posteriormente, la “víctima” de ese comportamiento. Puesto que el sacrificio por parte del propio titular de los bienes

---

<sup>911</sup> JAKOBS, *La imputación objetiva...*, pp. 44 y ss. En el sentido de que se trata de una determinación general para ciertos tipos de actividad, no vinculada (a diferencia del ámbito de justificación) al contexto particular y, en ese sentido, implica la legitimación de espacios de libertad de actuar generales, en cuanto elemento del tipo objetivo de los delitos dolosos e imprudentes. Desde el punto de vista aquí adoptado, también forma parte de la institución de riesgo permitido, el principio de confianza. Ello por cuanto se lo interpreta como una modalidad general de determinación de ámbitos de responsabilidad y concretamente, de cuáles son los límites del riesgo permitido, se trata en definitiva, de un supuesto específico del riesgo permitido (CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Mendoza, 2001, pp.103 y ss.). La aplicación del principio de confianza adquiere en este ámbito de los riesgos laborales, características muy particulares, que se analizarán más adelante.

<sup>912</sup> JAKOBS, *La imputación objetiva*, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza”, *Estudios de Derecho penal*, pp. 209 y ss.; el mismo, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 71 y ss.

<sup>913</sup> CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, pp. 114/115. El ámbito de la prohibición de regreso queda diferenciado del correspondiente al riesgo permitido, principio de confianza, por el hecho de que -una vez determinado el ámbito en el que existe un significado unívoco no delictivo de la conducta del autor-, la conducta del autor queda desvinculada del posterior desarrollo lesivo con independencia de la cognoscibilidad o conocimiento por parte del autor del mismo, es decir que opera de modo completamente contrafáctico (*Ibidem*, p. 117).



jurídicos protegidos no es reprimido por el Derecho penal, y las intervenciones de terceros en actividades autolesivas son incriminadas de modo excepcional por normas especiales, queda al libre albedrío del titular de esos bienes configurar su actividad vital de tal modo que se genere un riesgo para sus propios bienes. Como correlato de esa libertad de organización arriesgada, será también el titular quien deba asumir de modo preferente los daños que puedan derivar de ella. Esta institución opera en supuestos en los que el titular “víctima” emprende conjuntamente con otro “autor” una actividad que puede producir lesión de esos bienes. La actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito preferente de la víctima.<sup>914</sup> Esta institución adquiere en este trabajo máxima relevancia y a lo largo de este capítulo se intentará determinar bajo qué condiciones, es posible una imputación al ámbito de la responsabilidad del trabajador-víctima que excluya la tipicidad del comportamiento del empresario, en un caso de lesión o muerte en accidente laboral.

Presupuesto y objeto de referencia de la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima es que lo sucedido -actividad arriesgada que produce el daño- se corresponda con la *organización conjunta* de autor y víctima. Queda claro que de lo que se trata es de normativizar la incidencia de la conducta de la víctima en el juicio de tipicidad.<sup>915</sup> Veremos en este capítulo qué interpretación cabe darle al requisito “organización conjunta” en un ámbito (relaciones laborales) caracterizado por una desigualdad estructural entre autor (empresario) y víctima (trabajador).

En síntesis, la falta de imputabilidad objetiva de una conducta puede obedecer a las siguientes razones: en primer lugar, la conducta puede mantenerse, por su modalidad y la magnitud del peligro que entraña, dentro del riesgo permitido. En segundo lugar, la conducta puede ser en sí misma inocua y desviada arbitrariamente por otra persona, en un sentido delictivo (prohibición de regreso). En tercer lugar, la compensación de la conducta peligrosa puede ser asunto de un tercero. Y, en cuarto lugar puede que la

---

<sup>914</sup> JAKOBS, Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal, en *Estudios de Derecho Penal*, pp.271 y ss. CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, pp.118 y ss. Respecto de esta institución, imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima, la prohibición de regreso se presenta como una especie de reverso, mientras en este caso se establece que no existe un comportamiento en común -aporte inocuo- en el ámbito de la imputación de la víctima es precisamente el hecho de que la actividad conjunta pueda ser atribuida al responsable preferente -el titular de los bienes- lo que permite afirmar la falta de tipicidad de la conducta del autor (*Ibidem*).

<sup>915</sup> PEÑARANDA RAMOS, SUARÉZ GONZÁLEZ, y CANCIO MELIÁ, *Un nuevo sistema del Derecho penal...*,p.102.

consecuencia dañosa incumba a la víctima misma por su propio comportamiento o, sencillamente, porque ella tenga que soportar la desgracia.<sup>916</sup>

#### Imputación objetiva del resultado:

De lo que se trata en este segundo escalón de análisis es de explicar el resultado lesivo producido. Sólo podrá considerarse el resultado como consecuencia de la conducta típica, cuando ésta aparezca como el factor causal determinante del resultado.<sup>917</sup>

Además de exponer en este contexto el engarce de la imputación del resultado con el primer nivel de imputación del comportamiento, partiendo de una definición de riesgo como conjunto de condiciones explicativas de un suceso, JAKOBS ha abordado el problema de los “comportamientos alternativos ajustados a Derecho”, encontrando el criterio de solución en que la causación se haya producido de modo planificable o no: el comportamiento no permitido tan sólo constituirá la explicación del suceso lesivo, cuando el curso causal que de él deriva se haya producido de tal manera que su evitación fuese planificable. Cuando ello no sea así, la explicación de la lesión estará en la realización de un riesgo general de la vida.<sup>918</sup>

El criterio básico de la imputación del resultado en el delito imprudente es el “fin de protección de la norma”, entendido éste como la exigencia de que el resultado sea precisamente una concreción o realización del riesgo creado mediante la infracción de la norma de cuidado y no de otro riesgo. En caso de duda no se debe imputar el resultado, a diferencia de lo que defiende la “teoría del incremento del riesgo”. Concretamente en el ámbito del delito imprudente, -que es lo que aquí nos interesa, en el marco de los accidentes laborales-, la teoría del incremento del riesgo se conforma con que se cree o no se evite un riesgo de forma imprudente, pero no exige que el resultado se produzca como consecuencia de la infracción al deber de cuidado. Se conforma con que el resultado se produzca “con ocasión” del riesgo creado imprudentemente.<sup>919</sup>

En cambio, el criterio de fin de protección de la norma, parte de un principio diferente al del incremento del riesgo: la norma sólo desvalora ciertos riesgos, por lo que un resultado sólo es típico si supone una realización de un riesgo típico, pero no de un

---

<sup>916</sup> JAKOBS, La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza”, *Estudios de Derecho penal*, pp. 221/222.

<sup>917</sup> Ver sobre este tema: ROXIN, *DP-PG*, t. I, pp. 373 y ss.; MIR PUIG, S., *Derecho Penal-Parte General*, Barcelona, 2015, pp. 262 y ss.

<sup>918</sup> PEÑARANDA RAMOS, SUARÉZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ, *Un nuevo sistema del Derecho penal...*, pp. 107/108.

<sup>919</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo...*, p. 351.

“riesgo permitido acompañante”. Estos dos principios son incompatibles, ya que parten de premisas opuestas. Esta contradicción no es apreciada por un gran sector de la doctrina que utiliza uno u otro, según le convenga. El criterio del fin de protección de la norma, parte de la premisa de que en supuestos de concurrencia de riesgos típicos y permitidos, es preciso constatar que el resultado *es realización de un riesgo típico*. Es decir, según este criterio no tiene que evitarse la realización de riesgos permitidos o de todo tipo de riesgos. La opinión contraria, que considera que en ciertos supuestos no se crean con una conducta varios riesgos, sino un sólo riesgo que no se puede dividir en una parte permitida y otra desvolarada, incurre en una contradicción: al autor se le reprocha crear un peligro para un bien jurídico mayor que el permitido, pero no se puede determinar cuál es el riesgo permitido en ese caso.<sup>920</sup>

JAKOBS ha resaltado uno de los grandes problemas que encierra la imputación objetiva de resultados: la cuestión relativa a la realización del riesgo en caso de *conurrencia de riesgos* (como un problema privativo de los delitos de resultado).<sup>921</sup> En los supuestos de concurrencia de riesgos, puede suceder que la conexión entre el riesgo inicial creado por el autor y el resultado final esté desvirtuada por la conducta de la víctima o la de otro sujeto. Sin embargo, hay casos en los que la conducta de la víctima no interrumpe el nexo de imputación y a pesar de ello, debe tenerse en cuenta de algún modo el comportamiento de ésta, pues resulta evidente que la producción del resultado también está relacionada con la conducta de la víctima. Es decir, que sólo las dos conductas inadecuadas de ambos explican el resultado.<sup>922</sup>

En este capítulo se tratarán también, además de los casos de autopuesta en peligro del trabajador (imputación al ámbito de la víctima), aquellas situaciones en las que el accidente laboral es producto de los riesgos introducidos por el empresario y también por el trabajador imprudente (conurrencia de riesgos).

### **III. 2 Aproximación a la dogmática de la comisión por omisión**

En una primera aproximación, los delitos de comisión por omisión se pueden definir como la producción de un resultado penalmente típico que no fue evitado por quien pudo y debía hacerlo, es decir por quien tenía la capacidad y el deber jurídico de actuar

---

<sup>920</sup> *Ibidem*, pp. 188/90.

<sup>921</sup> Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal, en *Estudios de Derecho Penal*, pp.271 y ss, ver también, FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo...*, p.244.

<sup>922</sup> JAKOBS, *ibídem*. Ver también: CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas...*, pp. 170/77; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp.527 y ss.

en la evitación del resultado típico (de lesión o de peligro concreto del bien jurídico). Precisamente esa referencia inmediata a la no evitación del resultado marca, junto con el deber de actuar a él referido, una de las principales diferencias con los delitos propios de omisión

El ámbito de los delitos de comisión por omisión queda circunscripto a las omisiones referidas a resultado, cuyo autor ostente una posición de garante, y sean portadoras de un contenido de injusto idéntico al de la acción típica. Es precisamente esta equivalencia a nivel de contenido de injusto la que fundamenta que la comisión por omisión quede sometida al marco penal establecido por el precepto de la Parte Especial para el tipo de comisión activa.<sup>923</sup>

Además, se trata de omisiones graves, puesto que han de mostrar su *equivalencia* con los hechos comisivos, lo que permite que el resultado no evitado se impute a la no realización de la acción indicada. Uno de los principales problemas de estos delitos se deriva de que la identidad con el comportamiento activo no aparece descrita en los tipos penales expresamente, sino que tal equivalencia ha de establecerse en el marco de normas prohibitivas de descripción positiva, que se refieren a primera vista, sólo a comportamientos activos.<sup>924</sup>

En España, a pesar de la propuesta de un sector doctrinal de tipificar la comisión por omisión en un catálogo cerrado *-numerus clausus-* en la parte especial del C.P.<sup>925</sup>, la reforma penal aprobada por el Parlamento en 1995 recoge en la parte general (art. 11), el tipo donde tiene cabida el delito de comisión por omisión.<sup>926</sup>

El citado precepto dispone que “*Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor equivalga, según el texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipara la omisión a la acción:*

*a) cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar*

---

<sup>923</sup> GRACIA MARTÍN, L., La comisión por omisión en el Derecho penal español, en *La comisión por omisión*, Madrid, 1994, pp. 55 y ss. Ver también: GIMBERNAT ORDEIG, E., El delito de omisión impropia, en *Revista de Derecho penal y criminología*, n° 4, 1999, p.533; SILVA SÁNCHEZ, Artículo 11, en COBO DEL ROSAL (dir), *Comentarios al Código Penal*, t. I, Madrid, 1999, p.466; RODRÍGUEZ MESA, M., *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, Navarra, 2005, p. 73.

<sup>924</sup> SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, p.349.

<sup>925</sup> HUERTA TOCILDO, S. *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, 1987, pp. 163 y ss.

<sup>926</sup> Así lo propugnaban entre otros MIR PUIG, CEREZO MIR, TORIO LÓPEZ, ZUGALDÍA ESPINAR, vid SILVA SÁNCHEZ, Política Criminal y Reforma legislativa en la comisión por omisión, *LH al Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, 1993, p.1071

b) cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídico protegido mediante una acción u omisión precedente.”

La ley utiliza en el art. 11 un concepto de conducta comprensivo de la prohibición y del mandato, esto es, la *infracción de un especial deber jurídico del autor*. Así, tras un enunciado como el establecido en el art 147 CP, “el que causare a otro una lesión”, es posible advertir dos normas primarias, una de prohibición y otra de mandato, que corresponderían a un tipo dogmático comisivo y a otro omisivo, con elementos diferentes, pero que mostrarán una identidad estructural. Pese a la forma prohibitiva (norma primaria), en el delito de comisión por omisión se expresa un contenido preceptivo, un mandato frente al bien jurídico protegido.<sup>927 928</sup>

En el texto de art. 11, se mezclan dos perspectivas radicalmente diversas: la tesis de la plena identidad estructural en el plano normativo, aunque plasmada con una terminología “más débil” (equivalencia según el texto de la ley) y la tesis que construye la comisión por omisión a partir de la omisión pura, esto es, la infracción de un deber, que en virtud de la segunda parte del precepto pasa a definirse en términos básicamente formalistas.<sup>929</sup>

El art. 11 impone una doble exigencia: por un lado deberá concurrir algún deber jurídico. No sólo y estrictamente alguno de los señalados en a y b, porque se trata de una enumeración ejemplificativa.<sup>930</sup> Por otro lado, la conducta omisiva ha de ser equivalente *según el texto de la ley* con la acción positiva. Para ello, la conducta omisiva habrá de subsumirse en la descripción típica del hecho. La equiparación material no requiere sólo una especial posición de deber, sino además una especial relación con el bien jurídico que habrá de constatarse acudiendo a la teoría de las

---

<sup>927</sup> SILVA SÁNCHEZ, *LH Prof Juan del Rosal*, pp. 1075/78. Ver también, CUADRADO RUIZ, M., *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, Barcelona, 1998, p.40.

<sup>928</sup>La fórmula del art 11 no está exenta de críticas pero, en todo caso, ofrece a la praxis una base legal y unas directrices para que cuando llegue el caso pueda resolverlo sin recurrir a criterios extralegales o puramente doctrinales que pueden infringir el principio de legalidad. No obstante, para una parte de la doctrina el texto era innecesario, puesto que la jurisprudencia no había rebasado los márgenes permisibles desde las exigencias del principio de legalidad, no habiendo incurrido en excesos. En todo caso, la fórmula del art 11 supone una superación de una laguna legal: si se había dicho muchas veces que como la omisión no es nada, nada puede causar, el precepto elimina ese impedimento (CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad...*,p. 41). En el CP argentino no existe una cláusula similar a la del art. 11 del CP español. Ello ha llevado a expresar a ZAFFARONI que la vigencia de los tipos de comisión por omisión fuera de los estrictos supuestos creados por la ley, repugnan al principio de legalidad, no sólo por la ausencia de una norma de equiparación en la parte general, sino porque igualmente, la consagración de la misma no permitiría sortear el valladar constitucional (ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *DP-PG*, Bs. As., 2000, pp. 548 y ss.).

<sup>929</sup> CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad...*,p.42; SILVA SÁNCHEZ, Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del art. 11 del Código penal, *La Ley, Año XVII, N° 4144*, 1996, pp. 3/4.

<sup>930</sup> SILVA SÁNCHEZ, *La Ley, N° 4144*, pp.3/4 y MIR PUIG, *DP-PG*, p.326.

funciones. Es decir, integrar la situación típica del deber de actuar con la posición de garante que se da cuando corresponde al sujeto una específica *función de protección del bien jurídico o una función personal de control de una fuente de peligro*.<sup>931</sup>

Las cuestiones que hay que resolver para poder afirmar la imputación de un resultado a una omisión y considerar que un sujeto ha cometido un delito en comisión por omisión son: en primer lugar, la posición de garante del autor (el deber de evitar el resultado que incumbe al sujeto de la omisión) y, en segundo lugar, que la no evitación del resultado equivalga según el texto de la ley, a su causación.

En los delitos de comisión por omisión sólo puede ser sujeto activo quien tenga el deber jurídico específico de evitar el resultado. La posición de garante es por consiguiente, el eje de la comisión por omisión y el fundamento de la imputación del resultado. Con el segundo requisito parece como si el legislador hubiese pretendido suplir la problemática que suscita la “relación de causalidad” en este tipo de delitos.<sup>932</sup>

### **III.3 Fundamento de la posición de garante**

El fundamento de los deberes de garantía en los delitos de omisión ha sido objeto de diferentes interpretaciones por parte de la doctrina. Esta investigación se apoya esencialmente en la postura desarrollada por LASCURAÍN SÁNCHEZ, a partir de la tesis sobre la competencia por organización, proveniente de JAKOBS.<sup>933</sup>

Previo al abordaje del tema, cabe advertir que para JAKOBS, es un aspecto secundario que la gente actúe u omita de cara a la imputación penal. La separación de acción y omisión constituye una razón técnica de segundo orden, relativa a cómo tiene el sujeto que organizarse para cumplir con los deberes positivos y negativos que se le asignan. Dichos deberes tienen un fundamento último común, que es el “mantenimiento de los elementos irrenunciables de la configuración social” y que se divide en dos: la competencia por organización de cada persona y las competencias institucionales. Los

---

<sup>931</sup> MIR PUIG, *DP-PG*, pp.326 y ss. El especial deber jurídico delimita así, el ámbito en que puede aparecer la equivalencia material. De esta forma al comenzar la segunda parte del art. 11 señalando cómo se equiparará la acción a la omisión, la idea de la equivalencia según el texto de la ley, se convierte en el criterio rector de todo el precepto, de modo que a la mera constatación de la obligación legal, contractual o derivada del actuar precedente, habrá que sumar un juicio de equivalencia en sentido estricto (CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad...*,p.45).

<sup>932</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E, *Delitos impropios de omisión*, Madrid, 1983, p. 90; MIR PUIG, *DP-PG*, pp.326 y ss.; CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad...*,p.51.

<sup>933</sup> JAKOBS, *Derecho Penal- Parte General*, Madrid, 1995, pp. 968 y ss.; el mismo, *La competencia por organización en el delito omisivo*, en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1997,pp. 348 y ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión: fundamentos de los deberes de garantía*, Madrid, 2002, pp. 49 y ss.

deberes de garante del primer grupo son *deberes en virtud de responsabilidad por organización*.<sup>934</sup>

La problemática referida a la asignación de resultados negativos a omisiones y por ello la equiparación de éstas a las acciones, se relaciona con la atribución de posiciones o deberes de garantía. La existencia y quiebra de ese deber se configura como el requisito nuclear de la imputación de un resultado a una omisión causante del mismo.<sup>935</sup>

Sin embargo, para la imputación objetiva del resultado a un comportamiento omisivo, no es suficiente con la quiebra del deber de garantía. En paralelo a ello se requerirá la posibilidad de una acción salvadora en el omitente y que sea el curso de riesgo *indebidamente* no contenido, el que se concrete en el resultado.<sup>936</sup>

En esta dirección, aclara LASCURAÍN SÁNCHEZ que la razón por la que alguien queda obligado y sujeto a responsabilidad penal, no puede consistir en el dominio del riesgo, sino en una idea que está detrás de ese dominio y que consiste en el ejercicio de la *autoorganización, o en el ejercicio de la libertad, o en el ejercicio de la autonomía personal*.<sup>937 938</sup>

---

<sup>934</sup> JAKOBS, La imputación penal de la acción y de la omisión, en *ADPCP*, t. III, 1996, p.872; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión...*, p 50; GIMBERNAT ORDEIG, Causalidad, omisión e imprudencia, *ADPCP*, t. 47, (mes 3), 1994, pp.5 y ss.; REQUENA JULIANI, *Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio: posición de garante e imputación objetiva*, Madrid, 2010, pp. 251 y ss.

<sup>935</sup> LASCURAIN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión...*,p.20.

<sup>936</sup> *Ibidem*

<sup>937</sup> En este sentido, el autor citado critica la teoría de SCHÜNEMANN como exponente de las “teorías de la dependencia” y su posición acerca del dominio sobre la causa del resultado lesivo: ese dominio puede ser en la concepción del autor alemán, de dos tipos: 1. el dominio sobre una causa esencial del resultado que se producirá en quien domina cosas o personas irresponsables peligrosas y 2. el dominio sobre el desamparo de la víctima. La crítica esencial que esas teorías merecen consiste en que del simple poder no deriva sin más, el deber. Ni ello es así en la percepción ética común ni lo es en la jurídica, que diferencia siempre entre los delitos de omisión de socorro y los delitos de imputación de un resultado a una conducta omisiva, y queda en todo caso por justificar, *porqué el que puede, debe* (*Los delitos de omisión...* p. 20 y nota 16). A una conclusión similar a la de SCHÜNEMANN, llega GRACIA MARTÍN con su teoría del dominio social. Según LASCURAÍN SÁNCHEZ, las valiosas aportaciones de SCHÜNEMANN y de GRACIA MARTÍN, encuentran su flanco más débil en la utilización que hacen del concepto de dominio: el concepto de dominio o dominio social o de aumento del peligro a través de la propia omisión, no transmite la razón por la que alguien queda obligado y sujeto a responsabilidad penal (*Los delitos de omisión...*, pp. 38/39).

En la determinación del garante, tampoco se resuelve satisfactoriamente la cuestión cuando se recurre a un criterio de contenido social como en la construcción de LUZÓN PEÑA. En su razonamiento, la propia omisión crea el peligro o lo aumenta de modo determinante cuando el sujeto deja de cumplir su función social normal o específica (Injerencia, comisión por omisión y omisión de socorro, en *Derecho penal de la circulación*, Barcelona, 1990, pp.167 y ss.). En este caso se sustituye el criterio del deber jurídico por el del “deber social” y lejos de resolverse la cuestión inicial, se le añade la indefinición propia que siempre genera la introducción de este tipo de elementos en la resolución de problemas dogmáticos (RODRÍGUEZ MESA, *La atribución...*, p. 122). La referencia al rol social -solamente- interesa en la medida en que opera como un factor delimitador del contexto en el que puede originarse la concreta relación material de garantía (MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial...*,pp. 298 y ss.). Ver también, LASURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión...*, pp.44 y ss.

Si en los delitos comisivos se afirma que la primera fuente de imputación radica en que el autor ha extendido a través de su dominio causal, su ámbito de organización sin consideración a otras personas y a costa de ellas, en los delitos omisivos cabe la imputación del mismo modo, cuando el titular de un ámbito de organización permite que el mismo se extienda en detrimento de un ámbito de organización de otro. La razón de esta imputación hay que encontrarla en ambos casos en la idea de *responsabilidad como sinalagma de la libertad*: existe el deber de mantener el ámbito de organización en una situación inocua. Junto a la prohibición “no dañes”, aparece pues un mandamiento: “elimina peligros que surjan de tu ámbito de organización”.<sup>939 940</sup>

---

<sup>938</sup>Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, sostiene que las conductas de riesgo prohibidas no son sólo las de “creación por medio de un movimiento corporal (de causalidad eficiente) de ese riesgo (comisión activa)”, sino también las de “asunción del compromiso material de actuar a modo de barrera de contención de determinados riesgos que amenazan una esfera jurídica ajena, unida a la vulneración del compromiso adquirido”. Señala este autor que en ambos tipos de conductas “se produce una efectiva injerencia en la esfera de organización ajena que justifica la imputación del resultado lesivo”. La existencia de la posición de garantía depende de la relación material que se establezca entre el sujeto y el bien jurídico concreto y no de la simple existencia de un deber. La referida relación material que vincula al garante se fundamenta en la existencia de un *compromiso concreto que actúa a modo de barrera de contención de determinados riesgos*. Desde esta perspectiva, el sujeto que asume tal compromiso tiene, en consecuencia, el dominio o control sobre unos riesgos determinados que amenazan o pueden amenazar a un bien jurídico determinado. Este dominio y no el simple “deber de garante” -genérico- es lo que otorga a la omisión, la identidad estructural y material con la comisión activa. En el concreto compromiso asumido por el sujeto obligado, se encuentra la clave valorativa que explica la identidad estructural entre la omisión y la comisión (*El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986). Según LASCURAÍN SÁNCHEZ, las dificultades de este fundamento basado en la idea de *asunción del control de un riesgo*, ligado al ejercicio de la autonomía personal, no provienen de su formulación en sí (la asunción genera deberes de garantía), sino de su *exclusividad* (sólo la asunción genera deberes de garantía), ello sólo es posible por la confusión del fundamento del deber con su consecuencia. Continúa señalando LASCURAÍN que, en casos como los de deberes paterno-filiales por ejemplo, no cabe afirmar en rigor que los agentes asumen, toman para sí “libremente” el control del riesgo, sino más bien que por determinadas razones se les atribuye el control de ciertos peligros, lo quieran o no. Esas razones son las que deben buscarse de cara a su legitimación (*Los delitos de omisión...*, pp.46/7).

RODRIGUEZ MESA coincide con la postura de SILVA SÁNCHEZ y frente a la crítica de LASCURAÍN SÁNCHEZ, defiende su posición, diciendo que, en primer lugar, la tesis basada en la asunción del compromiso no excluye en modo alguno la posibilidad de que el deber de garante traiga su fundamento genérico de una causa distinta a un acto de autonomía personal, como es el caso de La ley en los supuestos de los deberes paterno-filiales, lo que se excluye es que la mera infracción de un deber impuesto o atribuido *al margen de la autonomía personal* sea suficiente para operar como presupuesto de la imputación del resultado. Continúa señalando que, para ello es preciso además, que la omisión equivalga a su causación activa; y ello sólo es posible cuando el garante -por ley, por contrato o por actuar precedente- *asume el compromiso específico* de actuar a modo de barrera de contención de riesgos determinados para el bien jurídico. En segundo lugar, la mayoría de las situaciones de posición de garante propuestas por la doctrina pueden reconducirse finalmente a la asunción del compromiso por parte del garante. Incluso en el supuesto más debatido, como es el caso de los deberes paterno-filiales, en la medida en que los padres pueden renunciar a la patria potestad del hijo y a los deberes derivados de ésta, hay un acto de *asunción y no de imposición*: se asume la paternidad o maternidad del hijo y con ello los deberes de protección que la misma implica (*La atribución...*, pp.124/5).

<sup>939</sup> JAKOBS, *ADPCP*, 1996, III, p. 862 y ss., el mismo, *DP-PG*, p. 970, y el mismo, *Injerencia y dominio del hecho*, en *Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p.14 y ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión...*, pp. 50/51.

<sup>940</sup> En contra de la postura desarrollada por LASCURAÍN SÁNCHEZ, relativo a la “competencia por organización”, RUEDA MARTÍN, M. *¿Participación por omisión?*, Barcelona, 2013, p. 147.



El principio de autonomía como principio de moral intersubjetiva comporta la propia restricción de la autonomía. Como consideramos valioso concedernos el mayor margen posible de autonomía -y concedérmolo *a todos*-, esta pauta comportará la restricción de la autonomía para la preservación de la autonomía ajena.<sup>941</sup>

En efecto, la autonomía personal no sólo significa libertad de organización, sino también *responsabilidad* por organización. Esto se entiende en el sentido de respeto por toda autonomía ajena igualmente legítima -aspecto positivo- o en el sentido de responsabilidad por la falta de este respeto -aspecto negativo-. Ello se traduce en que todo individuo tiene reconocida una amplia competencia primaria para organizar libremente su propio ámbito, a condición de que con ello no cuestione la competencia ajena igualmente legítima. Respeto que puede expresarse, por medio del clásico *alterum non laedere*.<sup>942</sup>

El deber de garante se caracteriza por una especial intensidad coactiva, por la severa limitación que supone para la autonomía del destinatario: porque son deberes positivos, más coactivos que los negativos en cuanto limitan más las posibilidades de comportamiento, porque son deberes personales y no meramente de contribución económica, porque son deberes penales y porque son deberes cuya infracción se castiga de un modo tan severo que se asimila a la de quien genera activamente la lesión del bien jurídico. La severa restricción que supone la asignación de deberes especiales positivos reforzados en el ámbito penal, sólo puede entenderse como coste del disfrute previo de un ámbito para sí y otras personas. Ambos tipos de justificaciones son necesarios para la legitimación de un deber especial: se requiere un argumento cuantitativo, relativo al ámbito de autonomía que se preserva o se complementa frente al que sacrifica la propia obligación, y un argumento distributivo, que justifique la selección del obligado. Es tan intenso en estos casos el carácter coactivo del deber, que debe sumar a su favor no sólo el ámbito concreto de autonomía que preserva (en este caso será, la vida del trabajador), sino también el ejercicio de la libertad que posibilita (la libertad de empresa). El norte de la restricción está en la preservación de la autonomía de otro, pero no en la propia.<sup>943</sup>

El ejercicio activo de la propia autonomía origina posiciones de garantía en relación a los objetos y animales que se encuentran en nuestro ámbito de organización y respecto a las personas que actúan en el mismo a nuestras órdenes, sin margen relevante de

---

<sup>941</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión...*, pp. 58/59.

<sup>942</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión...*, p.63.

<sup>943</sup> *Ibidem*, pp. 68/70 y 75.

autonomía. Asimismo, somos garantes de la inocuidad de nuestros propios comportamientos peligrosos. También podemos constituirnos libremente en garantes a través de la asunción del correspondiente deber por parte de quien era titular del mismo (delegación). Es precisamente del propio postulado de la autonomía, del que se deriva también la posibilidad de que el individuo asuma competencias de organización ajenas delegadas por su titular -comenzando por las relativas a su propia protección o al control de los riesgos que emanan de su ámbito de dominio-. Esa protección o ese control pasan entonces a ser -también- asunto suyo, pues así lo han decidido libremente delegante y delegado. La libre asunción de las funciones que delega su titular es también así fuente de deberes positivos especiales con legitimación en la idea de autonomía.<sup>944</sup>

De este principio de respeto a la autonomía de la persona y de anudación a la misma de responsabilidad, se infiere que no existen deberes de garantía en relación con el control del comportamiento *autónomo* de otros ni para la preservación del grado propio de autonomía.<sup>945</sup>

Sentado lo anterior, creo que es interesante para el contexto de esta investigación, traer a colación la tesis de GIMBERNAT ORDEIG en tanto vincula la imputación de un resultado a un comportamiento omisivo, cuando éste desestabiliza un foco de peligro. Según su postura, los focos de peligro sólo están autorizados, en la medida en que se mantienen sin sobrepasar un determinado índice y el legislador ha previsto medidas de precaución para evitar ese rebasamiento, entonces *funcionalmente* existe una equivalencia entre la desestabilización del nivel de lo permitido porque una acción incide en el foco de peligro elevándolo por encima de lo jurídicamente tolerado (por ejemplo el adelantamiento incorrecto en la circulación de automotores) y cuando esa desestabilización se produce a consecuencia de una omisión, porque, en contra de lo normativamente previsto, no se aplica la medida de precaución que haría posible mantener el foco dentro de lo jurídicamente tolerado (no frenar el vehículo ante el semáforo rojo y arrollar y matar a un motorista). Así, la *equivalencia* entre acción y omisión existe cuando un (hasta entonces permitido) foco de peligro causa un resultado típico, bien porque traspasa los límites del riesgo permitido a consecuencia de una acción del autor, bien porque el obligado a adoptarla omite llevar a cabo una medida de precaución que habría mantenido al foco de peligro dentro de lo jurídicamente tolerado o lo habría reconducido a ese marco cuando el foco lo hubiera desbordado, ya a

---

<sup>944</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión...*, pp. 76 y 80.

<sup>945</sup> *Ibidem*, p. 80.

consecuencia de la acción de un tercero o de una causa material.<sup>946</sup> Estos criterios de equivalencia entre acción y omisión en el delito imprudente lo son hasta tal punto que casi hacen aparecer al comportamiento activo y pasivo como intercambiables.<sup>947</sup>

Más allá de las críticas que pueden efectuarse a esta tesis, creo con ella se explica la imputación de los resultados imprudentes (delitos de lesión y homicidio) en el ámbito de los accidentes laborales, en cuanto responden a una desestabilización del foco de peligro permitido (proceso productivo), transformándolo en prohibido al *no adoptar una medida de precaución a la que venía obligado* el garante (empresario o quien actúe en su lugar).<sup>948</sup>

### III.4 Delegación de competencias

La división funcional del trabajo, la delegación y el encargo de funciones son técnicas empresariales que posibilitan que actividades complejas como la empresarial se desarrollen de manera coordinada y eficiente y se relacionan con la responsabilidad en comisión por omisión.

La empresa tiene una posición de garante original que es asumida por directivos y administradores -por el gobierno corporativo- y que va generando en cascada una delegación de deberes parciales.<sup>949</sup> Esa delegación será operativa una vez que, diseñada

---

<sup>946</sup> ADPCP, 1994, p.37 y ss.

<sup>947</sup> *Ibidem*. La equivalencia valorativa entre acciones y omisiones en estos casos, se explica porque lo decisivo no es si la circunstancia que eleva el riesgo de permitido a prohibido tiene su origen en una acción u omisión, sino la presencia misma de esa circunstancia, independientemente de que haya que atribuirle causalmente a un comportamiento activo o normativamente a uno pasivo (*Ibidem*, 41/42).

<sup>948</sup> Entre las críticas efectuadas por LASCURAÍN SÁNCHEZ a este planteamiento, cabe destacar en primer lugar, que la postura de GIMBERNAT ORDEIG implica una drástica reducción, frente a la doctrina dominante, del ámbito de los delitos dolosos de omisión impropia, en cuanto que quedan al margen de éstos y sólo pueden ser sancionados en su caso, como una omisión propia, todos aquellos supuestos en los que el omitente no está al cuidado de una fuente de peligro, produciéndose el resultado por una amenaza súbita para un determinado bien jurídico cuya lesión no era previsible, por lo que nadie estaba previamente encargado de vigilar un *ex ante* inexistente foco de peligro. En segundo término, LASCURAÍN SÁNCHEZ, señala que la idea esencial de GIMBERNAT ORDEIG puede reconducirse a la fórmula de imputación de un resultado a un comportamiento omisivo consistente en “la indebida no contención de un curso de riesgo que se concreta en dicho resultado”. El problema es qué significa “indebido” en este contexto, ya que este autor casi no desarrolla ese punto, no especifica a quienes debe considerárseles encargados de vigilar un foco de peligro (garantes) (*Los delitos de omisión...*, pp. 42/43). Más allá del acierto de tales señalamientos, entiendo que la tesis de GIMBERNAT ORDEIG es compatible (complementa) con la posición desarrollada *supra* sobre la determinación del fundamento de los deberes de garante.

<sup>949</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, pp. 185/86. Según SILVA SÁNCHEZ, “la delegación ya empieza en el nivel de los órganos de administración, pues éstos son materialmente “delegados” de la empresa. La posición de garantía original, la competencia originaria es, pues, del empresario, en la medida en que éste crea una organización para la producción y distribución de bienes o para la realización de servicios. Esta organización conlleva la asunción del compromiso de que de la misma no resulten hechos lesivos (del mismo modo que toda persona física asume el compromiso de que, de su esfera de organización -en el supuesto mínimo de su cuerpo- no surjan lesiones de bienes jurídicos

la estructura organizativa, asignados y ocupados todos los puestos, se inicie el funcionamiento de la actividad empresarial.<sup>950</sup>

La relevancia jurídico penal de la delegación se explica por ser una técnica a través de la cual quien la acciona -delegante- tiene la posibilidad de “descargarse” de sus competencias iniciales, traspasándolas a otra persona -delegado-. Se trata en definitiva de una técnica “transformadora” de las esferas de responsabilidad individual. Se parte aquí de un concepto material de delegación, esto es, la delegación como fenómeno a partir del cual pueden reconfigurarse o transformarse las esferas de competencia y responsabilidad de los sujetos que intervienen en la actividad empresarial.<sup>951</sup> En este sentido, la delegación tiene dos efectos principales: genera un deber de seguridad nuevo en el delegado y el menos evidente es que, transforma el contenido del deber de seguridad del delegante. En efecto, delegar una tarea no es desligarse completamente de ella, sino que sólo *cambia el modo en el que debe preocuparse*.<sup>952</sup> Se trata de una *transformación cualitativa*.<sup>953</sup> Dicha transformación es fruto de la tensión entre el mantenimiento residual de deberes de control, supervisión y vigilancia y la propia responsabilidad de los delegados en el cumplimiento de sus funciones. Tales deberes implican la posibilidad de que la conducta defectuosa del delegado, a pesar del principio de confianza, implique responsabilidad penal para el superior que no controló, vigiló o supervisó adecuadamente.<sup>954</sup> Estas consideraciones muestran la estrecha conexión entre la delegación de funciones y la responsabilidad en comisión por omisión.

---

de terceros). Tal competencia es, sin embargo, delegable, lo que supone un cambio decisivo de la situación preexistente. Así, la empresa delega en el administrador o administradores; y el órgano colegiado de administración puede delegar en uno o varios de sus miembros la gestión inmediata de la sociedad. En todo caso, a partir de lo anterior se van produciendo sucesivos actos de delegación de empleados de los diversos niveles jerárquicos, desde el personal de alta dirección hasta el último operario. Todo ello acaba configurando un organigrama de competencias que puede ser de mayor o menor complejidad, pero que en todo caso, acaba afectando de modo absolutamente significativo al modo de atribución de responsabilidad penal” (Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas, Empresa y delito en el nuevo Código Penal, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1997, pp. 14 y ss.).

<sup>950</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial...*, p. 86. La autora distingue entre la delegación y la “asignación de ámbitos de competencia” -división del trabajo en sentido formal-.

<sup>951</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>952</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, La prevención penal de los riesgos laborales: cinco preguntas, *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, p.576.

<sup>953</sup> HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, pp.248/62. Ver también, MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial...*, p. 96.

<sup>954</sup> Cuanto menores sean la preparación, experiencia y poder del subordinado, mayor será el deber de supervisión del superior y, correlativamente, menor será el alcance del principio de confianza (FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, pp. 196/197).

Desde esta óptica, la delegación no implica la pérdida de la titularidad de la competencia.<sup>955</sup> De ahí que el delegante mantenga o retenga determinadas funciones sobre la actividad de su delegado. En definitiva, mediante la delegación, el delegante gestiona su ámbito de competencia y como gestor, *mantiene en su ámbito de organización ciertos deberes “residuales”*.

La delegación puede ser una exigencia de la posición de garante cuando el cuidado de la fuente de peligro requiere de una especial capacitación técnica que el titular de la empresa no posee. En este sentido la delegación se constituye como uno de los modos de cumplir con los deberes de garante.<sup>956</sup>

Lo que ocurre entre delegante y delegado es lo que SCHÜNEMANN llama “cotitularidad de la custodia”, ya que se trata de transmitir un deber de control sobre un ámbito de riesgo que corresponde al delegante y del que éste sigue disfrutando y beneficiándose como propio.<sup>957</sup> Resulta entonces que no pueden ser ajenos los efectos nocivos que su ámbito de dominio pueda producir. De lo que sí puede prescindir el empresario (en tanto delegante), es de la carga del *control inmediato* de la fuente de peligro delegada y que se sustituye por un deber de supervisión del delegado y por un deber de intervención, si el delegado no cumple adecuadamente su función. Es en esta transformación de su deber, en donde reside para el delegante, la ventaja de la delegación.<sup>958</sup> Esto significa además, que la responsabilidad -acumulativa- del subordinado no puede operar como “*barrera de imputación*” para los superiores jerárquicos de la empresa, titulares del ámbito de organización.<sup>959</sup>

---

<sup>955</sup> Por eso se debe distinguir la delegación de la transmisión. Transmitir es enajenar, ceder, o dejar a alguien un derecho u otra cosa, trasladar. Mientras que una transmisión implica la desvinculación por parte del transmisor de aquello que es objeto de su acción, no pasa lo mismo en los supuestos de delegación. En ella se da a otro la jurisdicción, el poder o autoridad sobre algo propiedad del dador, pero no se produce la enajenación de lo delegado. Delegar una tarea no es transmitirla sin más como si de una compraventa se tratara. Quien delega en su mayordomo el cuidado y control de su perro doberman, no puede despreocuparse totalmente de los peligros que pueda generar, cosa que sí sucedería si se lo hubiera vendido al mayordomo, sólo cambia la forma en la que debe preocuparse. La hipótesis de la exoneración -del delegante- no sólo olvida que el ámbito delegado sigue siendo un ámbito de éste, sino también la desprotección a la que tal mecanismo conduciría en ámbitos tan importantes como éste y las ventajas que ya comporta la delegación como aligeración del contenido de un deber (LASCURAÍN SÁNCHEZ, *LH Prof. Cobo del Rosal*, p.576/77; el mismo, *Los delitos de omisión*, p. 90).

<sup>956</sup> Ello sucede con algunas de las delegaciones previstas en la LPRL, que se estudiarán más adelante.

<sup>957</sup> SCHÜNEMANN, B., *Prevención de los riesgos laborales*, Autores de Derecho Penal, DONNA (dir) tomo II, Santa Fe, 2009, pp.287 y ss.

<sup>958</sup> Surge aquí la cuestión de la *medida* de ese deber de supervisión o vigilancia. Cuanto mayor sea el riesgo que se pretende controlar y más difícil su control, más intensa debe ser la supervisión del delegante (LASCURAÍN SÁNCHEZ, *LH Prof. Cobo del Rosal*, pp. 576 y ss.).

<sup>959</sup> PÉREZ ALONSO, E. y ZUGALDÍA ESPINAR, J., Responsabilidad penal del empresario y del técnico en prevención de riesgos laborales, *Revista de Derecho penal*, 2008-1, Delitos de Peligro II, DONNA (dir) pp.183 y ss.

En el caso concreto de los riesgos laborales -y bajo las pautas desarrolladas-, los delegados serán quienes -por delegación del empresario- asuman en el esquema organizativo de la empresa, puestos que implican facultad de mando sobre otros trabajadores y facultad de resolución en la concreta esfera funcional que tiene a su cargo. Esto es, quienes *de facto* ejercen el poder de dirección y tienen facultades para adoptar las medidas necesarias de seguridad pertinentes.<sup>960</sup>

La delegación sólo despliega sus efectos de generación de un nuevo deber y de transformación del contenido del deber originario del delegante, cuando su cumplimiento resulta *a priori*, posible. Para ello es necesario que el delegado sea “idóneo” y que se lo dote del necesario dominio para el cumplimiento del deber, esto es, de los medios materiales e inmateriales necesarios para controlar la fuente de peligro. Ese poder puede comprender: instrumental, capacidad financiera, facultades de paralización de la actividad peligrosa. Estas competencias de dirección, implican la impartición de directrices y, en su caso, la posibilidad de establecer nuevas delegaciones. “Dominio” significa también información: el delegado debe recibir la formación e información necesarias para observar la función que de él se pretende y que se referirán a los procesos de riesgo que puedan surgir en el ámbito delegado y a los medios para su control.<sup>961</sup> A estos requisitos se le agrega la libertad: una persona delega *libremente* su deber de garantía en otra persona que lo asume *libremente*.<sup>962</sup>

De acuerdo a un concepto material de delegación, no deben fijarse requisitos formales como sería el de un contrato laboral. Por el contrario, el criterio que debe regir es el de “ejercicio del poder de dirección” que manifiesta la asunción voluntaria del riesgo empresarial, que es el fundamento de la responsabilidad del delegado, en tanto “persona

---

<sup>960</sup> Pero sin duda, será en definitiva el juez penal quien, ante el caso concreto, debe determinar los sujetos “encargados” en los que recae el especial deber de cuidado ARROYO ZAPATERO, *La protección penal...*, pp. 168/69. Se profundizará en esta cuestión en el capítulo VI.

<sup>961</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *LH al Prof. Cobo del Rosal*, p. 578; BOLEA BARDÓN, C., Imputación de resultados lesivos en accidentes laborales: cuotas de responsabilidad, en *Protección Penal de los derechos de los trabajadores*, MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir), Bs As, 2009, pp. 303 y ss.

<sup>962</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *LH al Prof. Cobo del Rosal*, p.577. Esta exigencia tiene especial relevancia en el debate acerca de si un trabajador puede -en el marco de la LPRL- ser considerado “delegado”, ya que es cuestionable que en ese caso pueda hablarse de “libertad” en la aceptación de esa designación por parte del empresario. Por otro lado, la dotación de dominio no sólo condiciona la generación de la nueva posición de garantía, sino que demarca *su momento*, que no coincide así con el del mero acuerdo de voluntades (el mismo, en *Los delitos de omisión*, p. 123, nota 246). Otro requisito mencionado, es que la aceptación voluntaria del delegado presupone el conocimiento claro sobre el contenido de la función, por lo que éste no puede ser oscuro o difuso, caso contrario, el error del delegado sobre los límites, existencia o presupuestos del objeto de la delegación, se traducirá, por lo general, en un error de tipo sobre la situación que origina la posición de garante (MEINI MÉNDEZ, I., *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Valencia, 2003, p. 382).

a la que se le confía la realización de una cosa, con mando sobre otros y con función general de vigilancia y cuidado”.<sup>963</sup>

Estos requisitos señalados, se corresponden con los deberes residuales del delegante: la competencia de selección del delegado, la de vigilancia y supervisión de su actuación, la de información y formación, la de dotación de medios económicos y materiales, la de organización y coordinación de la actuación y el deber de intervención. Todos estos deberes se proyectan sobre la actividad del delegado.<sup>964</sup>

Corresponde distinguir entre invalidez e ineficacia de la delegación. La invalidez de la delegación no comporta automáticamente su ineficacia absoluta. Sólo en aquellos casos en que la delegación se haga a favor de personas *completamente incompetentes o incapaces* -por ejemplo un menor o incapaz-, la delegación será además de inválida, ineficaz. Por lo tanto la esfera del delegante, como la del delegado, se mantienen intactas. Fuera de estos supuestos extremos, la invalidez de la delegación conlleva, como mucho, su ineficacia *parcial*. En los casos de inidoneidad relativa del delegado, o sea cuando pese a no estar profesionalmente capacitado o no disponer de los conocimientos técnicos necesarios para desempeñar su cargo, asume igualmente la delegación, podría verse como un “delegado de hecho”. Y ello porque, aun no reuniendo los presupuestos de validez requeridos -cuya ostentación fundamentaría el título de “delegado de derecho”- asume *materialmente* la delegación. Teniendo en cuenta la *bilateralidad* característica de la eficacia de la delegación, el defecto del que adolezca la delegación afecta tanto al delegante como al delegado. Así, el delegante que delega a una persona inidónea sigue teniendo la misma posición de garantía que antes (de lo contrario se lo estaría premiando por su comportamiento infractor). Por su parte, el delegado inidóneo, asumiendo algo para lo que no está capacitado, crea de ese modo una situación de peligro. En este sentido, la doctrina entiende que la aceptación del

---

<sup>963</sup> AGUADO LÓPEZ, *El delito contra la seguridad...*, pp. 318/9.

<sup>964</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial...*, pp. 94/95. La autora distingue: dentro de los deberes residuales del delegante no se incluyen el deber inicial de selección ni el deber inicial de dotación de los medios necesarios, incluyendo la información y la formación del delegado porque son anteriores a la transformación efectiva de su ámbito de competencia. El resto de los deberes residuales a los que alude la doctrina, pueden reconducirse a una categoría más genérica de deberes de control y vigilancia, y serían: la información y formación y dotación de medios durante la realización de la actividad delegada, como en su caso, la obligación de intervenir. Estas últimas son obligaciones estrechamente vinculadas con la vigilancia, ya sea como deberes instrumentales o como deberes resultante de aquellas. Son deberes de naturaleza preventiva y la relevancia de su cumplimiento se manifiesta con posterioridad a la delegación (*Ibidem*, pp. 158/9, donde menciona que FRISCH señala que también se incluye el “deber de llegar a la convicción de que el subordinado está cumpliendo lealmente con el deber que le ha sido asignado”).

delegado supone un actuar precedente, que se fundamenta en un cierto dominio del delegado basado “*en su conocimiento, o su posibilidad, frecuentemente exclusivo, del factor de riesgo que supone su propia incapacidad*”.<sup>965</sup>

De la delegación así definida, hay que distinguir el *encargo de la ejecución de una función*. Esto último se trata de que una persona con un ámbito de competencia más amplio requiere los servicios de un tercero para ejecutar una determinada tarea. La persona que encarga la actividad, no se descarga de su ámbito de competencia inicial - manteniendo la competencia principal sobre el ámbito- y por tanto, tampoco el ámbito de competencia del ejecutor sufre una transformación.<sup>966</sup>

#### **III.4 .a Delegación en el marco de los riesgos laborales**

Es la gran cantidad de deberes que afectan al titular y a los directivos de cualquier empresa lo que origina la cuestión de la delegabilidad de su competencia. Se ha entendido que esta delegación es incluso necesaria para “cumplir con la obligación de una tutela mayor de los bienes jurídicos.”<sup>967</sup>

Este mecanismo es fundamental en el marco de la seguridad laboral; en primer lugar, porque garantiza el cumplimiento del deber de garantía originariamente atribuido al empresario con relación a los riesgos del trabajo, transfiriendo el control de los mismos a los sujetos que poseen los conocimientos teóricos prácticos necesarios para ello: los

---

<sup>965</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, en Fundamento y límites del deber de garantía del empresario, en *Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedeman*, Madrid, 1995, p.221.

<sup>966</sup> Esta distinción tiene relevancia en el marco de la intervención en el delito: el delegado atrae para sí la responsabilidad a título de autoría por las actuaciones delictivas que se deriven de su nuevo ámbito de competencia. En cambio, y por lo general, el título de responsabilidad atribuible al delegante por el incumplimiento de su posición de garantía secundaria respecto del ámbito de actividad del que se deriva la actuación delictiva, se correspondería con alguna de las formas de participación. Por su parte, en la ejecución de tareas quien encarga la ejecución sigue siendo el competente y en caso que de este ámbito de competencia se derive una actuación delictiva, él será el principal responsable (MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial...*, pp. 100/01). Este tema se tratará más adelante. Respecto de la delegación, la doctrina italiana distingue entre encargo de ejecución y encargo de funciones. En el primero, a diferencia de lo que sucede en el encargo de funciones, el encargado se limita a ejecutar órdenes del empresario o de otros directivos y por eso, se considera que realmente es un instrumento o una “*longa manus*” del empresario o directivo (AGUADO LÓPEZ, *El delito contra la seguridad...*, p. 256, nota nº 53).

<sup>967</sup> BACIGALUPO, La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial, en ID (dir), *La responsabilidad penal de las sociedades. Actuaciones en nombre de otro. Responsabilidad de los consejos de administración. Responsabilidad de los subordinados, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1995, p. 76. A la delegación de la vigilancia se ha referido también la jurisprudencia “No es humanamente posible que quienes deben ejercer una posición de garante, que requiere por su naturaleza, una distribución de funciones puedan realizar personalmente todas las operaciones necesarias para el cumplimiento del deber. Por ello el ordenamiento jurídico reconoce el valor exonerante de la responsabilidad a la delegación de la posición de garante cuando tal delegación se efectúa en personas capacitadas para la función y que disponen de los medios necesarios para la ejecución de los cometidos que corresponden al deber de actuar” (STS 653/94 del 27/3/1994).



llamados *servicios de prevención*. En segundo término, y como consecuencia de lo anterior, porque mediante este mecanismo se crean nuevas posiciones de garantía y por lo tanto se amplía el círculo de posibles autores del delito de peligro (art. 316), más allá del empresario.<sup>968</sup>

En este sentido la LPRL ha previsto la imposibilidad de que, en todo caso, el empresario asuma directamente la función de seguridad. Por ello contempla los llamados “servicios de prevención” (arts. 30 al 32) con la finalidad de asistir al empresario en el cumplimiento del deber de seguridad, hasta el punto de que la autorización de asunción personal por el empresario de las funciones de prevención, se limita por ley a pequeñas empresas y a supuestos en que aquel tenga la capacidad necesaria para aquella actividad preventiva.<sup>969</sup>

De acuerdo a ello, el titular de la empresa puede observar su deber de seguridad de dos modos diferentes: inmediatamente o por delegación. En el segundo caso, el deber de seguridad no sólo se imputa al empresario, sino también a los equiparados a él, por recibir de éste poderes de mando, organización y control, porque el delegante les inviste de su originario poder de dirección.<sup>970</sup>

### **III.5 Fundamento de la posición de garante del empresario**

#### **III.5.a Introducción**

Con base en las consideraciones expuestas, el deber de seguridad del empresario en el marco de la actividad laboral surge como expresión del general *neminem laedere* en relación a la creación de riesgos propios del proceso productivo (su ámbito de organización)<sup>971</sup>. Esta exigencia de abstenerse de crear riesgos, de actuar de tal modo

---

<sup>968</sup> HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, pp.256 y ss.

<sup>969</sup> El alcance de los preceptos de la LPRL relativas a la delegación del deber de seguridad del empresario y su relación con los arts. 318 y 31 del C.P., se abordará el capítulo VI, en el marco de la autoría del delito del art. 316.

<sup>970</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, p. 267. En igual sentido, ARROYO ZAPATERO, *La protección penal ...*, pp. 167/70. En el ámbito de los riesgos laborales, el trabajador que, *sin poder de dirección de comportamientos ajenos*, recibe una cierta función de seguridad, no debe considerarse un delegado en términos estrictos, ya que esa función asignada no tiene la suficiente entidad para configurar un deber especial de seguridad (LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, p.298).

<sup>971</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ esboza un concepto de empresario como el sujeto que posee la totalidad o la mayoría de las acciones, como el que posee una minoría suficiente para *controlar* la empresa y *fixar su política general*. Lo es también el que sin ser titular de acción alguna, ostenta la dirección última de la actividad y no puede ser, en la práctica controlado por los pequeños accionistas de la sociedad (*La protección penal de la seguridad...*, p. 261). En igual sentido, HORTAL IBARRA, *Protección penal de la seguridad...*, p.250. CORCOY BIDASOLO señala que con relación a la seguridad en el trabajo, el concepto de empresario se equipara a los cargos directivos de todo nivel. Aclara que pese a esta pretendida ampliación y equiparación de la responsabilidad penal con relación a la seguridad en el trabajo, los criterios generales de determinación de la autoría y participación son también válidos en este

que no se ponga en peligro la vida y la salud de otras personas no es absoluta, pues cede cuando la actividad peligrosa es útil y necesaria y como tal valorada por el ordenamiento jurídico.

La actividad empresarial, en cuanto tarea productiva o distributiva que requiere aplicación de energía al mundo exterior para proceder a su transformación, supone, en mayor o menor medida, la generación de riesgos para bienes jurídicos ajenos. La razón por la que la sociedad permite y aun fomenta dicha actividad, incluso en supuestos en que desata graves peligros para bienes fundamentales, radica tanto en su utilidad general como en la *perspectiva de interposición de los adecuados medios de control del riesgo por parte de sus agentes*.<sup>972</sup>

La doctrina ha tratado de determinar el fundamento de la posición de garantía que ostenta el empresario frente a los riesgos laborales y los resultados lesivos (lesión y muerte del trabajador) generados por la concreción de dichos riesgos.

Quienes más han profundizado en la búsqueda del fundamento del deber de seguridad del empresario en el ámbito de los riesgos laborales han sido ARROYO ZAPATERO y LASCURAÍN SANCHEZ.<sup>973</sup>

Atendiendo a la particular naturaleza del “riesgo de empresa” (creado por el empresario) ARROYO ZAPATERO distingue dos momentos: la *apertura* de la empresa, momento de la creación del riesgo y el *ejercicio* de la empresa, proceso en el que se mantiene y desarrolla el riesgo creado y que puede crecer o disminuir (a su vez, aquí el autor trata la posición del empresario frente a riesgos

---

ámbito y por lo tanto debe tomarse en consideración los diferentes niveles de responsabilidad -división vertical del trabajo-, la posibilidad de delegación, las empresas de trabajo temporal, etc. (Siniestralidad laboral y responsabilidad penal, en *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir), Bs As, 2009, p. 362). En términos de TERRADILLOS BASOCO, el empresario es quien “recibe, organiza y dirige la prestación de servicios por parte de los trabajadores”, *Derecho penal de empresa*, p. 96. MONTANER FERNÁNDEZ, distinguiendo diferentes niveles, parte de un concepto de empresario como *top management* de la empresa, o sea el empresario que realmente tiene funciones de gestión, aunque sea de carácter estratégico y no operativo. Esto es, funciones de planificación, organización, coordinación y vigilancia generales, es decir funciones como el “establecimiento y fijación de la política de la empresa en sentido amplio”. Además de estas funciones de gestión estratégica pertenecientes al *top management* de la empresa, existen otras funciones de gestión de carácter operativo. Estas son competencia de los gestores que se sitúan fuera del órgano de administración de la empresa. Así pues, se habla del *management* medio y el más bajo. A la dirección media de la empresa le incumben deberes de dirección, coordinación y control más específicos. Entre estos directivos suelen ubicarse al director o gerente general de la empresa y en caso de grupos de empresas, al director de cada filial. La dirección inferior de la empresa, viene representada por los directivos que están al frente de los distintos departamentos de la empresa, ejemplo: comercial, ventas, etc. Los directivos de nivel intermedio e inferior poseen facultades de decisión de carácter operativo o situacional y no estratégico (*Gestión empresarial...*, p.56/57).

<sup>972</sup> LASCURAÍN SANCHEZ, *Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedeman*, p.216.

<sup>973</sup> Un criterio similar al de estos autores encontramos también en GRACIA MARTÍN, *El actuar en nombre de otro en Derecho penal*, Zaragoza, 1985, p.379, que acuñó la expresión “dominio social” para referirse a lo que ARROYO ZAPATERO denomina “relación de señorío del empresario”. También BACIGALUPO, *La responsabilidad penal de las sociedades*, pp.68 y ss.

propios y a riesgos generados por terceros que intervienen en el ejercicio de la empresa).<sup>974</sup>

En el esquema propuesto por ARROYO ZAPATERO, la actividad de abrir una empresa es parte del riesgo permitido, si bien es un actuar precedente peligroso está permitido, pero no porque se trate de una injerencia “conforme a derecho”, se excluye la imputación al empresario del deber de garantía.<sup>975</sup>

El deber de garante consiste en la *acción que tienda a evitar que el riesgo inicialmente creado se eleve por encima del riesgo permitido*, el estrictamente necesario para lograr la producción del bien o servicio socialmente deseado. La conducta tendente a *evitar la elevación del riesgo será la conducta cuidadosa exigida*. De aquí se desprende, que el deber primario del garante de no elevación del riesgo derivado de una fuente de peligro es *la vigilancia sobre la fuente de peligro* para detectar las posibles alteraciones en la misma. *El deber de cuidado es el contenido concreto del deber de garante*. Cuando el sujeto actúa corrigiendo o neutralizando las elevaciones del riesgo lo que está haciendo es cumplir con las exigencias de la posición de garante en que está situado desde antes.<sup>976</sup>

Según el razonamiento del autor citado, la correcta relación entre injerencia y conducta antijurídica es la siguiente: para fundamentar la posición de garante del injerente y la equiparación al hacer activo no es necesario que la acción precedente sea contraria al deber, sin embargo, sí es necesario que lo sea la conducta *subsecuente*. Es decir, para fundamentar la posición de garante, la conducta del que por su injerencia se obligó como garante ha de ser contraria al deber objetivo de cuidado, por tolerar la elevación del riesgo por encima del nivel permitido. La antijuridicidad no se produce al momento de abrir la empresa, sino posteriormente al no vigilar. *Hay, pues en la injerencia de riesgo permitido una exigencia de antijuridicidad, pero referida a la conducta posterior y no a la precedente.*<sup>977</sup>

Hasta aquí, el deber de garante es fundamentado por ARROYO ZAPATERO en la injerencia, sin embargo, al tratar la situación de los “riesgos ajenos”, fundamenta esa especial posición del empresario en el *poder de dirección*.

El contenido específico del deber de garantía del empresario sobre los riesgos ajenos (de los subordinados que actúan bajo su “señorío”), se resuelve fundamentalmente en una función de vigilancia y control sobre la actividad de éstos, en la adopción de todas las medidas de coordinación entre él y su subordinado y de los subordinados entre sí, y en la suspensión de éstos en su actividad cuando aprecie que la selección efectuada en la apertura de la empresa no fue acertada, o se deteriore la aptitud de estas personas posteriormente (poder de dirección empresarial).<sup>978</sup>

Recapitulando, ARROYO ZAPATERO sustenta el deber de garante del empresario en dos fundamentos distintos. Con relación a los riesgos que el empresario introduce en la empresa -en el momento de la apertura de la empresa

---

<sup>974</sup> *La protección penal de la seguridad...*, pp. 136 y ss. En contra AGUADO LÓPEZ, quien no está de acuerdo en que pueda diferenciarse tan radicalmente esos dos momentos a la hora de fundamentar los deberes de seguridad del empresario, sino que por el contrario se confunden -momento de apertura de la empresa y momento del ejercicio del poder de dirección- (*El delito contra la seguridad*, p. 298).

<sup>975</sup> ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad...*, pp. 136 y ss.

<sup>976</sup> En igual sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ sostiene que en los supuestos de riesgo permitido, la creación de éste es, por definición, acorde con el deber objetivo de cuidado, pero implica la atribución tanto de deberes de garantía como de deberes especiales de cuidado al que crea aquel o lo mantiene en su dominio. Si el sujeto crea un peligro nuevo o adicional no permitido infringe el deber de cuidado; si no adopta los medios prescritos de control del riesgo y permite que éste rebase las barreras de lo permitido, infringe el deber de garantía (*La protección penal de la seguridad...*, pp. 261 y ss.).

<sup>977</sup> ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad...*, pp. 136 y ss.

<sup>978</sup> *Ibidem*.

o en un momento posterior- es responsable por injerencia. Respecto de los riesgos que introducen personas o elementos distintos del empresario que intervienen en la empresa y que carecen de poder de decisión -trabajadores, animales, etc.-, el empresario sería responsable por ser el titular de un poder fáctico y jurídico -poder de dirección- de organizar los elementos materiales y personales de la empresa.<sup>979</sup>

Por su parte LASCURAÍN SÁNCHEZ, con un planteo similar, atribuye al empresario una posición de garante por injerencia respecto de los riesgos que él mismo introduce en la empresa y una posición de garantía por la titularidad de un poder de dirección y organización respecto de los riesgos que introducen otras personas o cosas en la empresa sin autonomía o poder de decisión en la misma.<sup>980</sup>

Este desdoblamiento del fundamento del deber de garante ha generado la crítica de AGUADO LÓPEZ. En su opinión, el deber de garante del empresario se apoya en un sólo fundamento: la injerencia, ya que la titularidad del poder de

---

<sup>979</sup> A mi modo de ver, el razonamiento de ARROYO ZAPATERO puede presentarse como contradictorio cuando al tratar la posición de garante del empresario en la apertura y ejercicio de la empresa, fundado en la injerencia, concluye que el deber primario del garante, de no elevación del riesgo derivado de una fuente de peligro, es la *vigilancia sobre la fuente de peligro* para detectar las posibles alteraciones en la misma, y agrega que “*el riesgo de nuevo tipo o grado no es necesariamente creado por el sujeto, sino producto natural de la propia fuente de riesgo o de la influencia de factores materiales o personales ajenos al hacer del sujeto*”. Es decir que conforme a esta reflexión, los “riesgos ajenos” (entre ellos los de los trabajadores) estarían incluidos como posibles elevaciones del riesgo que debe mantener en el nivel de permitido, por injerencia, sin necesidad de recurrir a un fundamento diferente, como posteriormente hace.

<sup>980</sup> *La protección penal de la seguridad*, pp. 261 y ss. Una diferencia interesante entre ambos autores radica en sus posturas acerca de la relación entre el deber de garante y el deber de cuidado del empresario. Esta cuestión está asociada a la comparación entre el delito imprudente y el delito de omisión. A menudo se ha considerado que hay una identidad entre el delito imprudente y el delito de omisión: se ha dicho que los delitos imprudentes son, en todo caso, delitos de omisión impropia pues el deber de cuidado tiene en el delito culposo, idéntico cometido que el deber de garante en el delito de omisión. Pese a ello resulta necesario distinguir entre un delito culposo de acción -se infringe la prohibición de realizar acciones peligrosas- y un delito culposo de omisión -se infringe el mandato del deber de obrar- y establecer la precisa delimitación conceptual entre el deber de cuidado y el deber de garante, pues resulta evidente que, en caso de omisión, faltando el deber de garante no puede responderse por el resultado producido aunque fuere posible afirmar una infracción de la norma de cuidado. En su aplicación práctica, la delimitación conceptual entre deber de cuidado y deber de garante puede, sin embargo, resultar dificultosa. En opinión de un amplio sector de la teoría, el deber de garantía y el deber de cuidado se determinan y delimitan recíprocamente. Incluso se ha sostenido que aunque conceptualmente diferenciables, se produce una superposición parcial o total de los contenidos del deber de cuidado y del deber de garante (ver CHOCLAN MONTALVO, J., *Deber de cuidado y delito imprudente*, Barcelona, 1998, pp. 70/72).

En este sentido, ARROYO ZAPATERO entiende que el deber de garante coincide con el deber de cuidado, lo que tiene como consecuencia fundamental la irrelevancia de la cuestión de si el empresario omite u actúa y que los límites de los deberes de actuar en evitación de los resultados lesivos coinciden con los propios del deber de cuidado, es decir con lo establecido en las disposiciones legales de seguridad en el trabajo, *lex artis* y normas de experiencia laboral y común (*Manual*, p. 69). Contrariamente, LASCURAÍN SANCHEZ defiende la imposibilidad lógica de la confluencia entre deberes de garantía y de cuidado, señalando que formara parte del deber de cuidado del titular de la empresa su abstención de desencadenar todo proceso que sea, en general o en concreto, incontrolable o que sea considerado como carente de toda funcionalidad social. Formará parte del deber de garantía, la prestación necesaria para impedir la confluencia de un curso de riesgo con un bien jurídicamente protegido. O sea, para LASCURAÍN SANCHEZ, el cumplimiento del deber de garantía supone la adopción de un comportamiento de evitación de resultados ante un proceso de peligro; el deber de cuidado, la no adopción de un comportamiento de creación de ciertos procesos de peligro para bienes jurídicos penales (*La protección penal de la seguridad...*, p.263; el mismo, *Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedeman ...*, p. 216).

dirección no es un fundamento distinto o independiente de la idea de injerencia, sino que deriva de la misma.<sup>981</sup>

Según el planteamiento de AGUADO LÓPEZ, la libertad de empresa no se protege en forma absoluta, sino que tiene un importante límite: la protección de la vida y salud de los trabajadores. El empresario puede, amparándose en la libertad de empresa, introducir riesgos siempre que cumpla con el deber de seguridad e higiene -riesgo permitido-, pero si incumple este deber de seguridad deja de estar permitido y su actuación no queda amparada por la libertad de empresa. En consecuencia, de la actuación precedente o injerencia del empresario deriva un deber: el deber de seguridad, pero también un derecho o poder: el *poder de dirección*. Para que el empresario pueda cumplir el deber de seguridad necesita que el ordenamiento jurídico reconozca correlativamente un poder, es decir el poder de dirección que le permite organizar la empresa adoptando las medidas que logren mantener el riesgo dentro de los niveles permitidos. La autora mencionada, señala que tanto el poder como el deber, se fundamentan en la idea de injerencia. Por eso, considera un error fundamentar el deber de seguridad en el poder de dirección, ya que, de ese modo, se pretende derivar de un derecho -o poder-, un deber. Ese deber deriva del principio de injerencia. Este principio es el “puente normativo” necesario entre el poder de dirección y el deber de seguridad e higiene. El fundamento del deber no es un derecho, porque del derecho sin más, es decir, sin la presencia de una relación o institución jurídica, no puede deducirse un deber.<sup>982</sup> De los riesgos que introducen las personas que intervienen en la empresa, distintos del empresario, éste responde por injerencia porque son riesgos que él crea, no de forma directa sino indirecta, cuando no vigila a las personas o animales que de él dependen y que carecen de autonomía o poder de decisión en la empresa.<sup>983</sup>

### III.5.b Competencia por organización

En mi opinión, la “competencia por organización”, es el planteamiento más acertado para determinar el fundamento y alcance del deber de garante que pesa sobre el empresario.

La posición de garantía del titular de la empresa surge, en efecto, como *contrapartida de la libertad fundamental de que goza para organizarla del modo en que mejor se ajuste a su propio interés*. En este punto, el empresario en nada se diferencia de cualquier otro individuo, pues todos tenemos esa misma libertad para configurar nuestra esfera de actividad del modo que prefiramos, pero esa libertad tiene como reverso la responsabilidad porque la propia esfera de actividad quede organizada de tal forma que de ella no se desprendan riesgos irrazonables de daño para terceras personas.

Si bien el contenido más elemental de ese deber consiste en la *prohibición* de hacer algo que resulte injustificadamente perjudicial para los demás (*neminem laedere*), igualmente elemental es el deber que consiste en el *mandato de hacer* lo que sea

---

<sup>981</sup> AGUADO LÓPEZ, *El delito contra la seguridad...*, pp. 310/13

<sup>982</sup> *Ibidem*.

<sup>983</sup> *Ibidem*.

necesario y adecuado para *evitar* las consecuencias nocivas que amenacen a terceras personas desde nuestro propio ámbito de organización. En el caso de la empresa nada de lo anteriormente señalado sufre, en principio, una transformación esencial.

El empresario individual que gestiona por si solo su negocio tiene el deber de omitir comportamientos nocivos para terceros en el curso de su actividad y también el de contener los riesgos que de ella pudiesen desprenderse para bienes jurídicos ajenos (de los trabajadores). Lo determinante no es que se trate de acciones u omisiones, sino del deber de mantener la organización configurada de modo no dañoso para los trabajadores o el deber de neutralizar determinados peligros que ya salen de su ámbito de organización, lo cual requerirá acciones u omisiones, éstas en el caso en que la organización propia esté orientada hacia el salvamento.<sup>984</sup>

Asimismo, la introducción de otras personas en el funcionamiento de la empresa, mediante la delegación en ellas de tareas que incumbían originalmente a su titular tampoco da lugar a un cambio radical de esta situación, porque como ha quedado explicado, el deber originario que incumbía al titular de la empresa -o a sus órganos en el caso que el titular sea una sociedad- no se extingue con la delegación. Una delegación válidamente realizada implica hasta cierto punto una liberación de las propias obligaciones, en cuanto que su cumplimiento queda *confiado* a otras personas, y modifica el contenido del deber originario, generándose otros deberes secundarios o derivados -por ejemplo de supervisión y control de la actividad del delegado y de su capacidad y disposición para el desarrollo adecuado de sus funciones-. Pero en cualquier caso, con la delegación no se extingue el núcleo esencial del deber primario y originario que consiste en garantizar la observancia del cuidado necesario para evitar en la medida de lo posible -y exigible-, que del círculo de organización de la empresa se deriven daños para terceros. Por otra parte, la delegación no remite a un ámbito de responsabilidad ajeno a las tareas delegadas, pues todas las acciones realizadas propiamente en el marco de la empresa son siempre también acciones que se encuadran en el círculo de organización de su titular.<sup>985</sup>

---

<sup>984</sup>JAKOBS, *ADPCP*, 1996, III, p.872; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión...*, p 50; GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, pp.52 y ss.; REQUENA JULIANI, *Intercambiabilidad...*, p.185.

<sup>985</sup> PEÑARANDA RAMOS, Autoría y participación en la empresa, en *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, SERRANO-PIEDRECASAS/DEMETRIO CRESPO (Dir), Madrid, 2008, pp.181/3.

Este punto de vista sobre el fundamento de los deberes de garantía en el ámbito de las empresas tiene algunas consecuencias importantes que no se desprenden de -o son incompatibles con- otras formas de fundamentación. Por un lado, así se explica fácilmente porqué en situaciones críticas, esto es, cuando ya no está permitido confiar en el cumplimiento adecuado de las funciones delegadas, quien efectuó la delegación recupera el contenido completo de su posición de deber original y ello con total independencia

Si el fundamento de la posición de garante del empresario es el ejercicio de su autonomía -libertad de empresa-, en el delegado lo será su autonomía para aceptar libremente la delegación. En cualquier caso, lo decisivo para que exista una posición de garante es la *asunción real* del poder de dirección -como manifestación clara de que *ha aceptado el riesgo creado por el empresario-* y no la forma con la que se revista. Aunque cabe recalcar que la aceptación recae no tanto sobre el poder de dirección, sino sobre *la fuente de riesgo que ha puesto en marcha el empresario.*<sup>986</sup>

La fundamentación del deber de garante del titular de la empresa -y de sus órganos o representantes-, *como reverso de su poder de organización jurídicamente reconocido*, resulta dogmáticamente consistente y ofrece la base más sólida para tratar de evitar que el derecho “capitule” ante el fenómeno de la división de trabajo en el marco de la empresa y para asegurar una adecuada imputación en su ámbito, mediante la atribución a quienes ocupan los diversos planos dentro de la estructura de la empresa, de los deberes de garante que correspondan a la magnitud de su poder de decisión y de actuación. Y así sucesivamente, hasta alcanzar a quienes se encuentran en el nivel más alto de la jerarquía, a los que se habrá de asignar en última instancia el deber de *“organizar la empresa de tal modo que su aparato interno de control se ajuste a la medida de cuidado necesario en el tráfico de la actividad que se trate.”*<sup>987</sup>

---

de si la delegación se produjo a un subordinado o, por ejemplo en el marco de un acuerdo del consejo de administración sobre el reparto de las áreas de competencia específica de cada uno de sus miembros. A otra conclusión habría que llegar si la posición de garante del titular de la empresa o de sus órganos se justificase, como hacia SCHÜNEMANN -aparte de la peligrosidad de los objetos o instrumentos existentes en la empresa- *en el poder de dirección*, jurídicamente reconocido, que ejerce sobre sus subordinados y en la fundamental fungibilidad de éstos. El principio de responsabilidad y competencia generales de los miembros de la dirección colegiada de la empresa en esas *situaciones de crisis*, tal y como ha sido establecido en la jurisprudencia española y alemana -en referencia al caso del *Lederpray* (BGH) y al caso del aceite de colza (TS)-, resulta por esa vía radicalmente inexplicable, pues falta aquí por definición el sometimiento al poder de dirección de otro. Tampoco casa con la posición del directivo la idea de su fungibilidad: bien miradas las cosas, esta idea ni siquiera es aplicable a -todos- los trabajadores subordinados de la empresa (*Ídem*).

<sup>986</sup> De la aceptación del riesgo deriva un deber de seguridad del delegado y un poder de dirección para poder cumplir con dicho deber. De la aceptación del poder de dirección sin más, no deriva ningún deber del delegado. O sea -al igual que con el empresario- el fundamento del deber de garante del encargado no puede ser simplemente un derecho o poder -de dirección- porque del derecho a secas, sin la presencia de una relación o institución jurídica no puede deducirse un deber -de seguridad- (AGUADO LÓPEZ, *Los delitos contra la seguridad...*, pp. 320/22).

<sup>987</sup> PEÑARANDA RAMOS, *Cuestiones actuales...*, p. 161 y ss. El titular de la empresa ostenta un deber de garante que se fundamenta en el hecho de que, al iniciar una actividad empresarial -configurando su ámbito de dominio con exclusión de terceros- se ponen en marcha cursos causales respecto de los cuales ostenta la responsabilidad positiva -derivada de un principio general como es la injerencia- de evitar que se puedan lesionar bienes jurídicos. Se trata de una manifestación de responsabilidad por la propia organización que, a través de la estructura y división de funciones en el organigrama de la compañía, se aplicaría a cada uno de los miembros, en relación con su concreta esfera de competencia (AGUSTINA SANLLEHÍ, J., *El delito en la empresa*, Barcelona, 2010, p.176).

En las empresas modernas -complejas- se destaca la autonomía con la que los miembros de cada departamento división o sector llevan a cabo sus tareas, las que reclaman a su vez, un mayor ámbito de responsabilidad. Tras este sinalagma entre libertad - autonomía- y responsabilidad, aguarda la tercera premisa: en general, la realidad empresarial funciona con un esquema diferente al de empresario y subordinados jerárquicos “con escaso ámbito de actuación”. Al contrario, la especialización y la diferenciación funcional, características de las empresas modernas, conduce a la apreciación de ámbitos de competencia que, ante un supuesto de delito de empresa, pueden ser materialmente más relevantes que el correspondiente ámbito de competencia del empresario. De este modo, cada vez tiene menos sentido aludir a una “competencia global” y a una responsabilidad general del órgano de administración de la empresa.<sup>988</sup> La verdadera concreción material del ámbito de competencia propio de cada participante en la actividad empresarial tiene lugar a través de los mecanismos ya mencionados (delegación de funciones, deberes de control y vigilancia). Pero el denominador común de todos ellos será sin duda, la *puesta en relación de distintos ámbitos de competencia*. Además, se trata de interrelaciones de base material u operativa que, aun teniendo como referencia la función formalmente asignada, son capaces de reconfigurar el ámbito de competencia inicial. Lo relevante es que, sobre la base de los criterios mencionados, la valoración de cuál sea el ámbito de competencia de cada sujeto individual y de ahí, de su concreta norma de comportamiento, no puede hacerse de manera aislada. Esto significa que en los supuestos de criminalidad de empresa, debe tenerse en cuenta que la aportación -infractora- de cada participante solamente adquiere sentido en la medida en que se atiende a *su pertenencia a una actividad que se realiza conjuntamente*.<sup>989</sup> Ello refleja un cambio de perspectiva esencial en el tratamiento de la delincuencia económica, que la aleja de las concepciones más *individualistas* y la aproxima a una concepción *funcionalista* de la responsabilidad en la empresa.<sup>990</sup>

### **III.5.c Competencia por organización en el marco de los riesgos laborales**

Ahora bien, el “ámbito de organización” del empresario adquiere particulares características en lo que se refiere a los riesgos laborales.

---

<sup>988</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial...*, p.74.

<sup>989</sup> *Ibidem*, p.75

<sup>990</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Prevención de la delincuencia empresarial*, *Eunomía*, n°2 (marzo/agosto), 2012, pp. 161 y ss.



En efecto, aun cuando los trabajadores subordinados al poder empresarial, están inmersos en su organización, no son simples “factores del proceso productivo” organizado por el empresario, sino *individuos* y como tales tienen asignado jurídicamente un ámbito de competencia propio -referido a su vida y salud-, *en tanto titulares de dichos bienes jurídicos*. Es decir, el trabajador es quien, en el marco de una organización ajena, interactúa directamente con el riesgo, bajo los parámetros del empresario (como organizador), *exponiendo su vida y salud*. No obstante, al ser un sujeto individual, con capacidad de decisión, puede *en ciertos casos* interactuar con el riesgo *de otro modo* (imprudente), sin seguir esas pautas. En este capítulo se estudiarán esas situaciones, que pueden responder a diferentes circunstancias, y se intentará determinar en qué supuestos y bajo qué parámetros, esa conducta “descuidada” del trabajador puede exonerar al empresario y/o delegado de la responsabilidad por los posibles resultados dañosos que genere (en la vida y salud del trabajador).

De lo expuesto, se deduce que en la dinámica del proceso productivo no “conviven” únicamente las competencias de organización de los “directivos” (empresario y delegados), sino también la que *-bajo ciertas condiciones-* corresponde asignar al trabajador. Entonces, de lo que aquí se trata no es sólo de delimitar la competencia del empresario y de quien actúa en su lugar ejerciendo el deber de seguridad -delegado-, sino que en el deslinde de ámbitos de decisión que puedan ser relevantes de cara a la responsabilidad por los accidentes laborales, será necesario también tener en cuenta la *competencia del trabajador* (en tanto potencial víctima *imprudente* de los riesgos laborales).

Puede observarse entonces, que la organización correcta de ese este foco de peligro (empresa) que corresponde al empresario (garante), no sólo incluye el control de los riesgos propios del proceso productivo en sí mismo, sino también la acción coordinada de *personas libres y responsables que de diferentes modos y con distintos roles -y diferentes posiciones- intervienen en la seguridad laboral (delegados y trabajadores en relación de dependencia -éstos, bajo ciertas condiciones-)*.

Esta reflexión se corresponde con una evolución del modelo de protección vertical y unilateral, cuyo único protagonista es el empresario, a un modelo de prevención participativa que se traduce en una “fragmentación” y “distribución” del deber general de prevenir accidentes entre todos los actores involucrados en las actividades de la

empresa, es decir, desde el nivel más alto de la organización, hasta los niveles intermedios y delegados, comprendiendo incluso, a cada trabajador (siempre que se cumplan determinados requisitos que aquí se señalarán).<sup>991</sup>

Sentado ello, puede decirse que el análisis de la responsabilidad por resultados lesivos en el trabajo tiene dos grandes aristas y se relacionan con la puesta en relación de los diferentes ámbitos de competencia que componen el organigrama que constituye la empresa:

Una de ellas tiene que ver con determinar la responsabilidad penal que les cabe a los directivos teniendo en cuenta la distribución de esferas de decisión (empresario y delegados) y que incluye las problemáticas relacionadas con autoría y participación en los delitos de lesión y homicidio imprudentes.<sup>992</sup>

La otra se vincula con una particularidad propia de los riesgos laborales -y de la determinación de la responsabilidad por los “accidentes de trabajo”- y tiene que ver con la tensión que se produce entre la esfera de competencia de los directivos (empresario/delegado) por un lado, y la del trabajador, por el otro, y la necesidad de sentar las pautas que requiere el “equilibrio” entre ellas. Esta situación de equilibrio se configura cuando el empresario (o delegado), como *organizador exclusivo del foco de peligro* (empresa), se abstiene de “arrebatar” la soberanía que debe tener el trabajador sobre su ámbito de competencia (vida/salud). Más adelante se explicará de qué modo se puede afectar o avasallar esa competencia y que tiene que ver con impedir o no permitir -acción u omisión- que el trabajador cuente con todas las herramientas de seguridad normativamente previstas para lograr una adecuada (lo más inocua posible) interacción con el riesgo, *teniendo siempre la posibilidad en sus manos de salvaguardar sus bienes jurídicos expuestos (autonomía del trabajador)*.

Sin embargo, cabe aclarar que estas dos “aristas” señaladas, se esquematizan de este modo por cuestiones expositivas, pero ello no implica que estén equiparadas a un mismo nivel. En efecto, el hecho de que se tenga en cuenta el ámbito de organización del trabajador como sujeto autorresponsable -siempre se cumplan ciertas condiciones- no implica que se pierda de vista la posición subordinada del trabajador en el marco de la relación laboral (y que su ámbito de organización *no refiere al proceso productivo*

---

<sup>991</sup> PERIN, A., La contribución de la víctima y la imputación objetiva del resultado en la teoría del delito imprudente, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 18-3, 2016, p. 3.

<sup>992</sup> Además de otras cuestiones, que también se tratarán aquí, como la competencia por arrogación y la imputación de resultados tardíos -enfermedades laborales-.

*sino a su vida y salud*), ni que se pretenda equiparar al posible control del riesgo que en ciertos casos pueda tener el trabajador, con la posición de garantía que ostenta el empresario y sus delegados, *como únicos deudores del deber de seguridad*, y por lo tanto únicos posibles responsables penales del peligro/resultado lesivo, aunque esa responsabilidad pueda disminuirse o excluirse en determinados supuestos por el comportamiento descuidado del trabajador.

El modo en el que se configure el “equilibrio” entre esos dos ámbitos de competencias (directivos, por un lado y trabajadores, por el otro), brindará las pautas para la determinación de cuándo el empresario debe responder penalmente y cuándo corresponde exonerarlo por la lesión o muerte del trabajador, ante un comportamiento descuidado de éste frente al riesgo. Ello, teniendo en cuenta que el empresario que le sustrae al trabajador posibilidades de organización -respecto del resguardo de su vida y salud frente al riesgo del proceso productivo-, cuando no le brinda las condiciones seguras de trabajo, también se convierte en garante de esa porción de organización que le arrebató.

En lo que sigue se tratarán estos dos grandes y diferenciados aspectos relacionados con la determinación de la responsabilidad penal por los accidentes laborales. Pero antes resulta necesaria la determinación de ciertas cuestiones con relación a las características propias de las diferentes conductas de quienes intervienen en el proceso productivo, con relación a la seguridad laboral.

#### **IV. Peculiaridades en la definición de la conducta**

##### **IV. 1. Introducción**

Las lesiones y muertes que se producen en el contexto del trabajo, normalmente tienen un doble componente: el incumplimiento de medidas de seguridad por parte de los directivos (empresario/delegados) y conductas descuidadas de los propios trabajadores.

Esta realidad es la consecuencia de que, como se ha señalado antes, la seguridad y prevención en el ámbito laboral no es -ni puede ser- (ni fáctica ni normativamente) *competencia exclusiva* del empresario, sino de todos los intervinientes en el proceso productivo (empresario, delegados y trabajadores). Ello, aunque corresponda distinguir las diferentes posiciones de quienes intervienen en el proceso productivo (directivos, por un lado y trabajadores dependientes, por otro) y sin soslayar que el empresario -y sus delegados- son los únicos deudores del *deber* de seguridad.

Desde esta óptica, y a pesar de esta esencial distinción en cuanto a niveles de capacidad de organización en la empresa, un sector “directivo” (empresario y delegados) y un sector “subordinado” (trabajadores en relación de dependencia), lo cierto es que en la práctica, ambos sectores pueden tener influencia directa en la producción de los accidentes laborales. Esto es un dato incuestionable de la realidad, en la medida en que todos los integrantes de ambos “grupos” participan -cada uno conforme a su rol- en el proceso productivo, en tanto *foco de peligro que puede ser desestabilizado por cualquiera de ellos*.

Ahora bien, el “aporte fáctico” de cada interviniente en el resultado lesivo, no es “especular” respecto de la *responsabilidad* que cabe asignarle. La determinación de esa responsabilidad requiere el tamiz de un *análisis normativo* de la situación fáctica de cada uno de ellos.

Este análisis propuesto presenta dos niveles: en el primero, se tratara de deslindar las esferas de competencias de todos los actores del proceso productivo, teniendo en cuenta el rol que a cada uno le corresponde. El segundo nivel, remite al estudio de las características del aporte (conducta) a la producción del accidente laboral de cada sector (directivo y subordinado).

El estudio de ambas cuestiones será relevante para delinear el contenido y extensión del deber de seguridad del empresario, en tanto garante de la vida y salud de los trabajadores -deber que puede ser delegado-.

Más allá de que se pueda esquematizar de este modo diferenciado, las cuestiones analizadas en ambos niveles (áreas de competencia y características de las conductas) se encuentran conceptualmente entrelazadas. La interdependencia entre ellas queda plasmada en la estructura compleja que presenta el deber de seguridad del empresario, según la concepción que aquí se sostiene.

#### **IV.2. Distinción de las esferas de competencia (sector “directivo” y sector “subordinado”)**

El doble componente de los accidentes laborales<sup>993</sup> nos remite a los dos grandes núcleos de la problemática de la responsabilidad penal por los resultados lesivos en el trabajo.

---

<sup>993</sup> Cabe recordar que se usa aquí la expresión “accidente de trabajo” no en el sentido coloquial, que remite a la idea de “infortunio”, sino para hacer referencia al *resultado dañoso* sufrido por el trabajador en el ámbito del trabajo, previo al análisis sobre si el resultado lesivo es imputable o no al empresario -o es competencia de la víctima-trabajador.

En primer lugar, el aspecto relativo al incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por parte de los directivos, conlleva el previo deslinde de las competencias de organización de todos los que ostentan el deber de seguridad frente a los trabajadores y en este sentido, la determinación de “qué debió haber hecho quién” para que el accidente no se produzca. En este contexto, será relevante analizar el contenido de las funciones delegadas y la delimitación de los deberes (primarios y residuales) de quienes tienen alguna intervención en el hecho. Este estudio incluye también, dilucidar casos como el de aquellos sujetos que si bien realizan un aporte al accidente laboral, son sólo ejecutores de tareas -y no delegados del deber de seguridad- y supuestos en los que adquiere esencial relevancia el “rol fáctico” desempeñado por el delegado en el escenario del hecho, al no estar nítidamente definida la competencia delegada (competencia por arrogación).

El segundo núcleo refiere a la intervención (imprudente) del propio trabajador en el accidente laboral. Este aspecto del estudio es muy complejo y ciertamente no sólo se basa en la aplicación de criterios de la dogmática penal. En efecto, la responsabilidad penal de los directivos por el resultado lesivo en estos casos, no es tan fácil de deslindar como sucede en cualquier binomio autor-víctima propio de otros delitos (donde la independencia de las esferas de autonomía de ambos permite una diferenciación más clara). Básicamente, porque aquí subyace una problemática social que refleja la desigualdad estructural entre esas dos partes y que no puede desconocerse en el análisis (relación laboral asimétrica, subordinación del trabajador). Aquí se intentará brindar pautas que permitan develar cómo debe ser la puesta en relación de las áreas de competencia de los directivos por un lado y del trabajador -en tanto sujeto autorresponsable- por otro.

### **IV.3. Características propias de las conductas de cada sector: los “actos” y las “condiciones inseguras de trabajo”**

Teniendo en cuenta los dos factores determinantes de los accidentes laborales, podemos señalar que los resultados lesivos asociados a ellos son consecuencia de riesgos provenientes del incumplimiento de las medidas de prevención -ya sea materiales como organizativas- impuestas al empresario por la normativa extra penal y que aquí

denominaremos: *condiciones inseguras de trabajo*<sup>994</sup>, y de riesgos generados por la conducta del trabajador, que aquí llamaremos: *acto inseguro de trabajo*.<sup>995</sup>

Esta distinción constituye un primer paso en el deslinde de los aportes de cada sector interviniente en el proceso productivo, al evento dañoso (directivos y trabajadores).

En principio, las “condiciones inseguras”, se generan por el incumplimiento de tales exigencias normativas (estándar de seguridad) y serán competencia exclusiva del empresario y de quienes actúen en su lugar.

A diferencia de ello, el acto inseguro es el “acto humano”, o sea el aporte inseguro del trabajador al resultado, en tanto es quien interactúa con el riesgo. La conducta del trabajador, en el marco de esa interacción, es determinante para que el sistema técnico de seguridad de la empresa funcione correctamente. Aunque en la empresa se establezcan las medidas técnicas adecuadas para prevenir los riesgos laborales, la acción -consciente o inconsciente- del trabajador puede afectar y cambiar los resultados esperados.<sup>996</sup> En este sentido, el sistema de seguridad empresarial es una amalgama de condiciones y de actos, y ambos aspectos deben estar “a la altura del riesgo” para que no se produzca el resultado lesivo.

Aunque en principio o aparentemente, “el acto inseguro” *corresponda* al trabajador, muchas veces esa acción será *competencia* del empresario. Es decir, “naturalísticamente” es el trabajador quien desarrolla el comportamiento inseguro, pero deberá determinarse si la *condición de inseguridad* de esa conducta debe ser imputada a él o al empresario, lo que demandará una detenida reflexión.

Con el panorama descripto, el accidente laboral puede ocurrir como consecuencia de “condiciones inseguras”, en cuyo caso será responsabilidad del empresario, o como consecuencia de una combinación de actos y condiciones inseguros (conurrencia de

---

<sup>994</sup> Hay que aclarar que el significado asignado a las “condiciones de trabajo” no coincide exactamente con el que la LPRL en su art. 4.7 le otorga a esa expresión.

<sup>995</sup> En este estadio usaremos el término “inseguro” y no imprudente, como una cualidad neutra, es decir previo a determinar si esa condición de inseguridad es imputable al trabajador o empresario.

<sup>996</sup> Desde otra óptica, SIERRA HERNAIZ señala que los trabajadores tienen responsabilidades específicas (previstas en la reglamentación de las diferentes actividades laborales), ya que sin su colaboración la labor preventiva del empresario podría perder parte de su eficacia. No obstante ello, estos preceptos no tienen entidad suficiente para considerar al trabajador como sujeto responsable sino únicamente para tener en cuenta su conducta de cara a la atenuación, o en su caso exoneración de la responsabilidad civil del empresario (La determinación del sujeto responsable en el marco de las infracciones administrativas en materia de prevención de riesgos laborales, *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir), Bs As, 2009, pp. 177/8).

riesgos, donde habrá responsabilidad del empresario, pero también un aporte relevante del trabajador) o sólo consecuencia de un acto inseguro. En este último caso, pueden darse las siguientes situaciones: que el acto inseguro tenga su origen en una imprudencia sólo imputable al trabajador (temeraria) o en una imprudencia del trabajador, imputable al empresario (profesional) o que se combinen imprudencias de ambos.<sup>997</sup>

#### **IV.4. Estructura del deber de seguridad del empresario**

De lo expuesto en los apartados anteriores, se concluye que el deber de seguridad atribuido al empresario es *complejo* o *mixto* y consiste en: a) *brindar las condiciones seguras* de trabajo y b) *vigilar el acto* del trabajador para que éste cumpla con las medidas de seguridad.

A su vez, el empresario puede delegar en otro directivo, tanto la función de brindar las condiciones seguras como la de vigilar el acto del trabajador.

Entonces, desde la perspectiva del empresario, la combinación “delegación del deber de seguridad-estructura compleja de los accidentes laborales”, genera diferentes clases de deber de vigilancia:

En efecto, el deber de vigilancia puede ser un deber primario o directo (controlar que el trabajador cumpla con las medidas de seguridad) o puede ser un deber residual o mediato (supervisar que el delegado cumpla con el *deber de seguridad delegado*, que a su vez, puede consistir en brindar las condiciones seguras y/o vigilar el acto del trabajador).

Sobre el empresario recae entonces, el deber de vigilar en “diferentes direcciones”, ello pone de manifiesto la relevancia esencial que tiene la necesidad de la vigilancia en la dinámica del proceso productivo, donde cada interviniente (delegado, encargado de ejecución de tareas, trabajador) es una pieza del engranaje, tanto para el desarrollo del proceso de producción, como para que éste resulte inocuo. En esta dirección, supervisión y evitación (o prevención) de riesgos son conceptos estrechamente vinculados.

---

<sup>997</sup> Esa situación se configura, por ejemplo, cuando ante un caso de imprudencia temeraria del trabajador, ésta es detectada por el empleador, pero no evita el resultado dañoso (se profundizará en este tema al tratar el deber de vigilancia del empresario y la autopuesta en peligro del trabajador).

A la luz de tales pautas, el accidente laboral puede ser la consecuencia de la infracción del deber de brindar las condiciones seguras de trabajo y de la infracción del deber de vigilar, tanto en su versión de deber primario como residual.

Con el objetivo de ordenar el análisis de estas diferentes infracciones, abordaremos primero la responsabilidad del empresario por la infracción del deber de brindar las condiciones seguras de trabajo y del deber de vigilancia como deber residual, es decir desde la perspectiva de la determinación de las esferas de competencia entre los directivos (empresario y delegados).

Luego, en la segunda parte de este capítulo, trataremos la responsabilidad penal del directivo (empresario/delegado)<sup>998</sup> por infracción del deber primario de vigilancia (supervisión directa del acto del trabajador), es decir desde la perspectiva de la delimitación de las competencias entre los directivos por un lado y el trabajador-víctima, por el otro.

Estos dos escalones del análisis se corresponden con los dos niveles de estudio que se han distinguido como “primer y segundo aspecto” de la problemática de la responsabilidad penal por resultados lesivos en el ámbito laboral.

Antes de adentrarnos en el abordaje de la primera cuestión, es necesario poner en relación la infracción de las dos facetas del deber de seguridad (brindar condiciones seguras y vigilar), con los tipos penales de resultado (homicidio/lesiones) y el tipo penal de peligro (art. 316) y en ese marco, analizar si dichas infracciones son receptadas por esas normas y, en su caso, con qué alcances. Esto es, una primera aproximación sobre qué consecuencias penales genera el incumplimiento del deber de seguridad, en su doble aspecto.

#### **IV. 5. Una distinción previa: peligro y resultado**

El empresario tiene el deber de disponer de la propia organización de modo inocuo para terceros (trabajadores) antes de que de la misma haya salido un curso causal peligroso (deberes de aseguramiento). Cuando la situación no es controlable mediante estos deberes, la organización correcta exige deberes de salvamento, cuya infracción da lugar a la comisión por omisión por injerencia. De acuerdo con esta idea, no cabe responder en comisión por omisión por no evitar algo que no se ha organizado.

---

<sup>998</sup> También se usará el término “empleador” para hacer referencia al directivo en cuestión (ya sea empresario o quien actúe en su lugar).



Lo decisivo entonces, no es un actuar precedente causal o peligroso sino si los riesgos son *objetivamente imputables a la organización del empresario*.<sup>999</sup>

Cuando se trata de los deberes de aseguramiento, el titular de la organización es garante de que la misma no sea peligrosa para la víctima y resulta indiferente si para ello son necesarias conductas activas u omisivas.<sup>1000</sup> En este caso, la posición de garante del autor deriva del hecho de que administraba de forma exclusiva el ámbito de organización en el que se encontraba la fuente de peligro; en cambio en el marco de los deberes de salvamento, la posición de garante corresponde a quien ha organizado algo que resulta peligroso para terceros, es decir, que ha usurpado parcialmente la organización ajena.<sup>1001</sup> Ambos deberes, tras injerencia tienen origen en la competencia por organización: “salvar” el bien que uno ha puesto en peligro es un deber derivado del mismo fundamento que obligaba a no generarlo.<sup>1002</sup>

Desde esta lógica, la conducta típica de irrogación del daño siempre contiene -además del elemento primario de la conducta de “no aseguramiento” (“producción” en términos del art 11 CP) del riesgo, también un elemento secundario consistente en un momento de “no-salvamento”. Independientemente de los problemas de concreta ejecución, sólo se fundamenta responsabilidad *por el resultado* si se genera el riesgo efectivamente y después *no se salva efectivamente*. Ese segundo momento es derivado del primero. El salvamento se trata de la revocación de los riesgos que surgen de la propia esfera autónoma.<sup>1003</sup>

El empresario responde en comisión por omisión imprudente por la producción de los resultados lesivos (accidentes laborales) como consecuencia de una transformación, por

---

<sup>999</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, p. 73.

<sup>1000</sup> REQUENA JULIANI, *Intercambiabilidad*, pp. 263 64, 184 y 249; LASCURAIN, *Los delitos de omisión*, pp. 49 y ss.

<sup>1001</sup> La posición de garante no deriva del especial *status* del autor frente a la víctima -deber positivo- sino del deber de revocar la usurpación de una organización ajena. Mientras que en el caso de los deberes positivos éstos existen con independencia de la conducta previa del autor, en el caso de deberes de salvamento, el peligro existe justamente por la conducta previa del autor, y por ello éste es garante de su neutralización (REQUENA JULIANI, *Intercambiabilidad*, p. 266).

<sup>1002</sup> En este sentido, ARROYO ZAPATERO señala que el trabajador, en la medida que se pone al servicio del empresario, queda sometido inevitablemente y *de iure* a los riesgos -permitidos- de la actividad laboral. Así, la víctima depende tanto de la prestación de las medidas de seguridad complementarias a la acción de riesgo permitido, como de la no realización de la acción peligrosa prohibida y en esa igual dependencia -igual indefensión- radica la equiparación del omitir la acción evitadora del resultado, con la producción activa del mismo. El resultado lesivo es aquí obra del injerente, pues él es el creador de la situación de dependencia, y sólo de él depende la evitación del resultado lesivo a través de las medidas de seguridad complementarias y de salvamento, ya que la permisividad de la actividad genéricamente peligrosa no es permisividad de la concreta peligrosidad de la misma, sino precisamente, mandato de evitar tal peligro concreto y más aún, la lesión (*La protección penal de la seguridad...*, pp. 158/9).

<sup>1003</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Valencia, 2006, pp. 777/8

ausencia de medidas de prevención -normas extrapenales- (infracción de deberes de aseguramiento) de un foco de peligro lícito (proceso productivo) en uno prohibido, cuando *además* ese riesgo -ya ilícito- se concreta en una lesión o muerte de un trabajador (infracción de deberes de salvamento).

Estos dos “momentos” relativos a los deberes de aseguramiento, por un lado, y de salvamento, por otro, tienen su representación en la doble dirección de la respuesta penal frente a los posibles estadios en que puede traducirse la afectación de los bienes jurídicos vida y salud de los trabajadores: configurando un delito de peligro -art. 316 CP- por un lado y los delitos imprudentes de resultado de lesión y homicidio, por otro.<sup>1004</sup>

Ahora bien, el ordenamiento penal no abarca el desarrollo de esas dos etapas del *iter criminis* de un modo “lineal” a través de estas dos especies de tipos penales.

En efecto, el art. 316 sólo releva un *determinado riesgo* -no cualquier infracción a los deberes de aseguramiento- y abarca a *determinados intervinientes* en el proceso productivo -no todos los que pueden infringir ese deber, sino sólo los “*legalmente obligados*”-. Ello se traduce en que hay conductas que infringen deberes de aseguramiento que si bien no están abarcados por el art. 316, pueden concretarse en un resultado lesivo -y sólo en ese caso adquieren relevancia típica como delito de resultado- y en que el elenco de los sujetos activos del delito de peligro no coincide necesariamente con el de los delitos de resultado.<sup>1005</sup>

El legislador ha decidido punir a la mera desestabilización del foco que genere un peligro grave, cuando la medida de prevención que se omite es la “*facilitación de los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas*”. Pero cuando la desestabilización produce un resultado lesivo, el omitente responde por *cualquier* medida de prevención debida no cumplida y que hubiera evitado la desestabilización y el resultado.

De la lectura comparativa del art. 316 y el anterior art. 348 bis) A, puede concluirse que el CP de 1995 ha determinado una reducción del círculo de los sujetos activos. Así debe

---

<sup>1004</sup> Es necesario tener en cuenta que, a partir del 1 de julio de 2015, en virtud de la reforma introducida en el CP por la LO 1/2015 de 30 de marzo, las faltas se suprimen completamente, de manera que los únicos delitos de resultado que podrán seguir al delito contra la seguridad en el trabajo serán los delitos de homicidio por imprudencia grave y por imprudencia menos grave, previstos en el art 142.1 y .2 y los delitos de lesiones por imprudencia grave y por imprudencia menos grave previstos en el art 152.1 y .2 del CP.

<sup>1005</sup> Esto permite disociar: no necesariamente los que tienen el poder de crear el riesgo típico del art. 316, son los mismos que pueden (deben) evitar que *ese* riesgo se concrete en el resultado -deber de salvamento-.

deducirse del hecho de que el art. 316 omita la referencia a los que “no exijan” o “no procuren” las condiciones de seguridad en el trabajo. En efecto, el tenor literal actual del precepto parece dar a entender que ya no son típicas las conductas que realice quien sólo tenga deberes “coadyuvantes” al del obligado principal, como pudiera ser el de solicitar medidas cuando advierta la ausencia de las necesarias, o incluso de exigir a los trabajadores que usen los medios de seguridad de que previamente disponen.<sup>1006</sup> Sin embargo, el criterio para determinar el sujeto activo del delito de resultado, incluye también, bajo ciertos parámetros, a quienes no son “obligados principales” del deber de seguridad. Es decir, uno de los efectos de la reforma de 1995 ha consistido en acentuar la diferencia entre los posibles sujetos activos del nuevo tipo de peligro (sólo los que “estando legalmente obligados”, “no faciliten los medios”) y del delito de resultado.

Con la redacción actual del precepto de peligro, no puede interpretarse que en la conducta típica se incluya el incumplimiento del deber de vigilancia, que sólo generará responsabilidad penal al empresario/delegado, cuando produzca un resultado lesivo.<sup>1007</sup>

Es decir, que el tipo de peligro releva el incumplimiento de una porción muy limitada del deber de seguridad mixto (según se lo ha delimitado antes): *sólo la infracción parcial del aspecto referido a brindar las condiciones seguras (no facilitar los medios)*.<sup>1008</sup>

De este modo, el tipo penal de peligro impone dos límites claros: el autor (sólo puede serlo el *legalmente obligado*) y la conducta típica (sólo el riesgo grave generado *por no facilitar los medios*), dos restricciones que no están previstas en los delitos de resultado lesivo.

En efecto, la fórmula “los que estando legalmente obligados” (art. 316) no coincide con la que integra los delitos imprudentes de homicidio y lesiones por infracción de la normativa de prevención: “los que infrinjan las normas de seguridad e higiene”, (arts. 142.1 y .2, y 152.1 y .2 CP). Estas expresiones tienen una naturaleza jurídica distinta: la primera es un elemento normativo de carácter interpretativo y la segunda una fórmula en blanco. Esta circunstancia genera consecuencias distintas a la hora de determinar el sujeto activo, por ello no hay coincidencia total entre el círculo de los posibles sujetos

---

<sup>1006</sup> Esto se analizará con más detenimiento en el capítulo próximo, que aborda el análisis de la conducta descripta en el art. 316.

<sup>1007</sup> La doctrina y jurisprudencia dominantes, consideran que la infracción de deberes de vigilancia no puede integrar la conducta típica del art. 316 (con excepción de MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA y HORTAL IBARRA, como se tratará en el capítulo VI).

<sup>1008</sup> En el capítulo próximo, se analizará qué extensión cabe darle al término *medios* y en este sentido, distinguir si incluye elementos materiales e inmateriales.

activos de los delitos de resultado y los del art. 316, sino más bien una “intersección” entre ambos:

1. “Los que estando legalmente obligados” es un elemento normativo de carácter interpretativo porque las normas extrapenales de seguridad e higiene a las que se remite no constituyen un elemento del tipo, sino que sólo sirven para interpretar un elemento que ya contempla el tipo. Esta fórmula, como no incorpora la norma extrapenal automáticamente en el precepto, sí permite aplicar los principios que rigen la interpretación penal para la determinación del sujeto activo, en esta norma.<sup>1009</sup>

Sin adentrarse aquí al análisis de la determinación de los sujetos activos del art. 316,<sup>1010</sup> sólo adelantaremos que esta norma tipifica una omisión específica e impone un tamiz por el que debe pasar el sujeto activo y que hace alusión no al fundamento, sino a la *fuerza* de su posición de garante: la ley.<sup>1011</sup> En esta exégesis, el autor del delito de peligro debe tener autonomía de decisión “legal” sobre el “facilitar los medios”.<sup>1012</sup>

2. “Los que infrinjan las normas de seguridad e higiene” (fórmula propia de los delitos de resultado) es una norma penal en blanco, pues la infracción de la norma extrapenal *sí* constituye un elemento del tipo. El legislador penal acepta mecánicamente el contenido de la norma extrapenal sin dejar posibilidad a la interpretación penal. De esta forma, serán sujetos activos todos aquellos que por estar obligados por las normas de seguridad, las infrinjan. De este modo, basta con que se cumpla la “infracción de normas de seguridad” sin dejar cabida a la aplicación de otros criterios (como por ejemplo, el ejercicio del poder de dirección con suficiente autonomía). Por eso los mandatos ejecutivos encuentran cobijo en esa fórmula, ya que al estar obligados por las normas de seguridad, pueden infringirlas, a pesar de que gozan de una nula o insuficiente autonomía a la hora de tomar decisiones.<sup>1013</sup>

---

<sup>1009</sup> AGUADO LÓPEZ, *Los delitos contra la seguridad...*, pp. 316/17.

<sup>1010</sup> Que serán objeto de estudio en el capítulo próximo.

<sup>1011</sup> De todas las posibles fuentes de garante (ley, contrato, actuar precedente, vigilancia de una fuente de peligro...), el legislador en el art. 316 escoge sólo una: la ley. Es pues, la ley extrapenal, (arts. 14 y ss. de LPRL en relación con el empresario y el art. 20.1 ET, en relación con el delegado), la que recoge el deber de seguridad en el trabajo y las personas que están “legalmente obligadas” (AGUADO LÓPEZ, *Los delitos contra la seguridad...*, pp. 235/258).

<sup>1012</sup> Según se desarrollará en el capítulo siguiente, la fórmula del art. 316 abarca al empresario y a sus delegados. Ello, en tanto la delegación es un mecanismo legal, previsto por la LPRL, art. 20 e incluso impuesto al empresario en ciertos casos. Es decir, no todos los que tengan funciones de seguridad en la empresa están obligados a evitar el peligro grave.

<sup>1013</sup> En este sentido, la SAP de Teruel de 31/01/2000, reconoce que el vigilante de seguridad, ahora delegado de prevención, no es responsable a efectos del art. 316 porque no está obligado a facilitar medidas de seguridad: “y...dada su función como simple vigilante de seguridad de la obra, no encajan plenamente en la actuación que define el 316, ya que el verbo nuclear de la misma está en no facilitar los medios necesarios...y, evidentemente el acusado...no tenía entre sus cometidos el facilitar medios a los

También corresponde señalar que los delitos imprudentes de resultado, a diferencia del art. 316, que consiste en la tipificación de una *omisión especial*, admiten la comisión activa o por omisión:

Los sujetos activos del delito imprudente de resultado en *comisión por omisión* son aquellos que -aunque no hayan creado personalmente el riesgo, que puede ser el relevado por el art. 316 u otro- tienen la competencia para evitar el resultado y en ese sentido, no necesariamente deben ser empresarios o delegados (“legalmente obligados” en los términos del art. 316). En este contexto, adquiere particular relevancia la competencia de paralizar la actividad productiva ante un peligro inminente que tienen algunos colaboradores del empresario y de ese modo evitar que el riesgo se concrete en el resultado lesivo (art. 21 LPRL).<sup>1014</sup>

Los sujetos activos del delito imprudente de resultado por *comisión activa*, serán quienes en el desarrollo de su tarea dentro del proceso productivo, infrinjan el deber de seguridad propio de su actividad (deber de cuidado) y de ese modo creen un riesgo que se concreta en la lesión o muerte de un trabajador. Inclusive un trabajador, puede ser penalmente responsable por un delito imprudente de resultado, respecto de un compañero, siempre que su imprudencia no sea calificada como *profesional*.<sup>1015</sup> Ello por cuanto, todos los que intervienen en el proceso productivo, sin distinción de la posición o cargo que ocupen, están obligados por el deber de seguridad *-deber de cuidado-* (este criterio es independiente de si tienen o no autonomía de decisión).

---

trabajadores y sí tan sólo, como el propio acusador resalta, su obligación era, en síntesis, que los trabajadores estuvieran más protegidos y que la empresa cumpliera con las exigencias en materia de seguridad en el trabajo. Es claro que el señor AG no tenía ni podía actuar por su cuenta para facilitar los medios a los que el referido precepto se refiere”. En cambio, considera que el vigilante de seguridad es responsable, como autor, del delito de lesiones por imprudencia grave porque incumple sus obligaciones de seguridad: “por el contrario, no podemos aceptar que como consecuencia necesaria de la anterior exculpación se derive su no responsabilidad por las lesiones que sufrió el señor IF. Lo entendemos así porque el acusado, en su función de vigilante de seguridad de la obra, si bien...no estaba en su mano facilitar los medios para que los trabajadores realizaran su actividad con seguridad ... conforme a los arts. 30 y siguientes de la Ley de Prevención, en su calidad de Delegado y conforme a las facultades que le confiere el art. 36 ...debió, al menos, tratar de impedir que se realizaran trabajos esa mañana en la zona en que ocurrió el accidente...” (ver AGUADO LÓPEZ, *Los delitos contra la seguridad*, pp. 331/33).

<sup>1014</sup> Si lo que caracteriza al grueso de los delitos imprudentes es, la causación del resultado típico por un foco de peligro que ha rebasado el riesgo permitido, el responsable del resultado será: en el delito culposo quien, mediante su comportamiento activo, ha desestabilizado el foco transformándolo de permitido en prohibido, y en el delito culposo de comisión por omisión quien, al *no adoptar una medida de precaución a la que venía obligado*, igualmente ha desestabilizado un foco que, si se hubiera aplicado aquella medida se habría mantenido dentro del riesgo permitido (GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, t. 47, (mes 3), 1994, pp.5 y ss.).

<sup>1015</sup> Más adelante se explicará este concepto.

## IV.6 Un resultado particular: La problemática de la imputación de las enfermedades laborales

### IV.6.a Introducción

Además de los resultados lesivos de lesiones y muertes como consecuencia de accidentes de trabajo, es necesario destacar que el incumplimiento del deber de seguridad genera otro tipo de resultados: las enfermedades laborales.<sup>1016</sup>

Estas enfermedades causan, según cifras oficiales, unos 1,7 millones de muertes relacionadas con el trabajo y superan los accidentes mortales en una proporción de cuatro a uno. Por ello, se sostiene que el riesgo de contraer una enfermedad profesional se ha convertido en el peligro más común al que se enfrentan los trabajadores en el desarrollo de sus actividades productivas, en los eventos en los que el empresario omite sus deberes en materia preventiva.<sup>1017</sup> A pesar de tales estadísticas la doctrina penal española no ha relevado este resultado lesivo (a diferencia de los accidentes laborales) y -como se verá seguidamente-, el legislador español, tampoco.

Las enfermedades del trabajo no se configuran con el aditamento de imprevisto, súbito o violento que caracteriza, precisamente al accidente de trabajo. Por el contrario, aunque se exterioricen en un momento determinado, estas dolencias en general se incuban en el tiempo en forma lenta y progresiva por el accionar reiterado de las tareas y las condiciones medio ambientales del trabajo antinormativas. Tal es el caso de la

---

<sup>1016</sup> La OIT sostiene que las enfermedades de origen laboral producen el 82% de las patologías laborales en el mundo, mientras que el 18% restante corresponde a accidentes de trabajo. También señala que las enfermedades degenerativas derivadas de la exposición habitual a agentes químicos, son más importantes y frecuentes que los accidentes de trabajo y estima que de los dos millones de muertes laborales que tienen lugar cada año en el mundo (440.000), se producen como resultado de la exposición de los trabajadores a los agentes químicos. Como se ha señalado en el capítulo II, en Argentina el sistema oficial de registro de enfermedades profesionales infravalora en gran medida el verdadero impacto de las enfermedades relacionadas con el trabajo. Hay un subdiagnóstico para evitar instancias indemnizadoras, lo cual incrementa la desprotección de los empleados. Antes de la sanción de la Ley de Riesgos del Trabajo (LRT), se distinguía a las llamadas “enfermedades profesionales” como aquellas que se desarrollan en forma directa y exclusiva por el tipo de tareas o por las sustancias que se manipulan. Se consideraban como originadas en el trabajo, aquellas enfermedades comunes, en cuyo desarrollo interviene el trabajo como causa determinante, como puede ser una pulmonía adquirida en el trabajo en una cámara frigorífica o el infarto a consecuencia del trabajo en situaciones estresantes. A estas últimas la jurisprudencia las denominó “enfermedades accidentales”. (SCHICK, *Riesgos del trabajo*, pp. 105/108). Se ha dejado en claro en el capítulo II, que la LRT marcó un retroceso en lo relacionado a la consideración de enfermedades profesionales. En su art 6, establece, aplicando un criterio hermético, rígido y autosuficiente, que sólo son enfermedades de trabajo, aquellas que se encuentran incluidas en el listado que elabora y revisa el Poder Ejecutivo Nacional, anualmente conforme al procedimiento del art. 40, apartado 3. Claramente la LRT dejó afuera del ámbito de reparación a las llamadas “enfermedades accidentales” (SCHICK, *Riesgos del trabajo*, pp. 114/15).

<sup>1017</sup> RAMÍREZ BARBOSA, *El delito contra la seguridad...*, p.462.

exposición permanente a radiaciones, a productos químicos, a ruidos intensos o incluso al polvo en suspensión, en niveles no permitidos.

Esta particularidad de las enfermedades del trabajo genera dudas sobre la aplicabilidad de los delitos de lesiones en estos casos, no sólo por una cuestión de formulación de esos tipos penales, sino también y especialmente porque cuando los resultados lesivos se manifiestan -sólo al cabo de largos períodos-, la afirmación del nexo causal, que es punto de partida del juicio de imputación objetiva, se torna altamente complicada y en muchos casos, imposible.<sup>1018</sup>

Más allá de esos problemas, esta cuestión se relaciona, además con la llamada “imputación de resultados tardíos”.

Los resultados tardíos tienen como nota distintiva la realización de una conducta peligrosa y después de un considerable lapso temporal, la producción un resultado lesivo.

El aspecto nebuloso central de estos casos responde a la pregunta de si se puede o no hacer responsable al autor de una conducta, no sólo por ésta sino también por el resultado que ha generado *mucho tiempo después*. En este sentido, se trata de determinar si el resultado posee o no significado, pese a la dilación temporal y si, entre éste y la conducta que le dio lugar, puede percibirse una *relación de sentido delictivo*.

Las soluciones que en la dogmática jurídico-penal se planteen a esta problemática no pueden incurrir en el error de desatender a la incidencia del “factor tiempo” (y en este sentido a la configuración *temporal* de la sociedad). Esto puede verse en las tesis que defienden la imputación del resultado tardío sin ningún límite de tiempo y en las que, concediendo cierta relevancia al lapso temporal, no llegan a admitir la exclusión de la imputación del resultado en aquellos casos en los que este período es demasiado grande. La orientación temporal de la sociedad moderna y la superación social del pasado que ella trae consigo permiten, por el contrario, afirmar que la separación temporal entre conducta y resultado puede excluir en determinados casos, la posibilidad de imputar el daño tardío.<sup>1019</sup>

Corresponde destacar que el transcurso del paso del tiempo afecta a la imputación objetiva *del comportamiento* y no es un problema que atañe a la imputación del resultado. En efecto, en el primer nivel de la imputación objetiva se trata de determinar

---

<sup>1018</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, *Derecho Penal Laboral*, pp. 72/73.

<sup>1019</sup> VÁSQUEZ SHIMAJUCO, S., *La imputación de los resultados tardíos*, Bs As, 2013, pp. 201 y ss.

la *dimensión del riesgo jurídico penalmente relevante*, esto es, los riesgos de la conducta que fundamentan la desaprobación jurídico-penal. En ese sentido, formulada la pregunta acerca de si es posible cargar al autor también por la lesión diferida, es preciso, antes que todo, determinar si el riesgo creado está desaprobado también con respecto a la producción *tardía* de resultado y, por tanto, si dicho riesgo puede explicar, en términos de significado delictivo, el resultado.<sup>1020</sup>

Dicho esto, está claro que el transcurso del tiempo es *relevante*. Sin embargo, no es tan simple determinar cuál debe ser el criterio que solucione esos supuestos, receptando esa relevancia.

Si bien el abordaje profundo de esta cuestión excede los límites de esta investigación, cabe señalar que parece adecuada una solución que tenga en cuenta los plazos de la prescripción de la pena y no los plazos de la prescripción del delito como propone un sector de la doctrina.<sup>1021</sup> En efecto, la superación social del pasado ha encontrado su plasmación en el sistema jurídico a través de la prescripción de la pena. Por el contrario, la prescripción del delito no puede explicarse exclusivamente sobre la base de la historización de los hechos. Es a través de la prescripción de la pena donde la configuración temporal de la sociedad se ha visto materializada en términos jurídicos. De este modo, los plazos de prescripción de la pena previstos legalmente no sólo determinarán los períodos después de los cuales los hechos se convierten en “historia” y la responsabilidad penal decae, sino que también podrán ser utilizados para la solución de los supuestos en los que se aprecie una amplia dilación temporal desde la realización de la acción hasta la producción del resultado.<sup>1022</sup>

---

<sup>1020</sup> *Ibidem*. En contra, CANCIO MELIA, quien ubica el problema de los resultados tardíos en la imputación de resultados, y señala que en estos casos, el gran lapso de tiempo no puede hacer desaparecer sin más el vínculo entre el riesgo y el resultado y que parece razonable, sin embargo, pensar en una disminución de pena por reducción del injusto (*Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, pp. 140/41).

<sup>1021</sup> VÁSQUEZ SHIMAJUCO, *La imputación...*, pp. 247/50.

<sup>1022</sup> VÁSQUEZ SHIMAJUCO, *La imputación...*, pp. 247/50. Este autor destaca que a diferencia de la prescripción del delito, que opera a partir del momento de la comisión de la infracción penal, la prescripción de la pena tiene lugar en aquellos supuestos en los que se aprecia un considerable lapso temporal desde el momento en que la sentencia condenatoria adquiere la calidad de cosa juzgada o, en todo caso, a partir del quebrantamiento de la condena, hasta la ejecución de la misma. Esta segunda clase de prescripción extingue la posibilidad que tiene el Estado no de perseguir y juzgar al supuesto responsable de un hecho punible, sino de ejecutar la sentencia condenatoria impuesta en su contra. Respecto del fundamento de la prescripción de la pena, la extinción de la responsabilidad penal en estos supuestos obedece a la idea del “decaimiento de las exigencias preventivo-generales de sanción por el paso del tiempo”. La necesidad preventivo-general de pena sólo puede predicarse respecto de hechos considerados delictivos y en tanto no exista una sentencia condenatoria firme. En la sentencia, el juez



En este sentido, se ha señalado que dado que el problema se incardina en el ámbito de la imputación objetiva de la conducta, los plazos de prescripción de la pena operan como los periodos dentro de los cuales cabe hablar de un riesgo jurídico penalmente relevante y, por tanto, de un riesgo con *significado delictivo*. Una vez superados éstos (“plazo de imputación objetiva de la conducta” o “alcance temporal del riesgo típico”), el riesgo perderá su condición de jurídico-penalmente relevante y dejará de pertenecer al plano de los significados, de modo que todo resultado que tenga lugar fuera del correspondiente plazo de imputación objetiva de la conducta, ya no podrá ser vinculado con la acción en virtud de una *relación de sentido*. En ese caso, ambos elementos, acción y resultado, se apreciarán como dos momentos inconexos, unidos sólo por una relación de causalidad. A *contrario sensu*, cuando el resultado se produzca dentro del alcance temporal del riesgo típico, será posible apreciar una *relación de sentido de unidad delictiva*.<sup>1023</sup> Debe recordarse además, que la necesidad preventivo-general de pena que se ve afectada por el transcurso de un considerable tiempo, es la relativa al comportamiento realizado y no la necesidad de pena que recae sobre el resultado. Por esta razón, el cálculo del plazo de prescripción de la pena -que sirve de base al alcance temporal del riesgo típico- no puede tener como punto de referencia la pena del delito consumado, sino la que le corresponde a la tentativa del mismo.<sup>1024</sup>

#### **IV.6.b Modo de comisión y consumación del delito de lesiones en el caso de las enfermedades laborales**

Además de la producción tardía que caracteriza a este particular resultado de lesión, existe otro problema relacionado con las enfermedades laborales y tiene que ver con el modo de comisión y consumación del delito en estos casos.

---

declara que el hecho está necesitado de pena e impone una sanción. La prescripción de la infracción penal opera, pues, hasta *antes que se afirme la existencia de un delito* (después opera la prescripción de la pena) y, por lo tanto hasta antes que se afirme la necesidad preventivo-general de pena. En consecuencia, ésta no puede constituirse en fundamento de aquélla (*Ibidem*, pp. 236/41).

<sup>1023</sup> VÁSQUEZ SHIMAJUCO, *La imputación*,... pp.287 y ss.

<sup>1024</sup> Según esta postura, una vez establecida la pena que le correspondería a la concreta acción, se procederá a fijar el respectivo plazo de prescripción de la pena, que representa el plazo de imputación objetiva de la conducta o alcance temporal del riesgo típico. La determinación de éste sobre la base de la pena concreta y no sobre la pena abstracta obedece a la necesidad de establecer, en el caso concreto, cuánta necesidad preventivo-general de pena recae sobre la acción realizada. Así por ejemplo en un caso de homicidio, a cuya tentativa le correspondería la pena de prisión de ocho años, el alcance temporal del riesgo típico sería de quince años (art. 133.1.4 CP). De ese modo, sólo podría afirmarse la existencia de una relación de sentido de unidad delictiva entre acción y resultado -y, por tanto, un resultado típico de homicidio- si la muerte de la víctima tiene lugar dentro del plazo de quince años. Si, por el contrario, la muerte acontece fuera del plazo de imputación objetiva de la conducta, ya no será posible hablar de un resultado típicamente relevante de ese delito (VÁSQUEZ SHIMAJUCO, *La imputación*...,pp. 294/5).

En primer lugar cabe preguntarse ¿cuándo se considera consumado el delito de lesiones en el supuesto de la enfermedad? Claramente, la respuesta debe ser que la consumación se produce a partir de que se manifiesta un síntoma nítido que permita el diagnóstico de la dolencia.

Ahora bien, por sus características, la enfermedad laboral no es la consecuencia de una sola acción, sino que será necesario que la conducta contraria a las normas de higiene y seguridad se reitere un número indeterminado de veces para que (luego de un tiempo) ese síntoma se manifieste. El momento de aparición del síntoma (y la cantidad de acciones reiteradas necesarias para ello), dependerá de diferentes causas: del factor agresivo al que se expone al trabajador (químico, ambiental, orgánico etc.), de la constitución particular de éste (edad, enfermedades preexistentes, etc.), de la cantidad de horas de exposición, entre otras.

Así por ejemplo, la *bisinosis* es una enfermedad que afecta a los pulmones por inhalación de partículas de algodón, lino y cáñamo, que están presentes en el polvo que se desprende al cortar las telas y tejidos. Es una dolencia típica de quienes trabajan en los ya mencionados talleres textiles clandestinos (TTC)<sup>1025</sup>, donde no se cumplen las medidas de prevención básicas de usar barbijos y de procurar una adecuada ventilación del ambiente -no sólo con aberturas al exterior sino con adecuados extractores de aire- (técnicas que son incompatibles con el objetivo de los explotadores de estos centros industriales de ocultar su actividad clandestina).<sup>1026</sup> Luego de cierto nivel de acumulación de partículas, los bronquios comienzan a estrecharse y puede llegar a producirse la muerte por insuficiencia respiratoria. Esta enfermedad puede tener un largo período de latencia, es posible que pasen años antes de que la dolencia se manifieste o produzca un efecto patente en el cuerpo del trabajador.

De este modo puede verse que antes de un “cierto nivel de acumulación de partículas en los pulmones”, el delito de lesión en este caso, no se consuma.

Así planteado, cada una de las acciones antinormativas del empresario (contrarias a las medidas de seguridad) que se reiteran en el tiempo (hasta que aparezca el síntoma) no son *típicas* del delito de lesión (cada una de ellas no producen *per se* el resultado exigido por el tipo penal).

---

<sup>1025</sup> Ver lo desarrollado en el capítulo I.

<sup>1026</sup> Normalmente estos talleres textiles funcionan en edificios sin ventanas, de paredones ciegos y sin extractores de aire, cuyo sonido podría alertar sobre la existencia del centro industrial no habilitado administrativamente. .

De ello se sigue que esta particular forma de comisión no puede considerarse un delito permanente, ya que no hay un *estado consumativo* que se prolonga voluntariamente por el autor. Tampoco es un delito continuado porque no hay una serie de comportamientos *típicos* realizados de manera reiterada a lo largo de un período de tiempo.

Se trata en realidad de lo que se ha denominado “unidad típica de acción en sentido amplio” y que abarca aquellos casos en los que el tenor literal del tipo penal concreto no exige una necesaria pluralidad de comportamientos, pero la permite. Es en definitiva una *realización progresiva* del tipo. En efecto, la estructura del tipo penal de lesiones y la “elasticidad” del bien jurídico protegido (salud), admiten que el resultado se cause de forma instantánea (con un solo acto) o *progresiva* (con varios actos). Asimismo, la unidad de acción tendrá lugar siempre que, entre cada una de las acciones que se llevan a cabo sucesivamente, se aprecie una relación de proximidad temporal, de modo que desde una valoración jurídica de ellas, puedan agruparse en una acción unitaria y puedan considerarse como un único hecho delictivo.<sup>1027</sup>

Veremos ahora qué repercusión tendrán estas dos características propias del delito de lesión-enfermedad laboral, (resultado tardío y ejecución progresiva), en el diseño de un tipo penal de peligro, cuando no se quiera abordar sólo la problemática de las muertes o lesiones provocadas por accidentes laborales, *sino también la de las enfermedades ocupacionales provocadas por la exposición -no violenta ni repentina- a elementos que lentamente van minando la salud del trabajador.*<sup>1028</sup>

#### **IV.6.c Las enfermedades laborales y el delito de peligro**

Incluir la prevención de las enfermedades laborales tiene una consecuencia directa en la clase de peligro que el tipo penal debe contemplar y en este sentido, pone de manifiesto la incompatibilidad de la técnica de peligro concreto con este objetivo preventivo.

En efecto, un tipo penal adecuado a lo que aquí se pretende, debe abarcar acciones que tomadas en sí mismas, no sean idóneas para generar una *puesta en peligro concreto*, ya que se requiere la reiteración de un número indeterminado de ellas para que el trabajador contraiga la enfermedad o esté expuesto al peligro concreto de contraerla. El

---

<sup>1027</sup> VÁSQUEZ SHIMAJUCO, *La imputación...*, pp. 214/215. Una cuestión a debatir es si esta forma de realización puede implicar un incremento cuantitativo de injusto, producto de la persistente realización de la conducta típica *en la medida de la posibilidad que tiene el autor de influir sobre la situación antijurídica generada por él* (*Ibidem*, p. 207, nota 14).

<sup>1028</sup> Este tema se tratará con mayor amplitud en el capítulo próximo, en el que se diseñará el tipo penal de peligro que aquí se proponga.

delito de peligro concreto se reserva para casos de *riesgo extremo*, ya que exige la constatación de un *momento* en el devenir de los acontecimientos, en el que la lesión material parece prácticamente irreversible. Ese “momento” al que apunta a identificar la técnica de peligro concreto no es otra cosa que el *preludio de la realización instantánea* del correspondiente tipo de lesión. Por eso, esta técnica legislativa no es apta para prevenir las enfermedades laborales, teniendo en cuenta que éstas son el resultado de la ejecución *progresiva* del delito de lesión.<sup>1029</sup>

Por el contrario, en el caso de los resultados a “largo plazo”, como las enfermedades, el objetivo de protección parece lograrse mejor con la mera descripción de la conducta abstractamente peligrosa, sin exigir la identificación de un instante donde la lesión es inminente.

Esta reflexión refuerza la interpretación que aquí se propone del art. 316 como delito de peligro abstracto-concreto y revela que existen también razones dogmáticas, además de consideraciones de política-criminal, que justifican esa exégesis. La interpretación unánime de la doctrina española del precepto citado como delito de peligro concreto, deja fuera de su espacio típico la prevención de las enfermedades laborales, que constituyen gran parte de los resultados lesivos producidos por el incumplimiento de las medidas de seguridad en el trabajo. Ello, a pesar de que el legislador de 1995 ha incluido expresamente a la salud como bien jurídico protegido.

Sentado ello, cabe ahora preguntarse si el tipo penal de peligro (abstracto) que aquí se diseñará debe distinguir entre la conducta peligrosa que puede causar un accidente y la que puede producir una enfermedad laboral.

Creo que la *idoneidad* del peligro para causar una lesión y/o muerte instantánea y para producir a largo plazo una enfermedad laboral, responde a parámetros diferentes y que deben ser receptados (de modo diferenciado) por un tipo penal que pretenda ser efectivo en la prevención de *ambos efectos lesivos*. Desde esta óptica, en el segundo caso (a diferencia del primero)<sup>1030</sup>, la descripción típica debe referir a una acción peligrosa cuya

---

<sup>1029</sup> En esta línea de pensamiento, CORCOY BIDASOLO señala que en los supuestos de enfermedades a medio o largo plazo, poder imputar el peligro concreto es prácticamente imposible (*Delitos de peligro*, p. 228). Ver también, HERNÁNDEZ BASUALTO, *Derecho Penal Laboral*, p. 72.

<sup>1030</sup> La prohibición de la conducta peligrosa, apta para producir una lesión o la muerte instantánea (accidente) se basa en la probabilidad: por ejemplo, si todas las jornadas de trabajo el obrero no usa el casco, es probable que *algún* día sufra una lesión en la cabeza.

idoneidad para producir la lesión *provenga de su reiteración*, por lo que se impone introducir ciertas precisiones en el concepto de la aptitud del riesgo, recurriendo a la “lógica de la acumulación”.<sup>1031</sup>

Volviendo al ejemplo de la bisinosis, cada conducta (exponer al trabajador a la inhalación del polvo, incumpliendo las medidas de ventilación adecuada y barbijo) será idónea para producir la enfermedad a largo plazo, *en la medida que se reitere*. Es decir, cada acción unitaria *contribuirá* a lograr que la acumulación de partículas en los pulmones alcance el nivel suficiente para que se manifieste el primer síntoma de la enfermedad (estrechamiento bronquial).

En ese sentido, el tipo de peligro debe apuntar a que cada una de las acciones antinormativas que se reiteran en el tiempo -y que en sí mismas no son típicas del delito de lesión- sí tengan relevancia jurídico penal propia desde la perspectiva del riesgo, en tanto representan una *contribución* al eventual desenlace lesivo, pero exigiendo un cierto nivel de capacidad lesiva del acto.<sup>1032</sup>

---

<sup>1031</sup> Se configura en este supuesto una situación similar a la de los llamados “delitos por acumulación”. Un tipo acumulativo no exige que la acción individual conlleve una lesión o una puesta en peligro, sino sólo que ésta pertenezca a una clase de acciones que cuando se realizan un número muy elevado de veces, puede dar lugar a una lesión o una puesta en peligro (MENDOZA BUERGO, *Delitos de peligro...*, p. 62).

<sup>1032</sup> Que cuando sea insignificante, permanecerá como ilícito administrativo y no penal. Esta propuesta tiene similitud con la técnica de tipificación de los delitos por acumulación, la que ha sido objeto de críticas, basadas en el hecho de que, a raíz de la desproporción entre el bien jurídico y la acción individualmente considerada, ésta no resulta idónea para afectar a aquél, en toda su magnitud. Se sostiene que en esos casos se vulnera el principio de proporcionalidad y el de culpabilidad al fundamentarse la sanción *ex iuria tertii* (SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, Bs. As., 2006, p. 146). Sin embargo, si no atendemos tanto a la diferencia de escala, sino a la *propia naturaleza del comportamiento*, podemos llegar a conclusiones diferentes en cuanto a su verdadera capacidad lesiva. En este sentido, debe considerarse a la conducta como una *contribución* a la afectación del bien jurídico protegido. Desde esta perspectiva, el análisis de la idoneidad de la peligrosidad de la conducta debe centrarse en la *medida* de esa contribución.

A favor de los delitos de acumulación, cuando se trata de bienes jurídicos colectivos, se ha destacado lo siguiente: el fundamento normativo de la obligación de omitir acciones que si se llevan a cabo por una pluralidad significativa de ciudadanos conducen a consecuencias inaceptables se encuentra en los deberes vinculados con carácter necesario a la entrada en una sociedad: dado que conforme a su *status* jurídico todos los ciudadanos tienen los mismos derechos, nadie puede reivindicar el papel de “aprovechado” (*Trittbrettfahrer*), es decir, adoptar conductas que sus conciudadanos tienen que prohibir para evitar las insoportables consecuencias que tendrían lugar si no lo hicieran. Para los miembros de una sociedad organizada estatalmente, los deberes jurídicos individuales no se limitan al mero respeto del *neminem laede*, sino que incluyen además la obligación de colaborar para garantizar el estado en el que “cada uno puede recibir lo suyo” (*suum cuique tribuere*). En tanto se trate de la colaboración al mantenimiento y garantía de los bienes colectivos necesarios para la existencia y la funcionalidad de la sociedad, existe un deber de cooperación (*duty of cooperation*). De este modo, no se revela problemática la legitimación de la penalización de aportaciones cumulativas como tales, sino la selección de las conductas que se pueden penalizar de forma legítima. El establecimiento de tipos penales concretos precisa una doble legitimación. En primer lugar, se debe poder legitimar la amenaza y, en su caso la imposición de una pena como medida para el restablecimiento de la igualdad ante la ley vulnerada. En segundo término, la intromisión que supone la amenaza de pena y la efectiva sanción debe poder fundamentarse como una restricción del ámbito de libertad del autor protegido por los derechos fundamentales, razonable desde el punto de vista social y proporcional a su conducta. En este sentido, hay dos ámbitos problemáticos de especial

De este modo, la realización de las múltiples acciones contrarias a las medidas de seguridad, que reiteradas en el tiempo pueden causar la enfermedad laboral, constituyen, desde el punto de vista del tipo penal de peligro propuesto un *delito continuado*, y desde la perspectiva del tipo de lesión, una *ejecución progresiva* de dicho delito.

En la distinción propuesta, debe tenerse en cuenta que la conducta que *per se* es apta para producir un resultado de lesión o muerte instantáneos (accidente laboral) tiene una mayor carga de desvalor en comparación con aquellas que requieren una repetición sucesiva para producir la lesión tardía (a largo o mediano plazo).<sup>1033</sup> Esta diferencia cuantitativa de desvalor debe deberse representada en la asignación de escalas penales distintas para cada caso.

Sentado lo expuesto, estamos en condiciones de abordar seguidamente, el estudio de lo que hemos denominado el “primer aspecto de la problemática de la responsabilidad penal por los accidentes laborales”.

## **V. Presupuestos organizativos de la responsabilidad penal por accidentes laborales: Delimitación de las esferas de competencias entre empresario y delegado e imputación de resultados lesivos.**

### **V.1. Introducción**

De acuerdo a la conformación mixta del deber de seguridad de la que aquí se parte, los resultados lesivos por accidentes laborales se pueden producir por no brindar las condiciones seguras de trabajo o por infracción al deber de vigilancia (supervisar el “acto del trabajador”).

A su vez, el deber de vigilancia, en tanto la empresa constituye una estructura compleja donde puede delegarse total o parcialmente las competencias sobre seguridad laboral (ambos aspectos del deber de seguridad), puede ejercerse -desde la perspectiva del

---

relevancia: por un lado que, la aportación cumulativa sólo puede considerarse portadora de dañosidad suficiente cuando la hipótesis de los efectos cumulativos es suficientemente realista: por otro, la aportación cumulativa también debe presentar determinadas cualificaciones desde el punto de vista normativo: un deber de cooperación relevante jurídicamente (*duty of cooperation*) sólo existe en el caso de la salvaguarda de un bien colectivo cuyo mantenimiento constituya un interés fundamental de la sociedad, no sólo de los medios naturales, sino también, por ejemplo, una Administración de justicia operativa (von HIRSCH, A.y WOHLERS, W., Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa, en *La teoría del bien jurídico*, edición española a cargo de ALCÁCER GUIRAO, MARTÍN LORENZO y ORTÍZ de URBINA, Madrid, 2007, pp. 285/308).

<sup>1033</sup> SILVA SÁNCHEZ, Sobre la relevancia jurídico penal de la no-inmediatez en la producción del resultado, en *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, Santiago de Compostela, 1989, p. 683.

empresario- inmediata o mediatamente. En efecto, en el primer caso, el deber de vigilancia está dirigido directamente a la actividad de los trabajadores -controlando que desarrollen sus tareas conforme a las medidas de prevención-; en el segundo caso se dirige al control de la actividad los delegados -y de este modo, mediata o indirectamente respecto de la actividad de los trabajadores-.

Como puede verse, el deber de vigilancia del empresario genera una problemática propia en relación a la imputación de resultados lesivos, ya que, como se tratará más adelante, su infracción produce diferentes consecuencias según constituya un deber primario o un deber residual, distinción no siempre fácil de realizar.

En esta parte del capítulo analizaremos la responsabilidad del empresario por infracción del deber de vigilancia como deber residual o mediato y de este modo, intentaremos determinar cuándo, a pesar de que el empresario no haya causado directamente el resultado, éste puede atribuirse a su esfera de competencia.

En la segunda parte de este capítulo (respondiendo a lo que hemos marcado como la segunda “arista” de la problemática de los accidentes laborales), analizaremos el alcance y límites del deber de vigilancia del empresario -y/o delegado- (sector directivo) como deber primario, en el que debe tenerse en cuenta, no ya el deslinde con la competencia transferida al delegado, sino la posible intervención imprudente del trabajador en el hecho lesivo y su relación con el incumplimiento del deber de vigilar su conducta.

## **V.2 .El encargo de ejecución de tareas:**

Cuando el empresario encarga la ejecución de una tarea -sin traspaso al encargado de su competencia originaria-, el “encargante” es titular de deberes primarios -no residuales- sin perjuicio de la mala ejecución de su función, por parte del encargado (no hay aquí transformación de competencias).<sup>1034</sup>

---

<sup>1034</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial...*, pp. 164/65. A veces la vigilancia constituye una ejecución de “tarea” y no una delegación de competencia. Así, la obligación de vigilancia también se entiende como aquella asumida por determinados sujetos, carentes de poderes jurídicos impeditivos, de vigilar actividades peligrosas e informar al titular del bien o al garante primario -esto es, a quien se comprometió a neutralizar concretos peligros que pudieran afectar a un bien jurídico-. En este caso, y a diferencia de la obligación de garantía, los poderes de los que se dota al sujeto no son impeditivos, sino de mera vigilancia y de información sobre la situación de peligro correspondiendo sólo al titular del bien o al garante primario, informados por el vigilante, los poderes de intervención impeditiva. Este es el caso de los inspectores de de trabajo. Su función consiste en controlar que los titulares del deber de seguridad cumplan con sus obligaciones, sin que reciba de la ley o del empresario, poder alguno de influencia material o de dirección de los trabajadores que permita afirmar su dominio sobre la seguridad de los mismos (RODRÍGUEZ MESA, *La atribución de responsabilidad...*, p. 133).

Mientras el “encargado” se mantenga dentro de los límites de su estandar normativo, esto es, en el marco del desarrollo normal de su actividad profesional, no cabrá exigirle responsabilidad penal por el resultado delictivo que se derive de su actuación: el proceso de producción del resultado queda fuera de su propia esfera normativa (no física) de control.<sup>1035</sup> Estaríamos en este caso ante una *conducta de carácter neutral*. La neutralidad de la actuación del encargado no se altera ni por el ánimo que guía a su encargante, ni por el conocimiento que el primero tenga de ello.<sup>1036</sup>

Sin embargo, que la competencia del encargado se reduzca a la ejecución de la actividad que le hayan encomendado, no significa que no pueda cometer una infracción. El ejecutor no tiene poder de decisión sobre el ámbito de competencia en el que se desarrolla su tarea -ni gestiona ni tiene obligación de control-, pero se trata de un sujeto *autorresponsable*, es decir, es posible que del incumplimiento de sus obligaciones también se derive su responsabilidad. En la medida en que se aparte de los parámetros que configuran su actuación (estandar normativo) y esto suponga la orientación de su conducta hacia un actuar delictivo, también debe responder por ello.<sup>1037</sup>

En este caso, se plantea también la responsabilidad del mandante por el resultado delictivo que deriva de su propio ámbito de competencia pero, eso sí, causado *directamente* por la infracción de su ejecutor. Ahora bien, la atribución de responsabilidad penal al primero requiere de la constatación de una *relación de imputación* entre el resultado delictivo acaecido y la *infracción de un deber de control*. Hay que tener en cuenta que es él (empresario mandante) quien ostenta la posición de garantía primaria con relación a los riesgos que surjan del que sea su concreto ámbito de actividad funcional en la empresa. Así, en la medida en que la evitación del riesgo ocasionado por su subordinado estuviera al alcance de su concreto deber de control incumplido, se le podría imputar el delito como autor (en comisión por omisión). Pero su posible responsabilidad en comisión por omisión no se fundamentaría en un deber de control de una fuente de peligro (en la modalidad de “responsabilidad por la conducta de terceras personas”). Más bien, la fuente de esta clase de responsabilidad se hallaría en la *activación de su ámbito de competencia* a través del concreto encargo. Esto es, el ámbito de competencia inicialmente asumido por el mandante/empresario, se *actualiza*

---

<sup>1035</sup> Y no se trata de una mera exclusión de la culpabilidad o de la imputación subjetiva, sino de la propia realización típica objetiva (SILVA SÁNCHEZ, Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 2, 1997, p.22).

<sup>1036</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial...*, p. 103.

<sup>1037</sup> *Ibidem*, p. 104



y *concreta* con el encargo de la ejecución de una tarea a uno de sus colaboradores.<sup>1038</sup> De esa forma, aquel no es responsable *directamente* de la conducta de su ejecutor (autorresponsable) pero sí *del resultado* que de ella pueda derivarse, pues eso sí entra en su ámbito de competencia. En cualquier caso, lo relevante sigue siendo la constatación de una relación entre la infracción del deber de control del mandante y el resultado delictivo.<sup>1039</sup>

Pero la afirmación de la responsabilidad del mandante no elimina la existencia de un comportamiento infractor del encargado del que directamente se deriva la consecuencia lesiva y por el que, en consecuencia, cabe exigirle responsabilidad. En efecto, en esta situación el encargado se excede -negativamente- de lo que constituye su estricto ámbito de competencia -la ejecución del encargo en los términos establecidos-. O sea, se extralimita orientando su actividad -inscrita en el marco funcional común- hacia un comportamiento delictivo. En esta medida, es posible sostener que el hecho antijurídico también le pertenece y que, incluso, esa pertenencia puede plasmarse en forma de autoría.<sup>1040</sup> En ese caso, si además se concluye con la autoría de su superior en comisión por omisión, nos encontraríamos ante un supuesto de *autoría accesoria* -ya que el resultado típico se produce por la concurrencia del comportamiento defectuoso de ambos- pero éstos mantienen aquí la *individualidad* en su responsabilidad. No se trata de un caso de imputación conjunta -coautoría-, sino de una imputación por el comportamiento materialmente independiente de cada uno de ellos. El hecho de que el resultado delictivo se genere a raíz de una actividad organizada en la que participan varias personas no significa que su responsabilidad penal deba ser en todo caso conjunta.<sup>1041</sup>

---

<sup>1038</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial...*, p. 105. En el caso del “encargo”, su efecto no es la transformación de las esferas de competencia, sino la activación del estándar normativo en su caso vinculante (*Ibidem*).

<sup>1039</sup> *Ibidem*.

<sup>1040</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial...*, pp.182/84. No siempre será autoría. Siguiendo con el ejemplo del inspector de trabajo, -y a diferencia de lo que ocurre con las obligaciones de garantía-, la inobservancia del deber de vigilancia no da lugar a responsabilidad en comisión por omisión, porque en ausencia de poderes impeditivos difícilmente se puede actuar a modo de barrera de contención. La omisión de la vigilancia y/o de la información puede ser la base, en su caso, de una participación omisiva en el delito cometido por el sujeto sometido a vigilancia (en ese caso el empresario).

<sup>1041</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial...*, p. 182/4; MANSDÖRFER, Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas en un grupo, *InDret 2/2007*, p. 14. Sin embargo, la regla general debe ser la de que el empresario no puede responder en comisión por omisión por la no evitación de los delitos cometidos por sus subordinados y colaboradores en la medida en que la infracción de su deber de control sea independiente -a efectos de imputación- de los delitos de sus subordinados (MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial...*, p. 188).

En caso de ausencia o insuficiencia de medios para ejecutar el encargo de tareas, el encargado tiene la obligación de informar al delegante. Si éste no responde al requerimiento, el encargado no será responsable de los resultados delictivos que se deriven de la ejecución de su función -sólo se le puede atribuir responsabilidad por vía de la infracción de deberes de solidaridad-.<sup>1042</sup>

### **V.3 Infracción de los deberes residuales de control y vigilancia**

#### **V.3.a Introducción**

A diferencia del supuesto anterior, en la delegación de funciones -con transformación de competencias-, el delegado es el titular de los deberes primarios de garante y el delegante de los deberes secundarios o residuales de garante. Ambas posiciones de garantía tienen idéntico objetivo, el de evitar que de la actividad delegada surja algún *output* lesivo. En el caso del delegante, esta función de garantía se lleva a cabo controlando a su delegado y se proyecta sobre la actividad que éste desarrolla.<sup>1043</sup> Esa es la forma que tiene el empresario/delegante de contribuir a la evitación de riesgos que puedan surgir de la actividad empresarial, de la que también es competente.<sup>1044</sup>

Ahora bien, cuando el delegante infringe su deber de control sobre el delegado, quien a su vez actúa incorrectamente, ¿es responsable el delegante que ha infringido su deber de control, por el delito cometido por el delegado? La respuesta es afirmativa, pero requiere ciertas aclaraciones.

El fundamento de la responsabilidad del delegante por la actividad delictiva del delegado reside en que el desarrollo de la actividad del segundo tiene lugar en el ámbito de organización del primero, de forma que a éste le sigue incumbiendo, pese a la delegación, el cumplimiento de los deberes de vigilancia y supervisión relativos a que de su propio ámbito de organización no surjan peligros para terceros (también en forma de actividades lesivas que puedan partir del delegado en el marco de aquel ámbito).<sup>1045</sup>

---

<sup>1042</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial...*, p. 114.

<sup>1043</sup> La concreción de los deberes de control se escapa de cláusulas genéricas de regulación y depende del caso concreto, pero se pueden esbozar criterios orientativos: 1. La entidad del riesgo: cuanto mayor sea el riesgo, mayor la vigilancia requerida. 2. Cualificación, capacidad y experiencia profesional del delegado -o vigilado- cuanto mayores, más se puede relajar el control 3. En la graduación del deber de control, también influye las condiciones de seguridad en las que se realice la actividad, así como las deficiencias en la dinámica organizativa de la empresa. 4. El principio de confianza (MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial...*, p. 169. Ver también, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *LH Cobo del Rosal*, pp. 576 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa...*, pp. 196/97).

<sup>1044</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial...*, p. 160.

<sup>1045</sup> La vinculación de un ámbito de organización con el comportamiento ajeno mediante la repercusión de este comportamiento sobre el ámbito de organización propio, es trascendente sobre todo para el titular de

No obstante, no deja de ser cierto que el delegado es, a su vez, un sujeto autorresponsable. Ello no sólo tiene importancia en la determinación del grado de intervención en el delito del propio delegante (como de autoría o participación), sino que puede afectar ya a la propia presencia de una conducta desaprobada tanto en el delegante como en el delegado. En efecto, si no quiere caerse en una atribución puramente objetiva de responsabilidad, deberá reconocerse que sólo cuando lo no impedido por el empresario (esto es, la actividad lesiva del delegado) forme parte del círculo de prestaciones a terceros que se derivan de su *organización inicial*, existirá la relación de sentido necesaria para reprocharle también a él el daño. Ello por cuanto, ni la mera disposición de una organización, ni el poder fáctico de dirección, ni ambas cosas juntas, son fundamento suficiente para imputar lo que otro sujeto autorresponsable derive delictivamente de la organización.<sup>1046</sup>

Así, puede afirmarse que la desaprobación típica de la conducta del delegante, surge de que *su actividad de evitación* formaba parte del círculo de deberes a los que quedaba supeditado el correspondiente ejercicio de libertad.

En esta lógica, sólo es legalmente posible exigirle responsabilidad al delegante infractor de su deber de control *en tanto el delito acaecido también le pertenezca. Esto es, que el hecho delictivo también se explique -en términos de creación de riesgos e imputación de resultado- por su comportamiento infractor*. En la medida en que las actuaciones de cada uno de ellos concurren en un mismo ámbito de actividad, el resultado delictivo es susceptible de pertenecerle a ambos. Esto es, llegado el caso, delegante y delegado pueden estar involucrados de manera autorresponsable en el mismo hecho típico.<sup>1047</sup>

Estamos hablando de un delito de homicidio y/o lesiones imprudentes.

### **V.3.b Delimitación de las infracciones de los deberes del delegante y delegado**

Si luego de una delegación y asunción correctas, el delegado requiere al delegante que le proporcione los medios pertinentes con los que adaptar su actividad a las necesidades

---

actividades. Las acciones en el marco de la actividad siempre son también acciones en el ámbito de la actividad del titular. Este, si bien no responde por el propio comportamiento de los otros, sí lo hace en cambio por la *configuración, determinada por ese comportamiento, de su ámbito de organización*. Así como el propietario de una casa no se ve liberado del deber de asegurar las tejas de su techo si un trabajador las ha encajado mal por descuido, también el titular de la empresa responde por el estado peligroso de su empresa, en la medida en que aun son sus asuntos los que se organizan (JAKOBS, *DP-PG*, pp. 977/78).

<sup>1046</sup> ROBLES PLANAS, Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión), *InDret*, 2/2012, p. 14

<sup>1047</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial*, p. 180 (ver también, nota 565).

del momento, el delegante no atiende a su petición y el delegado sigue con su actividad, pese al peligro que ello implica (delegación defectuosa *sobrevenida*), él será el principal responsable de las consecuencias lesivas que se deriven de ese ámbito de competencia. El delegado debe buscar alternativas para seguir con su actividad sin peligros. Si ello no es posible, si dispone de la facultad de paralizar la actividad peligrosa, debe hacerlo. Si eso tampoco es posible, debe renunciar al cargo, de lo contrario responde por las consecuencias.<sup>1048</sup> En efecto, en esas situaciones de incumplimiento del deber residual del empresario, el delegado tiene un deber de *inhibición*, que es la “contrafigura” del deber de intervención del delegante. No debe olvidarse pues, que si bien con la delegación se ha creado una nueva posición de garantía en el delegado, ejercer la función delegada *sin los medios necesarios* escapa a la competencia de éste. Ante la

---

<sup>1048</sup>MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial...*,p. 113.Coincidente con esta postura, GALLEGO SOLER, quien entiende que en ese supuesto de no dotación de medios suficientes, el delegado debe negarse a seguir cumpliendo la función, si no quiere responder penalmente, puesto que conoce de la existencia de un riesgo típico (inérito, citado por HORTAL IBARRA, *Protección penal...*,p.270, nota 655). Para LASCURAIN SANCHEZ, en esos casos, las obligaciones del delegado consisten en informar de la situación a quien le transmitió el dominio, que él no puede ejercitar y a los titulares de los bienes jurídicos amenazados por los procesos de riesgo cuyo control había aceptado (*Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedeman*, p.221). SILVA SÁNCHEZ señala dos posturas frente a esta situación: la primera entiende que el delegado que se mantiene en su posición -no renuncia- y actúa -con previsibilidad- u omite -con previsibilidad y deber general- respondería de modo cumulativo con el delegante. En esos supuestos podrían apreciarse elementos estructurales de la “*actio libera in causa*”. Los intentos “salvadores” del delegado que “hace lo que puede” en ese caso, podrán tener efectos en la determinación de la pena, pero no modifican el hecho de que contribuyó de modo directo al resultado. Según la segunda, la competencia para la dotación de medios no ha sido en puridad delegada, sino precisamente retenida por el delegante. Y es a éste -y sólo a éste- a quien corresponde cumplir con ella. Al delegado le incumbe simplemente apercebir de la ausencia de medios y, en tanto ello no se subsana, cumplir con su deber: hacer frente al riesgo asumido con los medios existentes. El autor concluye que “*Aunque no cabe duda que el tema merece discusión, en el caso de producción de resultado por ausencia de medios, este punto de vista haría responder sólo al delegante*” (CDJ-2, 1997, pp.20 y 25). HORTAL IBARRA, siguiendo a SILVA SÁNCHEZ, rechaza la aplicación de la estructura de la *actio libera in causa* en los supuestos en que el delegado denuncia la falta de medios y asume hacer frente al riesgo con los medios existentes (*Protección penal...*,p. 270). En opinión de BOLEA BARDÓN, cuando el delegado asume el control directo del riesgo, pero sin dejar de denunciar la falta de medios y de reclamarlos al delegante, entonces debe responder como autor el empresario delegante, de forma exclusiva, del eventual resultado lesivo que se produzca como consecuencia de la ausencia de medios. El delegado no responde por el resultado, ya que su actuación es ajustada a derecho -en relación a un posible delito de resultado imprudente-. En cambio, cuando el delegado asume el control directo del riesgo, sin reclamar ni denunciar la ausencia de medios para el correcto cumplimiento de sus competencias, ambos, delegado y delegante, responderán del eventual resultado lesivo que se produzca como consecuencia de la ausencia de medios. No obstante, el título de imputación será distinto. El delegado responderá como autor del delito de resultado -lesión u homicidio- imprudente, mientras que el empresario delegante sólo responderá como partícipe del mismo delito. Señala la autora que la razón del distinto título de imputación en el caso de que no se reclamen los medios por parte del delegado, se basa en que en este supuesto, el curso lesivo queda en manos de una persona -el delegado- que ejerce un control directo del riesgo, y que ha asumido la competencia en materia de prevención de riesgos, si bien transferida de forma defectuosa. Al no denunciar el delegado la defectuosa delegación, teniendo el deber de hacerlo, se arroga la configuración principal del hecho, quedando el delegante en una posición secundaria, contribuyendo al resultado lesivo al infringir su deber de no favorecer, de minimizar, el riesgo (*Protección Penal de los derechos de los trabajadores*, pp. 305/08).

necesidad de adaptar los medios al correcto desarrollo de la función delegada, el delegado tiene dos obligaciones: denunciar y requerir del mandante esa adaptación;<sup>1049</sup> y frente al incumplimiento de éste, inhibirse.<sup>1050</sup> Si el delegado incumple esos deberes y permanece en la ejecución de la actividad en esas condiciones -sin los medios adecuados-, responderá -como autor- por el resultado dañoso acaecido, mientras que el empresario/delegante responderá como partícipe.<sup>1051</sup>

La responsabilidad del delegado es innegable, pero también la del delegante. Su falta de colaboración ante el requerimiento del delegado supone la infracción de su deber residual de control y vigilancia. Además, esta infracción conlleva la creación -o contribución- de una situación de peligro que, si finalmente se materializa en un resultado lesivo, también le sería objetivamente imputable.<sup>1052</sup>

Ahora bien, sobre la base de la relevancia del ámbito de competencia que mantiene el delegante tras la delegación, su contribución al hecho delictivo a través de la infracción de su deber de control es de *menor intensidad* que la del delegado. Los deberes de supervisión tienen, respecto al ámbito de actividad común entre delegante y delegado, una naturaleza *secundaria o accesoria*. En esta medida, la calificación de la intervención del delegante se aproxima a las estructuras de la participación en el delito. Además, si tenemos en cuenta que el delegante sigue obligado por una posición de garantía, aunque ésta sea de diferente grado a la que obliga al delegado<sup>1053</sup>, se plantea la posibilidad de una *participación* de garante, esto es de participación en comisión por omisión.<sup>1054</sup> Por otra parte, la responsabilidad del delegado infractor es más *intensa* que

---

<sup>1049</sup> Cuando se designa a una persona capacitada para cumplir la función, la misma está obligada a exigir los medios necesarios para llevar a cabo su labor correctamente, pues es quien está en mejores condiciones de saber cuáles son dichos medios y reclamarlos (BOLEA BARDÓN, *Protección Penal de los derechos de los trabajadores*, p. 308, nota 54).

<sup>1050</sup> En este sentido no comparto la opinión sostenida por algunos autores de que basta con el cumplimiento del primer deber (ver nota 160).

<sup>1051</sup> El empresario no tiene responsabilidad en el resultado sólo cuando el delegado incumple su deber de denunciar la falta de medios y en ese caso concreto, el control de la adaptación de los medios a nueva situación, escapaba a su deber de control y supervisión (que no puede considerarse ilimitado).

<sup>1052</sup> En cuanto al rol que cumple el principio de confianza, en la determinación de la responsabilidad entre empresario y delegado, la afirmación de que “el delegante puede confiar en su delegado” -y viceversa-, significa que la actuación infractora que pueda cometer este último, se escapa del ámbito de competencia del primero (MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial...*, p. 140).

<sup>1053</sup> SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, p.341; MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial...*, p. 180.

<sup>1054</sup> Es debatida por la doctrina la posibilidad de participar en un delito imprudente (ver PÉREZ MANZANO, M., *Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995*, Madrid, 1999, p.17). Sin embargo, de la regulación establecida en el C.P. en materia de autoría y participación no se desprende su exclusión (ver en este sentido, CANCIO MELIA, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, Barcelona, 1998, pp.200 y ss.; BOLEA BARDÓN, *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, p.297; CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado...*,pp.133/34, FEIJOO

la del delegante, ello se traduce en que la infracción del delegado tiende hacia la responsabilidad a título de autoría.<sup>1055</sup>

La conducta del partícipe ha de co-configurar el hecho típico, donde, co-configurar no significa necesariamente ejecutar de propia mano sino, antes bien, efectuar una aportación que, superando el riesgo permitido, adquiera el *significado inequívoco de formar parte del hecho delictivo*. Esa relación de sentido es independiente de la subjetividad del interviniente. La regla de imputación que permite trasladar la tipicidad del autor al partícipe opera normativamente en el plano objetivo. No se requiere por tanto, que autor (delegado) y partícipe (delegante) estén coordinados dolosamente para lograr un objetivo común.<sup>1056</sup> En el lado subjetivo del partícipe se ha de analizar si se conoce o desconoce el riesgo típico configurado normativamente de manera conjunta. Si lo desconoce el partícipe obrara imprudentemente, si lo conoce, obrara dolosamente.<sup>1057</sup>

Es común que el empresario delegue el deber de supervisar que los trabajadores cumplan las medidas de seguridad. Estamos en ese caso ante una delegación de funciones de vigilancia. Sobre la base de lo que constituye el objeto de la delegación, el delegado es el responsable directo de que los trabajadores cumplan con las medidas de prevención, mientras que el delegante es el responsable de que el delegado realice bien esa supervisión. Ambas funciones de garantía tienen el mismo denominador común: el control de que los trabajadores desarrollen su actividad conforme al estandar de seguridad. Ese es el elemento que vincula dos ámbitos de competencia diferenciados de dos sujetos responsables. Sin embargo, como se viene sosteniendo, eso no excluye que los deberes de control que obligan al delegado y delegante respectivamente, sean de

---

SÁNCHEZ, *CPC*, n° 62, Madrid, 1997, p. 319 y ss., el mismo en, La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el Derecho penal español, *Revista de derecho penal*, n° 4, 2003, p. 131 y ss.). Desde esta óptica, ROBLES PLANAS, ha dicho que la distinción entre autoría y participación en los tipos imprudentes es dogmáticamente posible y político-criminalmente admisible. La figura de la participación imprudente, en un sistema de incriminación restringida de la imprudencia, viene en consideración cuando una conducta imprudente constituya *una parte del hecho delictivo que no pueda subsumirse, por sí misma, en un tipo imprudente expresamente tipificado*. En la medida que tales conductas muestran en muchas ocasiones merecimiento de pena, puede concluirse que parece justificada la búsqueda de soluciones dogmáticas que permitan dar respuesta a tales exigencias político-criminales (Participación en el delito e imprudencia, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2da Época, n° 6, 2000, p. 238). En contra de esta postura que admite la participación imprudente, PÉREZ MANZANO, *Autoría...*, pp.81 y ss; RUEDA MARTÍN, M. *¿Participación por omisión?*, Barcelona, 2013, p. 140, CUELLO CONTRERAS, Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de la autoría y modalidades del delito, *InDret*, 1/2011, pp. 18 y ss.).

<sup>1055</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial...*, p. 180.

<sup>1056</sup> ROBLES PLANAS, *RDPC*, n°6, 2000, pp.243/44 (en contra, RUEDA MARTÍN, *¿Participación por omisión?*, p 140/41).

<sup>1057</sup> ROBLES PLANAS, *RDPC*, n°6, 2000, p. 245.

distinta intensidad. Con base en ello, si a consecuencia de la infracción de ambos deberes se produce la lesión o muerte de un trabajador, no responderán bajo el mismo título: en principio el delegado será autor y el empresario-delegante, partícipe en el delito de resultado que corresponda.

No obstante esa afirmación, no siempre es fácil delimitar el contenido de los deberes residuales y si se configuró o no su infracción. Pensemos en el caso en que el empresario delega alguna función de seguridad en un técnico que posee conocimientos especiales de los que el empresario carece. En esa situación, el técnico tiene el “monopolio de la información” y la ausencia de control posterior de su dictamen sitúa fácticamente el dominio en manos del técnico. En estos casos, ante la producción del resultado lesivo a consecuencia de una decisión inadecuada del técnico, es muy difícil determinar si el empresario delegante responde penalmente (aun como partícipe) por el delito de resultado.<sup>1058</sup>

No siempre la respuesta de la jurisprudencia a los supuestos de accidentes laborales cuando hay infracción de deberes del delegante y delegado, ha sido la de distinguir entre autoría y participación, sino la graduación de las responsabilidades de todos los intervinientes en función de la gravedad del deber de cuidado infringido -imprudencia grave o leve-.<sup>1059</sup> Sin embargo, esa solución no es incompatible con la aquí propuesta de distinguir entre autoría y participación; por el contrario, la combinación de ambas, permitiría graduar responsabilidades en función de la clase de aportación al hecho, haciendo posible una mayor flexibilidad y un análisis más distintivo de la relevancia penal de la conducta de cada sujeto. En efecto, la infracción de un deber de vigilancia y supervisión, que en principio relega al empresario a la posición de partícipe, siempre y

---

<sup>1058</sup> LASCURAIN SÁNCHEZ, *LH Cobo del Rosal*, p. 581.

<sup>1059</sup> BOLEA BARDÓN, *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, p. 310). Por ejemplo, en la SAP Albacete 1º, 62/2006, 29-09, P: García Bleda, se juzga el fallecimiento de un obrero por descarga eléctrica producido por el mal estado de la instalación eléctrica. En la sentencia se condena al encargado que visita asiduamente la obra y que, pese a conocer los problemas, no adopta ninguna medida que eliminara los riesgos, como autor de un homicidio en concurso con un delito contra los derechos de los trabajadores, al propietario y promotor de la nave en construcción, que pese a conocer los problemas con la instalación eléctrica nada hace para solucionarlos, como autor de homicidio por imprudencia grave en concurso con un delito contra los derechos de los trabajadores, al ingeniero técnico, director técnico de las obras, como autor de una falta de imprudencia con resultado de muerte; y a los socios o administradores de la empresa, que no visitan asiduamente las obras, desconociendo los problemas puntuales existentes, como autores de una falta de imprudencia. El tribunal ha optado por delimitar responsabilidades rebajando la gravedad de la imprudencia respecto de algunos intervinientes. Precisamente, en relación a aquellos que no tenían un control directo del riesgo, pero infringieron sus deberes de vigilancia y supervisión. Respecto a estos últimos, la solución correcta hubiera sido acudir a la participación, con independencia de la clase de imprudencia, pues no favorecieron el que otras personas ejercieran el control directo del riesgo -no contribuyeron a minimizar el riesgo, estando obligados a ello- (*Ibidem*, p. 310, nota 57).

cuando haya delegado el control directo del riesgo en persona capacitada, puede a su vez constituir una imprudencia grave o menos grave<sup>1060</sup> en función de la *propia actitud del empresario frente al peligro*. Si no ha detectado fallos en el cumplimiento de las medidas de protección por puro descuido (por ejemplo, no acudiendo a la obra durante semanas) o si, detectándolos, no ha hecho nada al respecto, la imprudencia deberá ser calificada de grave. En cambio, si al advertir los fallos, el empresario ha tomado medidas para solucionarlos, pero éstas se han demostrado insuficientes, la imprudencia no debe pasar de leve (menos grave).<sup>1061</sup>

En suma, el empresario/delegante que no controla (infracción deber de vigilancia y supervisión), o que aun controlando no actúa consecuentemente respecto de la evitación de la irregularidad detectada (infracción del deber de intervención), contribuyendo o facilitando así la conducta delictiva de su delegado, responde por el resultado lesivo que se produzca, ya que de ese modo el empresario infringe su deber de cuidado. Y debe responder como *partícipe en comisión por omisión* del delito imprudente cometido por el delegado.<sup>1062</sup>

#### **V.4. Participación por omisión del empresario-garante.**

Conforme a lo que se viene desarrollando, en el marco de la delegación de funciones, el delegante retiene las competencias de vigilancia y supervisión de las tareas del delegado, contexto en el que la no activación de tales competencias da lugar a la intervención relevante por *omisión* del delegante en el delito imprudente del delegado.

Ahora bien, la intervención por omisión genera una problemática compleja relacionada con la posibilidad de distinguir la autoría y la participación omisivas.<sup>1063</sup> No toda la doctrina admite esa distinción.<sup>1064</sup>

---

<sup>1060</sup> En virtud de la reforma introducida en el CP por la LO 1/2015, a partir del 1 de julio de 2015, los delitos imprudentes de resultado, relacionados con el ámbito de seguridad en el trabajo, serán de lesiones y homicidio por imprudencia *grave y menos grave* (arts. 142.1 y .2 y 152.1 y .2 CP).

<sup>1061</sup> BOLEA BARDÓN, *Protección de los derechos de los trabajadores*, pp.302/3). En este sentido, la autora cita la STS 860/2001, 17-05, P: Martín Canivell: “La concurrencia de plurales imprudencias no puede determinar automáticamente la degradación de todas para tener que calificarlas de leves sino que, sin perjuicio de la concurrencia de varias para el resultado, unas pueden ser graves y otras menos graves o leves, según la entidad del descuido, de expectativas socialmente exigibles y la del deber objetivo de cuidados omitidos” (*Ibidem*, p. 303, nota 42).

<sup>1062</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial...*, pp.180/81.

<sup>1063</sup> Esta cuestión no es pacífica en la doctrina (ver Del CASTILLO CODES, *La imprudencia: autoría y participación*, Madrid, 2007, pp.158 y ss. La delimitación entre autoría y participación en las omisiones, constituye uno de los problemas más oscuros de la teoría de la participación. Pueden clasificarse en tres las posiciones de la doctrina española sobre este tema: 1. Un primer sector entiende que cuando hay posición de garante, no cabe distinguir entre autoría y participación. El garante sólo puede ser autor en comisión por omisión aunque el hecho haya sido cometido activamente por otro sujeto y éste sea también



Está claro que, cuando la omisión se manifiesta como único comportamiento típicamente relevante en el hecho, no surgirán problemas de calificación de la misma como de autoría o participación. Las cuestiones relativas al título de intervención, sólo surgen cuando se da una pluralidad de conductas típicas que *coordinadamente* dan lugar a la realización típica. Por regla general, habrá participación por omisión cuando se trate de evitar que de un ámbito de organización surjan peligros que *faciliten o favorezcan* la conducta delictiva de terceros. En la medida en que estemos ante peligros surgidos del propio ámbito de organización que sólo llegan a traducirse en un delito *por la actividad de un tercero autorresponsable*, será este último quien habrá configurado *en mayor*

---

autor del mismo. Para esta tesis es irrelevante el dominio del hecho para distinguir entre autoría y participación por omisión 2. Otro sector, por el contrario, entiende que cuando el garante no impide la comisión activa del hecho por otra persona, es ésta quien tiene el dominio del hecho necesaria para la autoría y por lo tanto, el garante omitente será partícipe. Se entiende que hay autoría en comisión por omisión, si hay identidad estructural con la comisión y participación en comisión por omisión en dos situaciones; cuando al sujeto, pese a asumir el control del riesgo, le faltan las condiciones especiales de la autoría o el tipo no es susceptible de cometerse por omisión y cuando el compromiso asumido se refiere al control del riesgo que se deriva de un sujeto que en el caso concreto obra como partícipe (postura mayoritaria en Alemania) 3. Por último, una posición intermedia sostiene que si el que omite impedir la comisión activa de un delito de resultado por otro es garante, siempre será autor del delito en comisión por omisión, sin que se distinga entre autoría y participación. Coincide hasta aquí con la primera postura, de la que se diferencia al considerar que cabe acudir a la participación en comisión por omisión para evitar la impunidad del garante en aquellos tipos en que, por requerirse especiales formas de ejecución o cualidades especiales en el autor, el garante omitente no puede ser considerado autor. Por tanto, el sujeto en comisión por omisión será partícipe y no autor cuando el hecho típico que no ha impedido no se pueda realizar por omisión (FARALDO CABANA, P., Problemas de atribución de la responsabilidad penal derivados de la estructura jerárquica de la empresa, en *Estudios de derecho ambiental, Libro Homenaje al Prof Josep Prats Canut*, Valencia, 2008, pp. 518/19).

<sup>1064</sup> En apoyo de la diferenciación, se ha argumentado mayoritariamente que la participación por omisión tendrá lugar cuando existe una identidad estructural entre el comportamiento pasivo y una conducta activa de participación, lo que resultará de la conexión entre los tipos de la Parte Especial y los preceptos reguladores de la participación -arts. 28.2 y 29 del CP-, en definitiva cuando “el compromiso efectivo del sujeto en cuanto a actuar de modo de barrera de contención del riesgo se refiere, no al riesgo que de modo directo e inmediato se realiza en el resultado, sino a otros que contribuyen a que el mismo se realice” (SILVA SÁNCHEZ, Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario, *Cuadernos de política criminal*, nº38 1989, pp. 389/90). Partiendo de esta identidad estructural entre la acción y omisión, si la participación activa en un delito comisivo supone un incremento del riesgo de lesión para el bien jurídico, la participación por omisión implica que el sujeto garante que no actúa, puede dificultar el hecho, de modo que “el posibilitar, facilitar o intervenir en la producción del resultado se corresponde en la omisión, con la posibilidad de evitar el resultado, el dificultar su producción o eliminar la posibilidad de que éste tenga lugar” (PORTILLA CONTRERAS, La participación omisiva en delitos de resultado y simple actividad, en *El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos, LH al Prof. Doctor Don Ángel Torío López*, Madrid, 1999, p 464/5). En sentido similar, FARALDO CABANA, *LH Prof. Prats Canut*, p. 519. La participación consiste en facilitar al autor la comisión del delito y, “para poder hablar de participación en comisión por omisión, tendrá que ocurrir que la propia omisión facilite, elimine obstáculos a la comisión del delito...facilitación o eliminación de obstáculos no es lo mismo que no interposición de obstáculos, igual que, refiriéndonos a conductas de autoría, no es igual creación o aumento decisivo y determinante del riesgo que no evitación o dejar que el riesgo siga su curso” (DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión, *Poder Judicial*, nº 24, 1991, p. 210). Ver otros criterios utilizados por la doctrina para sustentar la diferenciación, expuestos en RUEDA MARTÍN, *¿Participación por omisión?*, pp. 77 y ss.

*medida* el injusto del hecho.<sup>1065</sup> Ésta es precisamente la situación del empresario/delegante que omite controlar (y en su caso intervenir) al delegado que comete el delito imprudente de resultado.

Sin embargo, un sector de la doctrina se decanta en esos supuestos por la autoría del empresario, porque considera que el delegante ha infringido el único deber de garantía que retenía, abandonando su prioritaria cuota de dominio sobre su propio y peligroso ámbito. En términos de LASCURAÍN SÁNCHEZ, “la calificación de autoría se fundamenta en la contribución determinante del omitente en el resultado, que es fruto de un curso de riesgo que surge de su propio ámbito de organización, cuyo control, cedido voluntariamente a un delegado, le sigue también, aun y prioritariamente correspondiendo.”<sup>1066</sup>

A mi juicio, si partimos de que el mecanismo de la delegación implica actuación sobre un mismo curso lesivo, la tesis de la participación resulta, de *lege lata* la más correcta para calificar la omisión del empresario.<sup>1067</sup> Debe tenerse en cuenta que, en el momento en que el delegado asume la competencia transferida, queda en sus manos el *control directo* del riesgo. De él depende que el riesgo se convierta en lesión. El empresario que mantiene un deber de supervisión *está obligado a no favorecer o a minimizar los riesgos que pudieran surgir de la actuación del delegado*. La infracción de ese deber de vigilancia, supervisión y de intervención, en caso de detectar algún problema, lo sitúa en

---

<sup>1065</sup> ROBLES PLANAS, *InDret*, 2/2012, p. 18

<sup>1066</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, p. 275. Se adhieren a esta postura: MARTÍN LORENZO/ORTÍZ de URBINA GIMENO, *Derecho penal de la construcción*, p.424; DOPICO GÓMEZ- ALLER, ¿qué salvar del art.318 CP?, La responsabilidad de administradores y encargados del servicio en los delitos contra los derechos de los trabajadores atribuidos a una persona jurídica. Consideraciones de *lege ferenda*, Revista General de Derecho Penal, n°9, 2008, pp. 28 y ss.; NUÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal en la empresa*, Valencia, 2000, p.204. También, ILHARRESCONDO, *Delitos Societarios*, p.197.

<sup>1067</sup> En este sentido ROBLES PLANAS destaca que los casos donde se observa con mayor claridad la necesidad de distinción entre autoría y participación en un delito imprudente son aquellos en los que existe una estructura compleja organizada jerárquicamente. En efecto, los casos de delegación de competencias en el seno de la empresa, se caracterizan por presentar relaciones delegante-delegado en las que, por un lado, el delegado asume funciones directas de control de riesgos, mientras que, por otro lado, el delegante conserva una posición de competencia residual referida al control, vigilancia o supervisión de la actividad del delegado (*RDPC*, n°6, 2000, p.247). MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial...*, p. 180. En igual sentido, SILVA SÁNCHEZ, quien señala que en ese caso el delegante sólo puede ser estimado participe en comisión por omisión, pues su conducta no equivale según el sentido del texto de la ley a la comisión activa en calidad de autor: él no ostenta ya la competencia directa de evitación del hecho -que ha transferido- sino que sólo retiene la competencia de instar a la evitación (*CDJ-2*, 1997, pp. 17/18) (ver también, PÉREZ ALONSO/ZUGALDIA ESPINAR, Responsabilidad penal del empresario y del técnico en prevención de riesgos laborales, en DONNA (dir.) *Revista de Derecho Penal, Delitos de peligro-II*, 2008-1, pp. 183 y ss.; GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho en la empresa: Criterios de imputación*, Barcelona, 1999, p.94).

un segundo plano. Ello por cuanto, no controlar que el delegado impida que el resultado se produzca es diferente a no controlar *el riesgo que se concreta en el resultado*, lo que sí fundamentaría la autoría.<sup>1068</sup>

Este razonamiento es la consecuencia directa de la “metamorfosis” de la competencia del empresario luego de la delegación, de la que habla el mismo LASCURAÍN SÁNCHEZ.<sup>1069</sup> La contribución del delegante al hecho (vía omisión), no pasa de constituir una participación (partícipe en comisión por omisión). Y en este sentido, no basta con infringir el propio deber para responder como autor, ya que todos, autores y partícipes, infringen *su* deber de forma individualizada.<sup>1070</sup> Es necesario fijarse en la concreta aportación al hecho que realiza cada interviniente en el mismo, partiendo del *concreto contenido* del deber infringido y teniendo en cuenta que estamos ante *un solo curso lesivo* que genera deberes para varios sujetos.<sup>1071</sup>

---

<sup>1068</sup> En este sentido, Del CASTILLO CODES señala que en los delitos omisivos, teniendo en cuenta que el foco del riesgo, al menos en su estadio final, no ha sido generado por la conducta activa del sujeto, el control de riesgo queda limitado a cumplir una simple función negativa, de modo que la autoría se definirá por la posibilidad que tuvo el sujeto obligado de evitar la creación del síndrome de riesgo y la inexistencia de control por parte de un tercero sobre dicho foco. Este segundo elemento negativo - ausencia de control de un tercero- nos permite diferenciar entre autoría y cooperación necesaria por omisión: habrá autoría cuando no existe dicho dominio por parte de ninguna otra persona, mientras que la cooperación necesaria implica, aparte de la posibilidad de evitar el resultado -elemento común a la autoría-, la existencia de dominio de un tercero. En este último caso, el omitente no configura positivamente el riesgo, sino que éste se crea solo o por la acción de un tercero, de modo que la pasividad del garante, sólo coadyuva a la consumación del foco de peligro (*La imprudencia...*, pp. 170/71).

<sup>1069</sup> *La protección penal...*, pp.203 y ss.

<sup>1070</sup> En este sentido, el rol que cumple la posición de garante en la omisión, ha sido correctamente delimitado por ROXIN. El autor se pregunta: “si en el no evitar una lesión al bien jurídico lo único que puede fundamentar autoría es el deber de evitar el resultado, ¿cómo cabe entonces concebir que, a pesar de darse este deber, no proceda la autoría del omitente?”, a lo que señala que la respuesta se deduce de la consideración de que los tipos omisivos, no estando mencionados en la ley *expressis verbis*, metodológicamente cabe extraerlos a partir de los preceptos de la Parte Especial. Al respecto, la posición de garante cumple dos funciones: fundamentar la punibilidad y al mismo tiempo, la autoría. Pero la punibilidad y la autoría tienen, al igual que en los delitos comisivos, requisitos distintos.

Por esta vía es posible que en el caso concreto se den los requisitos de la punibilidad, pero no los de la autoría (por ser un precepto más estricto). Para la imputación requerida con vistas a la punibilidad basta que de un precepto quepa deducir que el que permanece inactivo sea responsable del bien jurídico protegido típicamente. En esta medida, el deber tiene una función fundamentadora de la punibilidad. La autoría requiere asimismo que la omisión equivalga en cuanto a su desvaloración ético-social al hacer descrito primariamente en la ley. El deber de evitar el resultado tiene, pues, la virtualidad de fundamentar la autoría siempre que el no evitar un delito se corresponda con la *cualidad* de injusto de un cometer activo (aun cuando en su contenido de desvalor cuantitativo le vaya a la zaga). Faltando esta equivalencia, ciertamente la posición de garante surte efecto fundamentador de la pena, pero no se da autoría por omisión correspondiente a la comisión y, por tanto, tampoco tipo prescriptivo autónomo. La inactividad contraria a deber puede entonces entrañar el castigo por participación (*Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, (CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLEZ de MURILLO, trad), Madrid, 2000, pp. 516/8).

<sup>1071</sup> BOLEA BARDÓN, *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, pp. 310/12). En la STS 1329/2001, 05/09, Pte: Delgado García, se aprecia un homicidio por imprudencia grave por parte del arquitecto técnico y del empresario al no haber puesto las medidas de seguridad -barandillas, rodapié y mallazo- en hueco de escalera en planta 2, donde estaban trabajando en el amparado varios obreros, tal como se preveía en el estudio de seguridad elaborado por el arquitecto técnico. Uno de tales obreros, que

Sin embargo, es cierto que en el caso del empresario/delegante (superior jerárquico), el injusto del omitente es al menos igual -o incluso superior- en *magnitud*, al de los delegados ejecutores del delito de resultado y ello se debe a que las respectivas omisiones no sólo suponen -ciertos- actos de organización desaprobados en el contexto de la situación anterior a su omisión, sino que tales conductas omisivas pueden valorarse en el conjunto del acontecimiento como *infracciones especialmente graves de sus deberes dada la posición que ocupan y el sentido delictivo que exteriorizan*.<sup>1072</sup>

Ahora bien, esta circunstancia relativa a la equiparación de la magnitud del injusto del empresario delegante con la del delegado ejecutor, no modifica la clase de intervención que le corresponde al primero en el hecho del segundo -de participación a autoría-<sup>1073</sup>, ya que en definitiva, y desde la óptica del delito del delegado (producción imprudente del resultado lesivo), no deja de ser la organización de un estado de cosas *instrumental* a tal efecto.<sup>1074</sup>

Por el contrario, la consecuencia de ello debe traducirse en otorgar a la situación, una “perspectiva diferente”, que dote al comportamiento omisivo del empresario de una relevancia especial y *autónoma respecto de la conducta del delegado*. Para ello,

---

trataba de colocar un puntal del techo de esa planta 2, dio unos pasos hacia atrás y se precipitó al vacío, sufriendo un golpe que le causó la muerte. Se considera irrelevante que había en el lugar unos tablones o que pudo existir descuido de la víctima. Respecto del arquitecto técnico, sostiene el tribunal que no cabe duda *sobre su autoría*, pues, según la normativa correspondiente (decreto 265/1971 y reales decretos 555/1986 y 84/1990), le está específicamente encomendada la tarea de realizar el estudio de seguridad e higiene en el trabajo, añadiendo que su tarea “*no es sólo la realización del estudio citado, sino evidentemente la de velar por su aplicación, teniendo incluso facultades para detener los trabajos si las medidas correspondientes no se hubieran adoptado*”. Con relación al empresario se afirma en la sentencia que “no responde solo por la mera existencia de una obligación legal. Es que nos encontramos ante un hecho que necesariamente tenía que conocer el empresario acusado, la omisión de las debidas medidas de protección del hueco de escalera por donde cayó el trabajador. Él tenía que visitar la obra y tenía que saber que no había medidas adecuadas de protección respecto de tal hueco. Tuvo que ver los tablones colocados al respecto, notoriamente insuficientes como ya se ha dicho, y pese a ello permitió que la obra continuase con tan manifiesto peligro” (FJ7). Resulta evidente que el empresario ha infringido sus deberes de vigilancia y supervisión, pero quedando el curso lesivo bajo el control del arquitecto técnico, encargado de hacer cumplir las medidas previstas en el propio estudio de seguridad e higiene en el trabajo por él confeccionado, no parece correcto atribuirle al empresario un tanto de responsabilidad que supere la mera participación. Hay que tener en cuenta que el arquitecto técnico había asumido el control directo de los riesgos y que disponía de los medios materiales e inmateriales suficientes para cumplir sus funciones (*Ibidem*, pp. 312/ 313).

<sup>1072</sup> ROBLES PLANAS, *InDret*, 2/2012, p. 18.

<sup>1073</sup> Conclusión a la que arriba ROBLES PLANAS (*Ibidem*).

<sup>1074</sup> En términos de DOPICO GÓMEZ-ALLER, quien sostiene que “Las personas podemos, mediante omisión, dados ciertos requisitos y en ciertos contextos, tomar decisiones acerca del surgimiento de un estado de cosas que el ordenamiento no deseaba (y para cuya evitación asignó precisamente una especial y exclusiva responsabilidad a un concreto sujeto), de modo tal que nos sea imputable. Ese efecto puede ser tanto la producción del resultado típico como la producción de estados de cosas instrumentales a tal efecto” (*Omision e injerencia...*, p. 757).

debemos comenzar por definir esa omisión del empresario (infracción del deber de vigilancia que fundamenta la intervención del delegante) como una *inadecuada o incorrecta organización de su ámbito de responsabilidad*. Así definida la conducta del delegante, se pone de manifiesto su mayor amplitud y su *significado propio* frente a la de “participar en el delito del delegado”.

Este cambio de perspectiva, se corresponde con la idea de imputarle al empresario, no una intervención en el delito de su colaborador, sino su “propio delito”, que se independiza así de la relación causal con el resultado lesivo imprudente.<sup>1075</sup>

Ello por cuanto, teniendo en cuenta la posición que ocupa el empresario, la norma que está detrás de la infracción del deber de vigilancia (y/o intervención), puede expresarse así: “está prohibido organizar el proceso productivo defectuosamente”. Creo que esta es la idea que conduce a algunos autores a entender más justa la imputación del delito imprudente al empresario/delegante, a título de autoría y que dogmáticamente no corresponde.

Sin embargo, sí que amerita una solución diferente, de *lege ferenda*.

#### **V.5. Solución propuesta: infracción del deber de vigilancia del empresario como estructura de “delito de favorecimiento”.**

Como señalamos al comparar el delito de peligro con los delitos de resultado, y adelantándonos a lo que se desarrollará en el próximo capítulo, el tipo penal del art. 316 no contempla la infracción del deber de vigilancia del empresario como parte de la conducta típica (ni como deber primario ni como deber residual). De modo que sólo podrá generar responsabilidad por el delito de resultado concurrente.

En este escenario, y luego de lo expuesto en el apartado anterior, cabe reflexionar sobre la necesidad de incluir esa conducta en el tipo de peligro y con qué alcances.

En primer lugar se debe partir del desdoblamiento del deber de vigilancia -como deber primario o directo y como deber residual o mediato-, teniendo en cuenta la distinta naturaleza de ambos deberes.

La infracción del deber de vigilancia en el primer caso (como deber primario) debe tipificarse en el delito de peligro, *pero bajo ciertas condiciones*.

En efecto, el tipo del art. 316, conforme lo interpreta la mayoría de la doctrina, debería (para ser coherente con esa exégesis) describir la conducta del empresario consistente en

---

<sup>1075</sup> Nótese que así definida la conducta omisiva del empresario, su desvalor se independiza de la eventual configuración del delito concreto del delegado.

infringir el deber de seguridad (mixto), *en sus dos aspectos*: no brindar las condiciones seguras de trabajo por un lado y no vigilar que los trabajadores desplieguen su actividad respetando las medidas de prevención (infracción del deber primario de vigilancia), por el otro. Sin embargo, aunque este tema se abordará en el capítulo próximo, debo adelantar aquí que la inclusión del incumplimiento del deber de vigilancia (segundo aspecto del deber de seguridad del empresario) sólo corresponde si se trata de un delito de peligro concreto, pero no si es de peligro abstracto-concreto como se postula en este trabajo. Por ello, y en base al desarrollo que se hará en el capítulo VI, el delito de peligro aquí postulado sólo contemplará la infracción del primer nivel del deber de seguridad (“no brindar las condiciones seguras de trabajo”).

Con relación a la infracción del deber de vigilancia en tanto deber residual, pienso que también debe ser desvalorada por el legislador penal, es decir, tipificar la infracción por el empresario/delegante, de la obligación de control del delegado -y/o de intervención-. Sin embargo, teniendo en cuenta que ese deber de supervisión configura una *transformación* del deber de seguridad originario del empresario y presenta por lo tanto especiales características por el contexto en el que se inserta (delegación), debe legislarse como un delito *autónomo*.<sup>1076</sup>

Si partimos de los efectos que produce la delegación de funciones (multiplicación de competencias), esto es, que el delegado tiene el control directo de la fuente de peligro, pero el empresario delegante pasa a tener el deber de supervisar la actuación del delegado, podemos definir al deber secundario de vigilancia del empresario como: “*instar a que el delegado ejerza el control directo del riesgo e intervenir para minimizar el riesgo cuando entienda que el subordinado no está cumpliendo adecuadamente su deber*”. De este modo, el incumplimiento de esa conducta debida por

---

<sup>1076</sup> Con relación a esta propuesta, se ha entendido que no hay dificultades en instrumentar esta técnica de imputación, mientras que la infracción al deber de vigilancia se considere un ilícito administrativo. Pero la cuestión se complica cuando quiere fundarse en aquella infracción una responsabilidad penal *stricto sensu*. Sin embargo, existen autores que consideran que el bien jurídico protegido en ese caso (infracción al deber de vigilancia), es el interés público en una organización de la empresa que impida peligros (ver CESANO, J, La imputación penal en el ámbito de la empresa y las estructuras omisivas: bases para su análisis, en *Revista de derecho penal*, DONNA (dir), 2011-2, Delitos contra el patrimonio-I, 2012, pp.160/161, con cita de HILGERS). Por su parte, GARCÍA CAVERO, se manifiesta en contra de esta opción legislativa, alegando que “una incorrecta administración de la empresa no se muestra aun suficiente para fundamentar desde la lógica del bien jurídico una sanción penal” (*Derecho penal económico. Parte general*, Lima, 2007, p.703). En un sentido similar se expresa RAGUÉS I VALLÉS, quien indica que la imposición de deberes muy estrictos de conocimiento a los administradores podría generar un efecto perjudicial para una gestión ágil en la empresa (Atribución de responsabilidad penal en estructuras empresariales. Problemas de imputación subjetiva, en *Nuevas tendencias del Derecho Penal Económico y de la empresa*, Lima, 2005, p.601).

el empresario, consistirá en “favorecer que el delegado no ejerza el debido control del foco de peligro y no intervenir cuando éste incumpla su deber de control” y así, en su caso, favorecer que se produzca el resultado lesivo. Por eso el tipo penal autónomo que recepte esta conducta disvaliosa del empresario, será un delito de *favorecimiento*.<sup>1077</sup>

El fundamento del dominio del riesgo típico en el delito de peligro (art.316), reside en el ejercicio de una función social que coloca al empresario (en tanto autor de ese delito) en una posición especial de dominio respecto del ámbito de actividad social en el que se halla implicado el bien jurídico. Debido a ello, el bien jurídico se presenta, frente al *intraneus* como especialmente vulnerable. Ahora bien, el delito de favorecimiento como delito autónomo, abarca la *reconversión* del dominio propio del empresario -relevado por el art. 316-, en el caso de delegación de competencias (que el art. 316 no ha receptado en su fórmula).

En el próximo capítulo se efectuará el diseño del tipo penal de peligro, que incluirá en un apartado especial al delito de *favorecimiento* (infracción por parte del empresario del deber secundario o residual de vigilancia), cuya tipificación debe responder a las pautas aquí sentadas.

En definitiva se trata castigar al empresario que configure de modo inadecuado su esfera de organización, de manera que ello facilite la actuación delictiva del delegado, sobre la base de dos condiciones: en primer lugar, que su conducta de organización resulte contraria al deber de cuidado exigible (omisión de control adecuado del delegado o de intervención para minimizar el riesgo). La segunda condición será, la realización de la acción antijurídica del delegado (incumplimiento de sus deberes primarios de seguridad -brindar condiciones seguras y/o vigilar la actividad de los trabajadores para que cumplan las medidas de prevención-, lo que dependerá del contenido de la delegación) y que a consecuencia de ello, se produzca efectivamente un resultado de lesión o muerte de algún trabajador (condición objetiva de punibilidad).

Cabe aclarar que la mera producción del delito del delegado no es suficiente para probar el delito de favorecimiento, sino que será necesario acreditar la infracción del deber de control e intervención por parte del empresario. Rige aquí el principio *in dubio pro reo*.

---

<sup>1077</sup> Sobre las diferentes opciones de delitos de favorecimiento, ver PAREDES CASTAÑÓN, J., La responsabilidad por productos defectuosos: Problemática político-criminal y reflexiones de *lege ferenda*, en *Derecho penal de la empresa*, CORCOY BIDASOLO (dir), Universidad Pública de Navarra, 2002, pp. 407 y ss.

Así planteado, el delito que se propone de *lege ferenda* consiste en definitiva, en la infracción del deber del empresario de impedir que dentro de su ámbito de responsabilidad (y a pesar de la delegación) tenga lugar la causación del resultado lesión y/o muerte del trabajador.

Desde el punto de vista del desvalor subjetivo de la acción, creo que las consideraciones de necesidad de pena en este ámbito recomiendan la incriminación del favorecimiento imprudente<sup>1078</sup>, dada la frecuencia de este tipo de conductas, además de la dolosa.<sup>1079</sup>

En el favorecimiento imprudente, bastaría con probar que el empresario se mantuvo en un estado de ignorancia culpable. Así, en tales casos, la ausencia de conocimiento contraria a deber -de un cierto deber de examen o control previo- proporcionaría el necesario elemento subjetivo para la imputación de responsabilidad.<sup>1080</sup>

La ventaja de esta propuesta de un delito autónomo frente al sistema legal actual, es que al calificarse actualmente esta conducta como “participación por omisión en el delito de resultado imprudente del delegado”, se exige que la omisión del empresario reúna los requisitos de “equivalencia respecto de la contribución del cooperador activo”. Los problemas probatorios vinculados a la necesidad de acreditar dichos requisitos (que se pueden identificar abstractamente, pero no siempre “en la práctica”), dejan fuera de la subsunción típica a muchas infracciones del deber de control del delegado. En el panorama normativo propuesto, podrá ampliarse el elenco de infracciones del

---

<sup>1078</sup> La consideración autónoma de la conducta del empresario como delito de favorecimiento, permite relevar su versión imprudente, evitando las complicaciones que genera la contribución omisiva imprudente, cuya relevancia típica no es admitida por la doctrina mayoritaria (ver FARALDO CABANA, *LH Prof. Prats Canut*, p. 522) quien además señala que “la omisión imprudente del deber de vigilancia no tiene la suficiente relevancia como para merecer la consideración de delito” (*Ibidem*).

<sup>1079</sup> En el ámbito de organización empresarial, la diferenciación entre dolo eventual y culpa consciente puede presentar problemas de delimitación, además de revestir en algunos casos, especiales dificultades probatorias. En este sentido, la creencia ingenua del empresario que confía en que no se cometerán delitos, desafiando la evidencia de una situación objetiva de riesgo, puede acercarse a la actitud del que arriesga -dolo eventual- o a la actitud del que descuida sin tomarse en serio el peligro de la situación por un cálculo equivocado -culpa consciente- (AGUSTINA SANLLEHÍ, *El delito en la empresa*, Barcelona, 2010, p. 180).

<sup>1080</sup> AGUSTINA SANLLEHÍ, *El delito en la empresa*, p. 186. La imputación de responsabilidad penal en tales supuestos de omisión de actividad de control, reacción o intervención, se realiza mediante una “atribución normativa de conocimiento”, en la frontera entre la ignorancia deliberada y el dolo presunto. En este ámbito, las aportaciones doctrinales en el marco de la discusión entre culpa consciente y el dolo eventual, deberían complementarse con un factor adicional presente en tales casos, cual es que el deber de garante del empresario opera a modo de elemento que distorsiona la valoración de los criterios delimitadores, factor diferencial que debería interpretarse a favor de la concurrencia de dolo eventual (*Ibidem*, pp. 187/8). La jurisprudencia norteamericana recurre a la figura de la “ceguera voluntaria” para poder incriminar en aquellos supuestos en los que el empresario (1) siendo consciente de la alta probabilidad de la existencia de comportamientos ilegales, (2) ha decidido de propósito evitar premeditadamente tener conocimiento de esas conductas (*Ibidem*, p. 188).



empresario al deber de control secundario, lo que será pertinente desde el punto de vista político-criminal, teniendo en cuenta la *relevancia social* de la acción.

En efecto, la complejidad en el contexto organización de la empresa, donde tienen lugar esta clase de fenómenos delictivos, hace que una aplicación simplista de conceptos como causalidad, previsibilidad, dominio y cooperación resulte muchas veces injusta e ineficaz porque crea lagunas de punibilidad con relación a comportamientos significativamente antisociales y porque agrupa bajo categorías excesivamente genéricas, conductas que en el seno de la estructura organizada de la empresa se diferencian con facilidad.<sup>1081</sup>

Otra ventaja de la creación de este delito autónomo (delineado con independencia de la participación en el delito del delegado) consiste en que puede diseñarse una escala penal específica, adaptada a las características particulares de este comportamiento y que permita graduar más adecuadamente la responsabilidad penal del empresario en atención al merecimiento y necesidad de pena. Desde esta óptica, la escala prevista podrá ser más gravosa que la que resulta de aplicar la figura de la participación en comisión por omisión en el delito imprudente.

En este sentido, ha expresado LASCURAÍN SÁNCHEZ que “la consideración del comportamiento omisivo del empresario delegante como participación, poco acorde por lo demás con la confianza que su posición jerárquica despierta en los titulares de los bienes jurídicos amenazados, presenta una seria objeción desde la perspectiva criminológica: la exoneración o disminución de pena que implica la calificación imprudente alimenta una nueva frustración dogmática ante los graves problemas de criminalidad que surgen en el ámbito económico.”<sup>1082</sup>

## **V.6. Competencia por arrogación: la figura del “encargado” o “apoderado”**

En muchos casos no hay claridad sobre el contenido y límites de la competencia delegada al subordinado que realiza actividades operativas. Esta situación es muy común en el sector de la construcción, donde los empresarios no asisten al lugar donde se desarrolla la actividad laboral y los arquitectos, por su parte delegan funciones “difusas” a los llamados “encargados” o “apoderados” que sí están permanentemente a pie de obra. En este contexto, surge la problemática acerca del desempeño fáctico del

---

<sup>1081</sup> PAREDES CASTAÑÓN, *Derecho penal de la empresa*, pp. 407 y ss.

<sup>1082</sup> *La protección penal...*, pp. 275/6; el mismo, *Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedeman*, pp. 222/3.

encargado, que muchas veces y ante la necesidad de tomar decisiones urgentes, inconsultamente decide cuestiones que escapan a su esfera de decisión asignada y se arrojan *de hecho* competencias que en principio (formalmente), no tienen. Cuando a consecuencia de esas decisiones se produce un resultado lesivo, surgen interrogantes en cuanto a la imputación de responsabilidad por esos resultados, con fundamento en una “competencia por arrogación” del sujeto.

Para graficar esta situación resulta útil traer a colación un caso emblemático de la jurisprudencia argentina.

En un importante fallo del Tribunal de Casación Penal<sup>1083</sup>, se analizó la responsabilidad penal del “encargado de obra” -función que no existe como categoría jurídica-, M. Horeinstein (en adelante H) por la muerte de un operario en una obra en construcción.<sup>1084</sup> El hecho consistió en que mientras realizaba tareas en altura, un operario cayó desde el piso octavo, sufriendo graves heridas que le causaron la muerte. En el momento del accidente, no se hallaban colocadas en el edificio las bandejas de protección para la caída de personas y tampoco la víctima tenía puesto el cinturón de seguridad (arnés).<sup>1085</sup> En primera instancia se condenó al encargado por el delito de homicidio imprudente del operario. La imputación a H consistió en “haber permitido la continuación de los trabajos de edificación sin asegurar la previa instalación de los elementos de protección reglamentariamente impuestos, poniendo en riesgo el bien jurídico protegido de la vida y la salud de los trabajadores.”

En el fallo de Casación, se absolvió por mayoría a H porque se consideró que no estaba acreditada su posición de garante.<sup>1086</sup> En esa dirección, el Tribunal, analizó diferentes instrumentos jurídicos (contrato y poder) que pudieran esclarecer cual era concretamente el ámbito de organización delegado al “encargado” y si en ese sentido era su función instalar las medidas de seguridad. Luego de efectuar diferentes interpretaciones de esos instrumentos, los jueces concluyeron que no se podía

---

<sup>1083</sup> Fallo CNCP, “E, D y otro”, Sala IV, del 22/5/2006. Ver comentario a este fallo en GALLO, P. El caso Escudero, Daniel y otro, en *Jurisprudencia de Casación Penal*, ZIFFER (dir), Bs. As., 2010, tomo II, pp. 371 y ss.

<sup>1084</sup> Ello a pesar de que podían distinguirse tres niveles diferentes de “sujetos encargados del deber de seguridad de los trabajadores”. En un primer nivel, se hallan los (empresarios contratistas de la obra), en segundo término, los arquitectos y finalmente nos encontramos con el “apoderado” de la empresa contratista (H). En el fallo sólo se discute la situación procesal del encargado mencionado.

<sup>1085</sup> Aunque en la producción del resultado también influyó la ausencia del cinturón, la discusión en el fallo se concentra en la omisión de la instalación de la medida de prevención colectiva (bandeja de seguridad).

<sup>1086</sup> Las magistradas Berraz de Vidal y Capolupo de Durañona y Vedia, consideraron, aunque sobre la base de desarrollos diferentes, que no puede asignársele al nombrado la posición de garante. Por su parte el juez Hornos (en minoría), consideró fundada la sentencia condenatoria recurrida.

determinar a ciencia cierta *qué* actos debía ejecutar H y el poder de decisión que, asociado a esos actos, le correspondía. Por otra parte, también se analizó en el fallo el rol que *fácticamente* asumió el encargado en la obra y la mayoría del Tribunal entendió que no correspondía asignarle la responsabilidad penal por homicidio imprudente en comisión por omisión.

Sin adentrarme en el detalle de los argumentos del fallo absolutorio, no comparto la solución a la que allí se arriba, básicamente porque creo que no se ha hecho un adecuado estudio de la “dinámica” funcional de las relaciones, es decir, del rol desempeñado *realmente* por el encargado en la obra, que es donde radica el interés del caso y de donde surge el *fundamento de su posición de garante* frente a la muerte del obrero.

En efecto, aunque es útil conocer los términos del contrato en el que se describen las funciones asignadas, lo cierto es que el deber de garante no se genera por el acuerdo como tal, sino, en principio, recién por la *asunción fáctica* de esas funciones (posición de confianza)<sup>1087</sup>, por el hecho de que a partir de ese momento, los demás cuentan con la persona obligada. Si ésta por ejemplo, en contra de lo acordado, no asume su posición, se tratará de un “mero incumplimiento contractual.”<sup>1088</sup> De lo contrario, la posición de garante quedaría neutralizada por todas las causas que afectan la validez del contrato como negocio jurídico.<sup>1089</sup> Este razonamiento pone sobre el tapete la verdadera relevancia de la *asunción voluntaria* de la actividad, en este caso, de control de una fuente de peligro.<sup>1090</sup> El surgimiento del deber de garante por asunción voluntaria, es en verdad, independiente de que exista un contrato en el sentido del Derecho civil, ya que puede haber contrato sin que se genere una posición de garante o posición de garante, sin que haya contrato. El contrato como tal, no basta para una responsabilidad jurídico-penal, mientras los deberes que nacen de allí no hayan sido asumidos efectivamente.<sup>1091</sup> La secuencia de los hechos indican que los arquitectos no concurrían asiduamente a la obra y en ese marco, el encargado se presentó frente a los obreros como el “patrón”, como la autoridad que toma decisiones técnicas y sobre todo que decide qué materiales comprar. Frente a ese panorama, y ante la omisión de colocación de las bandejas de

---

<sup>1087</sup>STRATENWERTH, G., *Derecho Penal Parte General I. El hecho punible*, Bs.As., 2005, pp. 463/4.

<sup>1088</sup>*Ibidem*.

<sup>1089</sup>BACIGALUPO, E., *Derecho Penal Parte General*, Bs.As., 1999, p. 557.

<sup>1090</sup>STRATENWERTH, *Ibidem*, pp. 463/4

<sup>1091</sup> El deber de garante comienza con la asunción. Se asume el cumplimiento de una expectativa cognoscitiva (que se ha de apreciar en función de la oportunidad fáctica), no el de una expectativa normativa (garantizada jurídicamente) (SANCINETTI, M., El caso Travi Basualdo, Lorenzo Juan de Dios Pedro, en *Jurisprudencia de Casación Penal*, ZIFFER (dir), Bs. As., 2009, tomo I, pp. 270/71).

seguridad, los obreros le solicitaron directamente a H la compra de los elementos necesarios para instalar dichas medidas de prevención, a lo que el encargado se negó. Ante su negativa, los obreros continuaron su trabajo en altura sin esa protección y en ese contexto de produjo la caída y muerte de uno de ellos.

Este relato genera dos reflexiones.

En primer lugar, una circunstancia que no puede perderse de vista es que eran los arquitectos quienes sin duda tenían la obligación de colocar las medidas de protección colectiva, sin embargo -más allá de que no se presentaban todos los días en la obra- los operarios se dirigieron a H para solicitar la compra de los elementos necesarios para su instalación. Cabe preguntarse entonces, si tiene alguna relevancia el mero hecho de presentarse frente a los obreros como estar “a cargo de la obra” (tomando decisiones técnicas) en la adscripción de una posición de garante. Esto es, si debe tenerse en cuenta en ese análisis a las “interpretaciones subjetivas” de los trabajadores, generadas por esa actitud, que veían a H como “el patrón”, legitimado -entre otras cosas-, para *tomar la decisión de comprar lo necesario (y como consecuencia para instalar las medidas de seguridad que ellos le reclamaban)* y que les llevó a dirigir su reclamo a él y no a los arquitectos.<sup>1092</sup>

No puede saberse qué hubiera sucedido si, ante la negativa de H, los obreros hubieran recurrido a los arquitectos para lograr las medidas de seguridad necesarias, pero lo cierto es que la actitud del encargado frente a ellos, probablemente haya determinado que se resignaran a seguir trabajando sin las bandejas, sin insistir en su colocación.

---

<sup>1092</sup> Respecto del que asume el deber de garante de protección, se sostiene que aquel que es consciente de que reduce las posibilidades de salvamento de un bien ya asume, por esa sola restricción un deber calificado de protección, al menos el deber de brindar aquella protección que habrían podido prestar quienes eran candidatos posibles para una intervención (ver SANCINETTI, *Jurisprudencia de Casación Penal*, pp.262/73). Cabe preguntarse si ese razonamiento puede trasladarse al garante de control y, concretamente, al caso de H. Ello, en tanto y en cuanto, esa situación de señorío sobre la dirección de la obra, asumida por él frente a los obreros, pudo haber frustrado cualquier iniciativa de éstos de dirigirse a los arquitectos-garantes, en reclamo de la instalación de las medidas de seguridad frente a la inacción del nombrado. Sobre todo, teniendo en cuenta que al no asistir éstos diariamente a la obra (como algunos testigos refieren, según el fallo), quizá no eran conscientes del marco de inseguridad en el que se desarrollaba el trabajo, a medida que se avanzaba en la construcción de pisos más altos.

Por otra parte, se sostiene que aquel que sustituye a quien, de todos modos habría sido un protector ineficaz no se convierte en garante. Yendo al caso concreto, existe la posibilidad de que los garantes originarios -arquitectos-, también hubieran hecho caso omiso de los reclamos de los trabajadores en pos de la instalación de las bandejas, sin embargo también se ha dicho que basta con la reducción de chances de un salvamento eficaz, para que la asunción genere la posición de garante (*Íbidem*, p. 271, con cita de JAKOBS).

Finalmente, no debe perderse de vista en este análisis, que en rigor, la efectividad de las medidas de seguridad no pueden depender del pedido de sus destinatarios -los trabajadores- y que por otra parte, los arquitectos en su función de garantes de control por ley, son quienes deben estar atentos a su implementación -sin necesidad de un reclamo de los obreros-.

En segundo término, aunque “por contrato” (en tanto fija los límites de su competencia) no le haya correspondido a H velar por la seguridad de la obra -y sí a los arquitectos-, lo cierto es que al negarse a comprar lo necesario para las bandejas, *se arrogó de hecho el poder de decisión sobre qué comprar* y, en el ejercicio de dicha competencia (negarse a adquirir los materiales necesarios para las medidas de seguridad que se le reclamaron), modificó esencialmente esa situación “contractual” y fundamentó nuevos peligros. De ese modo se arrogó la organización del *modo* en que se llevaba adelante la ejecución de la obra y el marco de inseguridad en ella imperante.

Creo que esta circunstancia, unida a la actitud de presentarse como “el patrón”, fundamentan la asignación de la posición de garante del encargado.

Entonces lo que debe reprocharse a H, y que habría eliminado el riesgo que se concretó en el resultado lesivo, es *no haber comprado los materiales necesarios para implementar las medidas de seguridad ante el pedido de los trabajadores, luego de presentarse ante ellos como la autoridad.*<sup>1093</sup> Con la omisión descripta, H “reconfiguró” el ámbito de organización, excluyendo *de hecho* a los garantes “por ley”, ello por cuanto, si los arquitectos eran los responsables de las medidas seguridad, pero, en definitiva -y en la práctica-, el que decidía -exclusivamente- sobre una condición necesaria para su existencia era H (compra de materiales), ¿no es ésa una clara manera de excluirlos de ese ámbito de organización?<sup>1094</sup>

Responsable de un ámbito de organización es el legitimado para configurarlo y con ello para excluir de él a otras personas, posición que puede alcanzarse mediante una acción o también mediante una omisión. Al legitimado se equipara aquel que “se conduce como legitimado”, excluyendo *fácticamente* a los demás, ya que lo relevante no es el vínculo

---

<sup>1093</sup>Puede decirse que la circunstancia destacada en cursiva, redefinió el contexto de actuación, ya que en rigor, no está claro que a H le competía la iniciativa de comprar los materiales ante la mera omisión de los arquitectos -esto equivaldría a arrogarse la seguridad de la obra y no sólo la decisión sobre las compras-. Pero, rechazar el pedido de los operarios de *comprar* los materiales para las bandejas, sí se enmarcó en la competencia específica asumida por él. Es importante aclarar que según esta interpretación, de haber recurrido los operarios a los arquitectos con su reclamo, éstos a su vez, hubieran tenido que solicitar a H la compra de lo necesario para las bandejas de seguridad.

<sup>1094</sup>Nótese que llevando al extremo esta exégesis del contexto fáctico, en referencia a la exclusividad de H en el poder de decisión de las compras, los arquitectos carecerían del poder de actuar, es decir, es dudoso que hubieran estado en condiciones de llevar a cabo de hecho la acción que en teoría habría evitado el resultado lesivo. En este sentido, tampoco se hubiera configurado la delegación eficaz de la posición de garante, ya que el delegante debe poner a disposición del delegado las condiciones materiales e inmateriales necesarias para llevar a cabo su función. En este marco de incertidumbre, tampoco sabemos si H hubiera podido negarse a comprar los materiales frente a un pedido *de los arquitectos*.

contractual, sino la conexión fáctica de la que hay que responder, entre el ámbito de organización propio y uno ajeno.<sup>1095</sup>

Sin embargo, y de acuerdo a lo que venimos exponiendo, la asunción efectiva por parte del encargado no canceló las posiciones de garante existentes. De manera que tanto los arquitectos como los empresarios contratistas de la obra, no fueron despojados de su calidad de garantes. El contenido material de la garantía de los empresarios no se centraba en el control personal de la fuente de peligro (obra), sino en el control de los arquitectos, a quienes se confirió el dominio de ese foco peligroso, y debieron ejercer el deber (secundario o residual) de supervisión y control, además de un deber de coordinación de la actuación de los delegados -incluyendo la actuación de H-. Por su parte, los arquitectos, desde el momento en que como delegados asumieron la competencia transferida, tenían en sus manos el control directo del riesgo, y de ellos dependía que éste no se convirtiera en lesión.

Con relación a la posición de garante en los tres niveles expuestos, es necesario trazar una línea divisoria entre la situación de los empresarios y los arquitectos, por un lado, y la del encargado, por otro. Lo que distingue ambas situaciones radica en la *fuentes* del deber de garante asignado. En el primer caso, es la ley la que impone el deber de seguridad por los riesgos a los que están expuestos los trabajadores y que le corresponde al empresario como garante originario y los arquitectos por delegación de ese mismo deber. En cuanto al encargado (H), a diferencia de los mencionados antes y según el desarrollo efectuado, su posición de garante surge de su comportamiento precedente (injerencia).

En este contexto, una circunstancia eminentemente fáctica como “arrogarse el poder de decisión de la compra de materiales” en una obra en construcción (incluidos los necesarios para construir las bandejas de contención), puede erigirse en una cuestión decisiva en la determinación de quién deberá responder penalmente por las consecuencias dañosas de la deficiente seguridad de las condiciones de trabajo.

En cuanto al peligro generado por la conducta del encargado, siguiendo el criterio del tipo penal del art. 316 respecto de la determinación del sujeto activo, está claro que a diferencia de los empresarios contratistas y los arquitectos, el encargado no pasa por el tamiz “legalmente obligado”. Esto nos conduce a reflexionar acerca de la conveniencia de la limitación que hace el delito de peligro sobre la exigencia de una específica fuente

---

<sup>1095</sup>JAKOBS, *DP-PG*, pp. 974 y ss.

(ley) de la posición de garante para responder por la creación del riesgo y si tal vez no sería más adecuado que el criterio sólo pase por la *selección de las conductas* (teniendo en cuenta la gravedad del peligro que puede generar).

### **V.7. Puntos de partida para la tipificación del delito de peligro**

Del análisis de la producción de resultados lesivos imprudentes en el ámbito del trabajo y de la comparación entre los tipos de peligro y resultado se desprenden importantes conclusiones sobre las pautas que guiarán el diseño del tipo penal de peligro que se hará en el capítulo VII.

Conforme a las consideraciones expuestas en los puntos precedentes, creo que no es adecuada la limitación que hace el legislador en el art. 316, respecto del *sujeto activo* y *del elenco de conductas* que abarca. Por ello, considero que la elaboración de un tipo de peligro eficaz debe partir de una ampliación de las conductas abarcadas -y una redacción precisa-, que incluya la infracción del primer aspecto del deber de seguridad (“brindar las condiciones seguras”, de un modo integral y no sólo la “facilitación de medios”),<sup>1096</sup> quedando excluido del tipo (sin que se admitan dudas) el incumplimiento del deber de vigilar el acto del trabajador (segundo nivel del deber de seguridad).<sup>1097</sup>

Por otra parte, el tipo de peligro debe prever en un apartado especial, la infracción del empresario/delegante del deber de vigilancia/intervención del delegado (deber residual), en tanto *delito autónomo*, bajo las condiciones antes señaladas (causación del resultado lesivo imprudente por parte del delegado -delito de homicidio y/o lesiones-), abarcando la forma dolosa e imprudente (delito de *favorecimiento*).

Además, el tipo de peligro debe incluir el objetivo de prevenir, no sólo los accidentes (lesiones y/o muertes instantáneas), sino también las *enfermedades laborales* (resultado a largo plazo) y en este sentido, utilizar la técnica del *peligro abstracto-concreto* y distinguir la peligrosidad apta para provocar esos dos efectos indeseados, que responden a parámetros diferentes, asignándoles distintas escalas penales.

Asimismo, creo que el tipo de peligro debe contemplar un criterio de selección del sujeto activo, reducido respecto del correspondiente al delito imprudente de resultado, pero esa reducción no debe basarse en la *fuerza* del deber de seguridad (ley), sino que debe responder a un *criterio material*. En ese contexto, cabe adelantar que considero

---

<sup>1096</sup> Este tema se abordará de modo exhaustivo en el capítulo VI.

<sup>1097</sup> Ello, en virtud de que, como se desarrollará en el capítulo VI, es lo coherente con el peligro abstracto-concreto aquí postulado.

adecuado desde el punto de vista político-criminal, que el tipo de peligro contemple como eventuales sujetos activos, a quienes se arrogan competencias que terminan generando peligros graves, aunque no sean “legalmente obligados”.<sup>1098</sup>

## **VI. Presupuestos estructurales de la desigual relación laboral: Delimitación de las esferas de responsabilidad del empresario y del trabajador**

### **VI.1. Introducción**

Según se ha desarrollado en la primera parte de este capítulo, las lesiones y muertes que se producen en el contexto del trabajo, normalmente tienen un doble componente: el incumplimiento de medidas de seguridad por parte de los empresarios y conductas descuidadas de los propios trabajadores. En este marco, se han distinguido; las “condiciones inseguras” de trabajo y el “acto inseguro” del trabajador.

El accidente laboral puede ocurrir como consecuencia de condiciones inseguras, en cuyo caso será responsabilidad del empresario, o como consecuencia de una combinación de actos y condiciones inseguros (conurrencia de riesgos, donde habrá responsabilidad del empresario, pero también un aporte relevante del trabajador) o sólo consecuencia de un acto inseguro del trabajador.

El acto inseguro del trabajador puede tener su origen en una imprudencia imputable al trabajador (*temeraria*) o en una imprudencia *profesional* del trabajador (imputable al empresario) o que se combinen imprudencias de ambos.<sup>1099</sup> Es decir, aunque en principio o aparentemente, “el acto inseguro” corresponda al trabajador, muchas veces esa acción descuidada será competencia del empresario. En efecto, “naturalísticamente” es el trabajador quien desarrolla el comportamiento inseguro, pero deberá determinarse si la condición de inseguridad de esa conducta debe ser imputada a él o al empresario, lo que demandará una detenida reflexión.

Teniendo en cuenta la distinción básica entre “condiciones” y “actos” inseguros de trabajo, se ha concluido que el deber de seguridad del empresario es mixto y comprende

---

<sup>1098</sup> Se abordará este tema en el capítulo VI, al tratar la determinación del sujeto activo en el art. 316.

<sup>1099</sup> Esa situación se configura, por ejemplo, cuando ante un caso de imprudencia temeraria del trabajador, ésta es detectada por el empleador, pero no evita el resultado dañoso (se abordará esta cuestión al tratar la autopuesta en peligro del trabajador).



el deber de “brindar las condiciones seguras” (estándar de seguridad normativo) y el deber de vigilancia. En la primera parte de este estudio, se han sentado las pautas para deslindar las competencias de responsabilidad por resultados lesivos, entre el empresario y sus delegados (directivos). Desde esa perspectiva, se ha analizado la infracción del deber de vigilancia, *en tanto deber secundario o residual*, es decir la responsabilidad del empresario en el caso de que por omisión o insuficiencia de control del delegado, éste incumpliera el deber de seguridad delegado -de brindar las condiciones o de vigilancia- generando de modo imprudente, la lesión o muerte del trabajador.

Pues bien, corresponde ahora, en esta segunda etapa del análisis propuesto, deslindar las esferas de responsabilidad entre el empresario<sup>1100</sup> y el trabajador, lo que se traduce en establecer *el límite del deber de seguridad del empresario*: esto es, la obligación de brindar condiciones seguras de trabajo y, sobre todo, la obligación de vigilancia, en tanto *deber primario*, frente a la “intervención descuidada” del trabajador. Es decir, establecer bajo qué parámetros corresponde exonerar al empresario ante la conducta imprudente de su subordinado, por pertenecer “el acto inseguro” del trabajador, *al ámbito de organización de éste*.

En este análisis, se tendrá en cuenta la compleja problemática que genera la contraposición entre la asimetría propia de la relación laboral y el hecho de que el trabajador es un sujeto autorresponsable. Básicamente, se intentará hallar la solución a esa antinomia y que debe responder al siguiente interrogante: ¿bajo qué condiciones se configura la *autorresponsabilidad del trabajador*, en tanto “parte débil” de esa relación desigual? La respuesta tendrá una doble cara, ya que apuntará a determinar cuándo el resultado lesivo debe imputarse al ámbito del trabajador-víctima y a la vez fijará los límites de la responsabilidad penal del empresario (en muchas ocasiones considerada casi una responsabilidad “objetiva”, por una visión paternalista que arriba a esa conclusión en base *sólo* a la posición que éste ocupa en la relación laboral -parte “fuerte”-).

## **VI.2. Deber de vigilancia (primario) como parte del deber de seguridad del empresario**

---

<sup>1100</sup> En este contexto se hará referencia indistintamente al empresario o al “empleador”, para designar tanto al empresario como a quien actúe en su lugar.

## **VI.2.a Introducción:**

Existe coincidencia en señalar que el ordenamiento jurídico impone al empresario o responsable de la actividad (productiva) generadora de riesgos, la función de velar por el cumplimiento de las reglas de seguridad en el trabajo, y ello con independencia, “hasta cierto punto”, de las posibles conductas generadoras de riesgo de los propios trabajadores, teniendo en cuenta que “buena parte de los accidentes de trabajo sobrevienen por la resistencia de los trabajadores a emplear los medios de protección y las medidas de seguridad exigidas en su propio beneficio.”<sup>1101</sup>

En este sentido, se ha elaborado una teoría particular de la responsabilidad en lo que se ha denominado “trabajos propensos al riesgo”. Estos trabajos son aquellos que, bien como un todo o en fases del mismo, o en particulares formas de su realización imponen al trabajador la tendencia a prescindir del cuidado “normal” en el desarrollo de su actividad y a incurrir en descuidos que provocan situaciones de peligro y resultados lesivos. Así, se han distinguido dos niveles de esa negligencia: la negligencia profesional (definida como omisión de diligencia media) y la negligencia temeraria (definida como omisión de la diligencia elemental). Admitir la existencia -y relevancia- de la imprudencia profesional, como un efecto de los trabajos propensos al riesgo, tiene una doble consecuencia: por un lado se reduce el ámbito de responsabilidad criminal del trabajador por daños, lesiones y homicidios imprudentes que pueda producir. Por otra parte, se produce una ampliación del deber objetivo de cuidado del empresario, *que ha de extenderse a prever y neutralizar los riesgos derivados de tales “imprudencias de los trabajadores”*.<sup>1102</sup>

Como puede verse, la imprudencia del trabajador y los límites del deber de seguridad del empresario, son cara y contracara de la misma problemática.

## **VI.2.b Ejes temáticos en la delimitación del deber de seguridad del empresario**

En el análisis sobre los límites del deber de seguridad del empresario, debemos traer a colación las normas extrapenales más importantes a tener en cuenta en la determinación del deber de cuidado del empresario:

---

<sup>1101</sup> ARROYO ZAPATERO, *Manual...*, pp.71 y ss.

<sup>1102</sup> *Ibidem*.

En primer lugar el art. 14.2 LPRL, que remite al “deber genérico” de prevención del empresario.<sup>1103</sup>

También adquiere suma relevancia el art. 15.4 LPRL que establece expresamente el deber del empresario de prever la imprudencia del trabajador, en estos términos: “*La efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador.*”

Creo que ambas normas se dirigen tanto al deber de brindar las condiciones seguras, como al deber de vigilancia (ambas facetas del deber mixto de seguridad).

Además, el segundo precepto marca un límite esencial del deber de seguridad: la imprudencia *temeraria* del trabajador.

Sentado ello, cabe señalar que existen ciertas cuestiones claves para la determinación de la extensión y límites de la responsabilidad penal del empresario en los accidentes laborales. Sin embargo, esas cuestiones se encuentran de tal modo entrelazadas que se hace muy difícil su identificación e incorporación al análisis.

Ello puede apreciarse en los esfuerzos de la doctrina para encontrar un criterio claro que precise hasta dónde se extiende el deber de prevención del empresario frente a ciertas imprudencias del trabajador. Los autores no siempre logran visualizar estas cuestiones, las que se relacionan básicamente con tres ejes temáticos estructurales:

- La distinción *mediante un criterio adecuado* entre imprudencia “profesional” y “temeraria” del trabajador
- La diferenciación entre las medidas de seguridad *colectivas e individuales*
- La relación entre el deber de vigilancia del empleador y la aplicación *limitada* del principio de confianza cuando se trata de ciertos peligros que los trabajadores puedan generar contra sí mismos.

---

<sup>1103</sup> La norma citada dispone que: “En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y 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 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”.

En efecto, en primer lugar está claro que la imprecisión en el criterio para diferenciar la imprudencia profesional de la temeraria se traslada directamente a la (in) determinación de la extensión del deber de seguridad del empresario, en tanto este segundo nivel de negligencia del trabajador es señalado como *límite* de dicho deber.

Como desarrollaremos más adelante, esa falta de precisión se relaciona con que el criterio diferenciador remite en definitiva al *deber de cuidado del trabajador* y no al del empresario. Aquí se intentara profundizar en esta cuestión y buscar parámetros más precisos (normativos) para definir estos dos niveles de imprudencia.

En segundo término, sin duda que resultará relevante a los efectos de este análisis, la distinción entre las medidas de seguridad colectivas y las medidas de seguridad individuales. Ello por cuanto, parece claro que la omisión de instalar las primeras por parte del empresario implica un incumplimiento del deber de seguridad, pero con relación a los equipos de protección individual, surge el interrogante acerca de si la función de seguridad a cargo del empleador, se satisface poniendo éstas a disposición de los trabajadores o si además debe *asegurarse -y hasta qué punto-* de que éstos los utilicen. A su vez, esta cuestión pone sobre el tapete la necesidad de distinguir claramente entre la obligación del empresario de *brindar* las medidas de seguridad y su deber de vigilancia y sus límites. La dificultad de esta distinción tiene que ver con el modo en el que se relacionan estos deberes del empresario y el “acto inseguro” del trabajador.

Recapitulando, el deber de seguridad del empresario se extiende a la previsión de los comportamientos descuidados del trabajador, pero no a todos, sino sólo a aquellos asociados a la imprudencia *profesional*. Entonces será necesario definirla de un modo más preciso del que hasta ahora lo ha hecho la doctrina. El deber de vigilancia -en relación al uso de las medidas de prevención- integra el deber de seguridad del empresario pero su extensión no puede ser ilimitada, porque se traduciría en la imposibilidad de desarrollar la actividad productiva: debemos encontrar pautas certeras para establecer ese límite, entre las que debe considerarse el principio de confianza en su justa dimensión y en este contexto, distinguir las diferentes situaciones asociadas al incumplimiento de las dos especies de medidas de seguridad previstas -*generales* y *personales*-.

## VI.2.c Distinción entre imprudencia temeraria y profesional del trabajador

Antes de sentar los criterios que deben delimitar estos conceptos, cabe traer a colación cómo ha tratado la jurisprudencia esta diferenciación.

La imprudencia temeraria ha sido definida por el TS como aquella en la que incurre el trabajador que *“consciente y voluntariamente contraría las órdenes recibidas del patrono, o las más elementales normas de precaución, prudencia y cautela exigibles a toda persona normal”*<sup>1104</sup>

También se la ha caracterizado con esta expresión: *“cuando el trabajador acepta por su sola voluntad, la realización de un acto arriesgado e innecesario para su actividad laboral y que lleva a cabo con menosprecio de cualquier cuidado que le aconsejase su evitación”*.<sup>1105</sup>

Otro criterio jurisprudencial es el que alude a la realización de “actos extravagantes” por el trabajador, es decir, cuando actúa de tal forma que *“quiebra con su conducta anómala y contraria al sentido común, la relación entre la prestación laboral y el siniestro”*.<sup>1106</sup>

---

<sup>1104</sup> Sentencia de su Sala de lo Social, del 16/7/1985 (RJ 1985, 3787) (citada por PÉREZ CAPITÁN, L., *La imprudencia del trabajador accidentado y su incidencia en la responsabilidad empresarial*, Madrid, 2009, p.36).

<sup>1105</sup> STS, Sala en lo Social, del 19/4/1968 (RJ 1968, 1846) y STS, del 8/10/1974, Jurisdicción Social, nº 67, 1974. También el TS ha señalado que concurre “una temeraria e inexcusable imprevisión del siniestro...sin observar las más elementales medidas de precaución que el hombre menos previsor adoptaría” (STS, del 10/12/1968 (RJ 1970, 3046) (citadas por PÉREZ CAPITÁN, *La imprudencia del trabajador...*, p. 37).

<sup>1106</sup> Por ejemplo: trabajador que se introduce voluntariamente en el interior del filtro de mangas de un equipo de trabajo sin recibir orden expresa en tal sentido, introduciéndose en una pequeña abertura en la que difícilmente entra una persona, incumpliendo las ordenes más elementales en orden a la limpieza, tratándose de una persona con dilatada experiencia y pleno conocimiento del producto y de la maquinaria donde se produce, siendo además delegado de prevención en la empresa (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, nº 340/2002, Sala en lo social, del 31/10/2002).

Otros ejemplos de imprudencias temerarias que nos brinda la jurisprudencia son los siguientes:

a. operario encargado de conducir el tractor del remolque para transportar las aceitunas, que cuando al comprobar el atasco de la tolva, introduce la mano en la misma para arreglarla, sabiendo de la peligrosidad de la acción, sin que sea una tarea que le incumba al ser el encargado de las labores de recogidas.

b. hueco horizontal “protegido” rodeándolo con muebles y tapándolo con papel de estraza. Se exime de responsabilidad penal al empresario por la caída en ese hueco de un trabajador autónomo dado que fue hacer en esa zona un trabajo ya efectuado y que no se le había solicitado.

c. fallecido aun no contratado que con el fin de demostrar su aptitud para el trabajo se sube a plataforma elevadora sin permiso de nadie y llega a cubierta desde donde cae, al no disponer de medida de seguridad alguna.

c. no existe delito imprudente cuando el accidentado es sustituto de encargado que dotado de cinturón, advertido repetidas veces de su uso, existiendo tabloncillos de madera para operar sobre tejado de uralita, pisa sobre el tejado en la creencia que éste resistirá. El trabajador contaba con suficientes medidas de seguridad y sólo su exclusiva decisión le llevo a pisar la placa de fibrocemento...constantemente se le recordaba la necesidad de asegurarse.

También son habituales las sentencias absolutorias que sobre la base de que el accidente sobrevino por la realización de una actividad peligrosa ajena a la propia de la empresa, o por la realización de un acto,

Por otra parte, se ha considerado que hay imprudencia profesional en estos casos:

*“cuando ante la inminencia del riesgo, el trabajador se cree capaz de superarlo con su propia capacidad y habilidad personal, o no ha prestado la debida atención al riesgo, por hallarse atenuada su voluntad, y, en su caso sus movimientos reflejos por la repetición del mismo acto o la facilidad con que en otras ocasiones lo ha superado felizmente.”*<sup>1107</sup>

De todo lo transcripto puede destacarse que la jurisprudencia (al igual que la doctrina) enfrenta una notoria dificultad para definir y distinguir la imprudencia temeraria y la profesional, recurriendo en definitiva, a una técnica casuística.

Por otra parte, la jurisprudencia, se ha concentrado más en definir a la imprudencia temeraria que a la profesional y los criterios más utilizados, tanto por la doctrina como por los tribunales son: la *imprevisibilidad* y la *elementabilidad* de la imprudencia.<sup>1108</sup>

Esta dificultad para deslindar los contenidos de ambos niveles de negligencia, ha sido señalada como “la piedra de toque de las incoherencias del sistema”, por la incapacidad

---

resultado de la plena iniciativa del trabajador, extralimitándose o contrariando de forma clara y rotunda las instrucciones de la empresa. Por ejemplo: el trabajador quitó las barandillas de seguridad y colocó el tablón por resultarle más cómodo el acceso, llegando en ocasiones a amonestarse a los operarios por su utilización incorrecta, reuniones en muchas de las cuales estaba presente el trabajador accidentado. Pero no elimina la imprudencia del empresario, la conducta negligente del trabajador cuando esa conducta inadecuada era conocida por el empresario, sin que tomara medidas para evitarla: por ejemplo, operario experimentado que no usa la jaula de seguridad existente en la empresa, sino otra no adecuada, cuya inestabilidad provoca la caída y el accidente. El empresario, sabiendo que sus órdenes no eran cumplidas no vigila adecuadamente el cumplimiento (ejemplos reseñados por PÉREZ CAPITÁN, *La imprudencia del trabajador...*, pp. 96/7 y 101, notas 318).

<sup>1107</sup> *Ibidem*, p. 42 nota 75.

<sup>1108</sup> Para MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA lo que el empresario está obligado a prever es la no utilización de las medidas de seguridad efectivamente facilitadas cuando ésta suponga riesgos de poca o mediana intensidad, *pero no cuando suponga riesgos que por su intensidad habrían sido reconocibles, incluso por el operario menos cuidadoso*. Conforme a esta exégesis se puede hablar de un deber de vigilancia del empresario, pero éste no cubrirá los casos en los que la falta de utilización de las medidas de seguridad pueda ser fácilmente percibida como muy peligrosa por el propio trabajador (*Derecho penal de la construcción*, pp. 63 y ss.). Para LASCURAÍN SÁNCHEZ, las concretas medidas normativas de seguridad -por ejemplo: cerramiento de huecos en altura- se orientan a contrarrestar los riesgos que se producen en el ejercicio prudente del trabajo pero también en el ejercicio *previsiblemente* imprudente, como el generado por el conocimiento parcial de la situación, por la imposición de ritmos elevados de actividad, por la confluencia de actividades en un mismo espacio o por la habituación al riesgo (art 15.4 LPRL), concluyendo este autor que en todo caso, lo relevante no es en sí la temeridad, *sino la imprevisibilidad* (Caso del trabajador imprudente, en *Casos que hicieron historia en el Derecho penal*, SANCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ (coord.), Madrid, 2011, pp. 770/1, nota 12). DOPICO GÓMEZ-ALLER, señala que la imprudencia “temeraria” del trabajador es la *objetivamente imprevisible* (*Derecho penal de la construcción...*, pp. 568 y ss.).

que los jueces han demostrado para mantener una postura uniforme acerca de ellos. En este sentido, si bien son conceptos jurídicos indeterminados, también es cierto que una misma o análoga situación puede ser contemplada por tribunales del mismo orden como propiciatoria de la calificación de una conducta como temeraria o profesional de forma casi indistinta.<sup>1109</sup>

Creo que esta “incertidumbre conceptual” se debe, en primer lugar a la redacción del art. 15.4 LPRL, en el sentido de que no define a la imprudencia que el empresario debe *prever* (y que por lo tanto será “su competencia”), sino que alude a ella de un modo “negativo”, como la “no temeraria.”

Asimismo, la “imprudencia temeraria” ha sido definida por parte de la doctrina como la que es “*imprevisible* por el empresario”, lo que nos coloca en un razonamiento circular. Con esta exegesis, “prever la imprudencia no temeraria” -en los términos del art. 15.4 LPRL- se traduce en “prever la imprudencia previsible”, es decir, así interpretado el concepto, el artículo presenta un “contenido vacío”.

El criterio de la imprevisibilidad no es suficiente para *definir* la imprudencia temeraria básicamente, porque lo “imprevisible” no se puede definir -es inabarcable-, por eso se termina recurriendo a la casuística.

Como desarrollaremos más adelante, la imprevisibilidad de la imprudencia del trabajador será una *consecuencia de que el empresario ha cumplido con su deber de cuidado*, pero no puede ser un criterio para definir una especie de imprudencia. Es decir, en la medida en que el empresario cumpla con todos los deberes que le son impuestos, más razones tendrá para pensar que el trabajador no se comportará imprudentemente -incumpliendo las medidas de seguridad provistas por su empleador-, por eso cabe hablar aquí de principio de confianza limitado (pero no de un “principio de desconfianza”).

Finalmente, el otro criterio usado para definir a la imprudencia temeraria, y que puede resumirse en que ésta debe ser “elemental”, tampoco es eficaz, en primer lugar por la falta precisión del concepto. Además, tampoco resuelve la cuestión, ya que ni siquiera la

---

<sup>1109</sup> PÉREZ CAPITÁN, *La imprudencia del trabajador...*, p. 162.

conurrencia de la imprudencia temeraria -así definida- basta para obviar la responsabilidad empresarial.<sup>1110</sup>

Aparentemente, la cuestión fundamental para saber si hay o no responsabilidad penal del empresario, parece ser la determinación de que la imprudencia del trabajador ha sido temeraria, pero en realidad estamos ante un postulado falso: *lo necesario es que el empresario no haya infringido el deber de cuidado*, esa es la situación que realmente determina la falta de responsabilidad penal de éste.<sup>1111</sup>

El corolario de este razonamiento es que se debe proceder del modo inverso: la delimitación de la extensión del deber de cuidado empresarial debe ser el eje en el tratamiento de los supuestos de negligencia del trabajador. Ello se traduce en que lo que debe definirse es lo que debe “ponerse en la cuenta” del empresario en virtud de su comportamiento antijurídico (imprudencia profesional del trabajador) y lo queda fuera de ese concepto (imprudencia temeraria), no será necesario definirlo y será competencia de la víctima, pero no a la inversa.

En esta dirección, creo que el término “imprudencia” en el art. 15.4 LPRL tiene un significado *relativo al deber de cuidado del empresario*, o sea no debe interpretarse autónomamente, independizándolo o desentendiéndose de ese deber.

Así, las dificultades que tienen la doctrina y la jurisprudencia para delimitar estos conceptos, derivan justamente de que al tratar de definir la imprudencia temeraria no tienen un parámetro objetivo claro de “deber de cuidado del trabajador”, a diferencia de lo que ocurre con el empresario, quien sí debe responder con su conducta a pautas normativas *determinadas* que delimitan el contenido de ese deber.

Por eso es que la “elementalidad” tampoco puede ser un criterio definitorio de la imprudencia temeraria, ya que remite al deber de cuidado del trabajador, cuando en realidad lo decisivo es el incumplimiento del deber de cuidado del empresario. Además, no es tan independiente del criterio relativo a la imprevisibilidad: hay una fuerte conexión entre lo elemental y lo imprevisible, en el contexto de las conductas imprudentes. Tampoco hay aquí reciprocidad o una situación “espejo”, es decir no se puede recurrir a este método porque no siempre el incumplimiento del deber de “autocuidado” del trabajador -que carece de determinación precisa- tiene su contracara en el cumplimiento del deber de cuidado del empresario y viceversa.

---

<sup>1110</sup> Ello por cuanto, aun en el caso de una imprudencia temeraria (en el sentido de elemental o burda) si es detectada o percibida por el empresario, éste debe impedir el resultado dañoso (deber de intervención). Se tratará esta cuestión más adelante.

<sup>1111</sup> PÉREZ CAPITÁN, *La imprudencia del trabajador...*, p. 166.



Desde esta lógica, la obligación del empresario de velar por el trabajador hasta el punto de protegerlo de sus propias imprudencias, sólo puede tener sentido si esas “imprudencias” están *conectadas con el ámbito de organización del empresario*. El desafío será dilucidar de qué modo.

En otros términos, si lo imputable a la competencia del empresario es la “imprudencia no temeraria”, debemos concentrarnos en buscar criterios *normativos* para definirla partiendo de la conducta de éste y no de la del trabajador. Y ello, sin perder de vista que la “imprudencia del trabajador” es competencia del empleador, *sólo en la medida que ésta sea consecuencia de un incumplimiento del deber de cuidado de éste*.

Con este panorama, lo que aquí se propone es cambiar el sentido de la perspectiva y centrar la determinación de la responsabilidad penal del empresario en el puro incumplimiento de sus obligaciones, por cuanto el contenido de su obligación de prevención es la piedra angular de esa responsabilidad.<sup>1112</sup>

En esta dirección, lo que debemos definir entonces es la imprudencia profesional *como imputable a la organización del empresario* y aquellas “imprudencias” del trabajador no abarcadas por ese concepto, al no tener incidencia en el ámbito de la responsabilidad penal del empresario, no será necesario definirlas.

Este razonamiento es consecuencia de que la posición de garante del empresario no define por sí sola el criterio de la equivalencia o identidad entre acción y omisión para imputar el resultado lesivo al empresario. La posición de garante y la equivalencia entre la acción y omisión son dos requisitos que deben confluír de modo cumulativo para imputar la responsabilidad penal en un delito de resultado en comisión por omisión.<sup>1113</sup>

En efecto, la posición de garante sólo indica una cualidad que concurre en el empresario, por la que se le atribuyen determinadas obligaciones que debe cumplir -deber de actuar genérico-. Pero para imputarle el resultado dañoso debe acreditarse una conexión entre esa condición generadora del deber genérico de actuar y las

---

<sup>1112</sup> PEREZ CAPITÁN, *La imprudencia del trabajador...*, p.167. En este sentido, el autor se pregunta ¿qué utilidad tiene para el empresario cumplir la norma si va a responder en cualquier situación bajo el argumento de que pone en riesgo al trabajador y disfruta de los beneficios que de ello se deriva? (*Ibidem*).

<sup>1113</sup> BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, Madrid, 2005, pp.217 y ss.; pp.221 y ss.; pp.229 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, La regulación de la “comisión por omisión” (art.11), *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, pp. 66/77; RUEDA MARTÍN, Sobre la necesidad de exigir una posición de garante para atribuir una responsabilidad penal, *InDret*, 1/2015, p.8 y ss.

circunstancias específicas en las que puede tener lugar la lesión del bien jurídico, por la omisión de un *concreto deber de actuar*.

Entonces no cabe responsabilizar al empresario “por su posición de garante” ante cualquier resultado generado por una imprudencia del trabajador, sino sólo por aquella que sea consecuencia de un incumplimiento de un *deber de actuar específico*.<sup>1114</sup>

En esta línea argumental, falta un paso en el razonamiento de la doctrina y jurisprudencia cuando pretenden definir a la imprudencia temeraria (asumiendo que el resto de ellas será profesional): la manera correcta es comenzar por el incumplimiento del deber del empresario que será el reflejo de la imprudencia profesional del trabajador (y por lo tanto imputable a la competencia de aquel).

Bajo estas pautas, debemos centrarnos en las características del incumplimiento del empresario y en este sentido: determinar cuál es la concreta acción debida y no realizada, cuya omisión puede fundamentar un contenido de injusto idéntico al de la acción positiva.<sup>1115</sup>

#### **VI.2.d Imprudencia profesional del trabajador**

Si el empresario debe responder por la imprudencia profesional del trabajador, entonces debemos redefinirla como “aquel acto imprudente o inseguro del trabajador *ocasionado* (generado o no impedido) por el comportamiento infractor del deber de cuidado del empresario”.

Ahora bien, ¿qué infracciones del deber de cuidado del empresario generan la imprudencia profesional del trabajador?

Aquí adquiere relevancia la distinción practicada al comienzo entre “actos” y “condiciones” inseguras como causas de los accidentes laborales y su reflejo en los dos aspectos que integran el deber de seguridad (mixto o complejo).

Teniendo en cuenta esa clasificación, cabe distinguir dos clases de conductas infractoras del empresario:

---

<sup>1114</sup> Esta característica personal y objetiva *precede* a las conductas concretas que un sujeto vaya realizando *después* de adquirirla en el ejercicio de las funciones que le corresponden en determinado ámbito social (GRACIA MARTÍN, Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante), *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid 2001, p. 476).

<sup>1115</sup> GRACIA MARTÍN, Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de reforma penal en España, *Actualidad Penal*, (18), 1994, p.362

- a. el incumplimiento de cierto estandar o nivel de seguridad de las medidas materiales y organizativas. Esta infracción se relaciona con las “condiciones inseguras”.
- b. el incumplimiento del deber de formación e información, con la exégesis amplia que aquí se le dará. Esta infracción tiene su impacto en lo que se ha denominado “acto inseguro” del trabajador.<sup>1116</sup>

El primer incumplimiento está asociado con uno de los mandatos que impone art. 15.4 LPRL al empresario: brindar las “condiciones seguras” de trabajo (la “efectividad de las medidas preventivas”, en términos del precepto), que deben prever ciertos descuidos o imprudencias no temerarias del trabajador. Aunque este tema se desarrollará al tratar el deber de vigilancia, adelantaremos que si el empresario incumple con ese estandar de seguridad (por ejemplo, la firmeza necesaria de las barandas para el trabajo en altura, donde el obrero al manipular elementos de construcción puede no estar tan atento a la cercanía de la cornisa y por ende necesita contención para no caer) y a raíz de ello se produce el resultado lesivo, en realidad no se habrá configurado una verdadera “imprudencia profesional” del trabajador “que el empresario debió prever”, sino lisa y llanamente un *diseño inadecuado* de la medida de seguridad, conforme a los requerimientos de prevención de la actividad laboral correspondiente (adecuada al peligro que ésta genera).<sup>1117</sup>

Nos concentraremos ahora en el incumplimiento previsto en el apartado b.<sup>1118</sup>

El deber de información del empresario es una manifestación de su obligación de controlar el foco de peligro que representa la empresa. Una de las variables bajo su control es el modo de interacción del trabajador con el riesgo propio del proceso productivo. Esta interacción con el riesgo, debe llevarla a cabo el trabajador partiendo de una información y una formación *adecuadas* para no “desestabilizarlo”.

Se impone aquí destacar la relevancia del deber de información que recae en quien organiza una actividad peligrosa. En este sentido resulta útil el ejemplo dado por

---

<sup>1116</sup> En realidad esta separación no es tajante. El deslinde entre a y b se presenta de este modo por razones expositivas, pero no son compartimentos estancos. Veremos que los incumplimientos de las medidas organizativas también tienen repercusión en el deber de información, con la extensión que aquí se le asigna a este deber.

<sup>1117</sup> Ello, teniendo en cuenta el modo en qué se definirá aquí la “imprudencia profesional” y que se relaciona con la generación de un *error* en el trabajador.

<sup>1118</sup> Arts. 18 y 19 LPRL.

DOPICO GÓMEZ-ALLER: quien llena una botella de agua mineral con lejía puede evitar que alguien por error beba de ella, tanto teniéndola en sus manos como vigilando para que si alguien se acerca, avisarle de su contenido. Este ejemplo es ilustrativo a los fines de lo que se quiere transmitir aquí: si la víctima accede a la botella, el peligro derivará de la falta de información sobre lo que ésta contiene, esto nos remite a la infracción de los deberes de información a otros -y del engaño- como modo comisivo.<sup>1119</sup> En efecto, en ciertos casos la falta de información puede ser un modo de inducir a otro a “autolesionarse”.

Algo similar sucede con el trabajador que no está *debidamente informado* sobre el riesgo con el que debe interactuar exponiendo su vida y salud; si los peligros típicos pueden provenir del incumplimiento de deberes de información, es necesario deducir que se debe controlar -asegurar- el foco de peligro informando a otro, es decir con una conducta que *no opera sobre el foco directamente*.<sup>1120</sup>

El empresario controla la fuente del riesgo de dos maneras: actuando directamente sobre ella, esto es, mediante las medidas de seguridad generales y actuando sobre el trabajador: complementando su protección con los equipos de protección individual e informándolo. El ejemplo de la botella es “emblemático” para explicar los límites del deber de vigilancia del empresario y hasta dónde puede confiar en un comportamiento prudente del trabajador informado: puede concluirse que a mayor información, menor necesidad de vigilancia. Hay una fuerte conexión entre el deber de vigilancia y el deber de información.

Por eso se ha señalado que la importancia de la prevención en una empresa está íntimamente relacionada con el valor que se le atribuya a la formación e información: es aquí donde mejor se puede comprobar hasta qué punto asume el empresario y su personal intermedio, el deber de seguridad. Es cierto que la disposición de las medidas tanto colectivas como individuales son imprescindibles, *pero es la formación e información de los trabajadores sobre los riesgos lo que más puede ayudar a conseguir un entorno laboral seguro*.<sup>1121</sup>

---

<sup>1119</sup>DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia*, p. 768. El autor también brinda el ejemplo siguiente: cuando alguien regala una botella de vino pero con veneno, sin informar a la víctima, comete un delito de homicidio por autoría mediata -empleando a la propia víctima- (*Ibidem*).

<sup>1120</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Ibidem*.

<sup>1121</sup> ORCARAY REVIRIEGO, J., La obligación empresarial en materia de seguridad y salud laboral. El deber de seguridad, *Revista General del Trabajo y de la Seguridad Social*, n°16, 2008, p.20 Esa formación no puede reducirse a la simple charla informal o entrega de algún material documental, sino que debe reunir características de suficiencia, adecuación y adaptación a los cambios que resulten de la realidad de los riesgos que se van a asumir en el lugar de trabajo.

El deber de información está dotado de una amplitud extraordinaria.<sup>1122</sup> Se trata de una obligación “finalista” en la medida que no termina con la *emisión* de la información, sino que ésta ha de ser *receptada* por el trabajador, siendo el empresario el responsable de adoptar las medidas adecuadas para que ello suceda.<sup>1123</sup>

#### **VI.2.e El “acto inseguro” del trabajador como imprudencia profesional**

Según la exegesis que aquí se propone, la imprudencia profesional sólo puede predicarse de un “acto inseguro” del trabajador *que siempre será consecuencia de un error*.

Es decir, el trabajador se comporta de modo “profesionalmente imprudente” cuando lo hace bajo los efectos de un “error” y ese error es generado -o no evitado- por el comportamiento *infractor* del empresario.

Se trata entonces de una infracción al deber de formación e información del empresario, que debe ser interpretado en un *sentido amplio*. Esto es, no se trata sólo de que el empresario deba formar e informar al dependiente según se explicó más arriba sobre la existencia y características del riesgo (arts. 18 y 19 LPRL), sino que además, le compete a aquel, que el operario tenga certeza sobre la correcta *dimensión* del riesgo.

En efecto, las actitudes del trabajador hacia el riesgo estarán en relación con la *percepción* y el *significado* (valoración) que éste le atribuya al mismo.

Si el trabajador no identifica (no percibe) y/o no valora (no interpreta) el riesgo tal y como ha estado definido por quienes lo han establecido y han arbitrado las medidas de prevención acordes a éste, *es probable que no logre ver el alcance y el sentido de dichas medidas y por consiguiente no las cumpla*.

Es decir, para que el operario respete las medidas de seguridad, *su valoración del riesgo deber ser coincidente con aquella que guió el diseño de dichas medidas y con la valoración del empresario* -en tanto autoridad que debe velar por su cumplimiento-.

Para que el trabajador *identifique* el riesgo debe estar informado y formado (en los términos de los arts. 18 y 19 LPRL). Pero para que lo *valore* correctamente, será

---

<sup>1122</sup> Se especifica en una multitud de normas de desarrollo sectoriales de la LPRL.

<sup>1123</sup> La calificación de adecuadas es un concepto jurídico indeterminado. Para tratar de concretarlo parece que la condición inexcusable que ha de tener el mecanismo de información es que sea inteligible o comprensible para el trabajador (MARÍN ARCE, J., El derecho de información de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales y los derechos lingüísticos, *www10.gencat.net*).

fundamental el “mensaje” que recibe desde la autoridad laboral. En este sentido, ciertas actitudes del empresario (o delegado o supervisor) pueden hacer que el trabajador magnifique o minimice el riesgo -aunque lo haya identificado-. Esto significa que en esos casos, aunque el operario perciba el riesgo, no lo hace en su *verdadera magnitud* y por eso menosprecia el uso de las medidas de seguridad.<sup>1124</sup>

En otras palabras, para que las medidas de seguridad sean respetadas, el trabajador debe *compartir la identificación y valoración adecuada del riesgo con el empresario*. Ello porque, es el trabajador quien interactúa con el riesgo, y no debe hacerlo de cualquier modo y por su cuenta, sino en el ámbito de la competencia del empresario y “bajo sus parámetros” (los establecidos normativamente), entonces necesita la información y formación -que hacen a la percepción del riesgo- y su “interpretación” coincidente. Sólo cuando el empresario haya cumplido con el deber de información así interpretado (en sentido amplio: inclusivo de la *identificación y valoración adecuada*), el dependiente no actuará bajo los efectos del error (generador de la imprudencia profesional).

La “valoración” del riesgo está subyacente en la organización del trabajo y las actitudes del empresario ante el desempeño del trabajador y ante el funcionamiento general del proceso productivo.

En efecto, la problemática del cumplimiento de las medidas de prevención por el trabajador no puede “simplificarse”, reduciéndola al acatamiento del mandato básico y

---

<sup>1124</sup> En los problemas de valoración del riesgo, pueden intervenir también factores psicológicos individuales: 1 imagen sobrevalorada de las propias habilidades y sensación de invulnerabilidad frente al peligro. 2 control deficiente de las propias emociones: facilidad de pasar de un estado de suma pasividad a la ira al menor estímulo. 3 baja autoestima: sensación de que los accidentes son “merecidos”. 4 baja capacidad de concentración en la tarea. 5 bajo nivel de tolerancia a la presión o alta exigencia. 6 sensación -a veces reforzada- de que el control de sus conductas y su ajuste a la norma debe realizarlo un tercero (supervisor, jefe directo, etc.), un trabajador con un “locus de control interno” es responsable de sus actos y se ajusta a las normas. 7 estado de ánimo depresivo irregular o visiblemente alterado. Estos factores pueden ser detectados en dos momentos: A. previo a la contratación, donde el proceso de selección tiene un rol fundamental, ya que debe basándose en indicadores psicológicos, en las descripciones de cada cargo y en los valores organizacionales poder ser un filtro efectivo para el descarte de personas con un perfil propicio a los accidentes. Esto requiere que el empresario tenga identificados los riesgos de cada puesto de trabajo. B. post contratación: se debe asegurar que los supervisores sean capaces de identificar las conductas sintomáticas -que revelan estos factores- a través de un monitoreo sistemático de dichos factores para en su caso, modificar las tareas del trabajador (por ejemplo, sacarlo de aquellas muy riesgosas). En cuanto a los factores sociales: baja aceptación grupal del trabajador por parte de sus compañeros cercanos, nivel de identificación que el trabajador tiene con la empresa y los valores organizacionales.

superficial: “Ud. debe cumplir las normas de seguridad”. Eso sería desconocer la realidad social y psicológica de las relaciones laborales y la complejidad de la cuestión. La necesidad de cumplir con el estandar de seguridad normativamente fijado se *comunica* al operario de un modo más sutil y más complejo que con una simple orden. En este marco, hay mensajes muchas veces contradictorios o disociados (entre la orden explícita de cumplir y las actitudes), que transmite la autoridad laboral y que son “decodificados” por el trabajador.

Es competencia del empresario el modo en que el trabajador debe interactuar con el riesgo *propio* de la actividad laboral concreta, eso es “asunto del empleador” y no cualquier cosa que el trabajador haga en su trabajo. Por eso, el acto inseguro que se produce fuera de ese “espacio” así delimitado no integra la competencia del empresario. No quiere decir esto que el ámbito de competencia del empresario esté definido sólo “geográficamente”.

El trabajador debe interactuar con el riesgo no de cualquier modo, sino bajo los parámetros sentados por la norma extrapenal y *además*, transmitidos *correctamente* por el empresario. Cuando a pesar de que esos parámetros están cumplidos y bien transmitidos, el trabajador interactúa con el riesgo de *otro* modo (incumpliendo las medidas de seguridad), *éste configura su ámbito de competencia (relativo a su vida y salud) de una manera propia*, se autoorganiza y se desentiende o independiza de la organización del empresario, aun estando inmerso (físicamente) en el centro de trabajo.<sup>1125</sup> En esas condiciones, el resultado lesivo no será competencia del empresario (porque no organizó el riesgo que se concretó en el resultado), ya que como dijimos antes, este ámbito de organización no debe interpretarse en un sentido estrictamente “geográfico” (esto es, como sinónimo de empresa o centro laboral).

El error que conduce a la imprudencia profesional del trabajador puede tener diferentes orígenes:

a. El error generado por el empresario

La *interpretación* del riesgo que comunica la “autoridad” laboral (empresario, delegado o supervisor) es relevante para el acatamiento del mandato de cumplir -o no- las medidas de seguridad y que no se transmite simplemente desde lo formal, a través de

---

<sup>1125</sup> Se desarrollará la explicación de esta afirmación, más adelante.

una orden oral -por eso he destacado que el trabajador “decodifica” las actitudes del empresario y “acata” el mensaje-. Ello es así, por cuanto en las relaciones laborales se genera un vínculo sostenido entre empresario y trabajador y cierta identificación del dependiente con su superior jerárquico. En este sentido, la interacción entre “autor” y “víctima” en el contexto de los accidentes de trabajo, no es “esporádica” como podría serlo por ejemplo en el caso de un accidente en el tráfico vial.<sup>1126</sup>

La lógica de las relaciones laborales no limita la configuración del mensaje del empresario al lenguaje oral, sino que éste se puede transmitir también a través de signos diferentes e incluso a través del silencio -por ejemplo, que el supervisor contemple pasivamente como se incumple con las medidas de seguridad-. Ese mensaje adquiere significado en el contexto de interacción entre trabajador y empresario, que es el contexto de relevancia de la manifestación de éste último.

De este modo, puede darse un efecto de confianza en el trabajador, producido por la tolerancia del riesgo por parte del empresario. Si el trabajador no cualificado contempla como el empresario o supervisor ve sin decir nada que no se respeta el estándar de seguridad, puede deducir que es el procedimiento habitual -o cuando menos, puede pensar que la infracción no es tan grave- o incluso, que eso es lo que se espera de él, *aun sabiendo que es un peligro no permitido*.<sup>1127</sup> Aquí se ve claro la diferencia entre el deber de información/formación (arts. 18 y 19 LPRL) y el deber de transmitir la correcta “valoración” del riesgo.

La conducta empresarial que permite un actuar inadecuado (inseguro) del trabajador, que lo sanciona positivamente a través de la habitualidad de su práctica, la permisividad de la empresa respecto de un sistema productivo irregular, cuando es conocido y aceptado por la empresa que el trabajador añade artilugios de su invención que merman la seguridad del equipo de trabajo<sup>1128</sup>, son maneras de transmitir una *interpretación incorrecta* del riesgo. Lo mismo ocurre cuando a pesar de que el empresario proporcione los medios de prevención individual, les “indique” a los operarios la incomodidad de su uso o la inconveniencia del mismo porque eso “retrasará la obra”, o

---

<sup>1126</sup> Los seres humanos nos movemos en un mundo simbólico. La sociología, la antropología y la psicología sostienen que en las estructuras secundarias -como es el caso del trabajo- se tiende a reproducir las relaciones establecidas en las estructuras primarias -la familia- y en esta concepción, la figura del “jefe” o patrón (empresario, delegado, supervisor) se asocia con la relación parental (padre/madre/tutor).

<sup>1127</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, El argumento de la “imprudencia temeraria del trabajador” (art.15.4 LPRL) y la responsabilidad penal del constructor, arquitectos y otros garantes por lesiones o muertes laborales, *Revista General de Derecho Penal*, nº 6, 2006, p. 15.

<sup>1128</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala en lo Social, del 4/5/2006.



cuando se “premiase” de alguna manera al trabajador que no usara los medios de protección porque su producción fuera mayor o cuando se exija un nivel de productividad incompatible con la utilización de las medidas de seguridad. Se trata en todos los casos de un inadmisibles “doble discurso” de quien es titular del deber de seguridad.<sup>1129</sup>

Cuando al trabajador se lo inserta en un ritmo de trabajo incompatible con el cumplimiento de las medidas de prevención correspondientes, se lo coloca en una especie de “estado de necesidad justificante”, en el sentido de que éste debe elegir entre dos males: “cumplir con las medidas de seguridad” o “hacer el trabajo rápido”. El mal subyacente en el primer caso, será un perjuicio laboral -perderá el puesto o no será tenido en cuenta para un ascenso-. Frente a esa posibilidad, seguramente para el operario “el menor de los males” será trabajar a un ritmo acelerado, lo que se traduce en descuidar su seguridad. Esta situación afecta la interpretación del riesgo, ya que el trabajador no hace una apreciación *directa* de éste sino “relativa” a otro “mal” y por lo tanto se genera una valoración inadecuada, subjetiva o “contaminada” con circunstancias que no tienen que ver estrictamente con el riesgo, sino con la creencia -o la amenaza- de perder el trabajo. Al poner en relación esos “dos males”, el riesgo real se minimiza; se puede crear la fantasía de que *ese* riesgo se puede “controlar” pero no el posible “castigo” de perder el puesto.<sup>1130</sup>

---

<sup>1129</sup> OLAIZOLA NOGALES, *InDret*, 2/2010, p.16. La autora relaciona estos “mensajes contradictorios” del empresario con un incumplimiento del “facilitar los medios de prevención” -en los términos del art 316 CP-. Enmarca esa reflexión al distinguir los verbos “vigilar” y “no facilitar”, concluyendo que el deber de vigilancia no puede considerarse incluido en el comportamiento típico del art. 316. Destaca que la facilitación de medios no puede ser puramente formal, sino que, como el propio verbo indica, “facilitar” no es sólo proporcionar o entregar, sino también es hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin, por lo que no bastará con que el empresario entregue los equipos de seguridad, sino que además no debe tener esas conductas permisivas ante el incumplimiento de los trabajadores de las medidas de seguridad o alentar un comportamiento inseguro de sus dependientes. Concluye que no hay que confundir el incumplimiento del deber de vigilancia concretado en la no exigencia de la utilización de los medios, que no encajará en el tipo penal del art 316, con la *potenciación de dicha no utilización*, porque en estos casos podría llegar a decirse que el empresario “no facilita los medios” en la medida en que “dificulta su utilización.” Creo que la explicación no está en la interpretación de “no facilitar”, sino en el hecho de que con ese proceder, el empresario induce a error al trabajador sobre la valoración del riesgo, incumpliendo el deber amplio de información.

<sup>1130</sup> Entran en juego factores extraños a la correcta valoración del riesgo: la posición subordinada del trabajador, la fungibilidad de su prestación, la dependencia de su sustento de su puesto de trabajo y su afán de estabilidad y promoción profesional.

En esta exégesis, si se atiende al valor comunicativo del comportamiento del empresario, teniendo en cuenta la asimetría propia entre las posiciones de empresario y dependiente, habrá una *manipulación de la realidad* -del riesgo- por el empresario determinante del error con el que el trabajador interpreta al riesgo.

b. El error no evitado por el empresario

Puede suceder también que la imprudencia profesional sea consecuencia de un error no generado directamente por el empresario, *pero que él deba evitar*, como ocurre con la habituación al riesgo o el automatismo de la tarea:

1. **Habituación al riesgo.** Es preciso delimitar este concepto para distinguirlo del “automatismo”, ya que muchas veces la doctrina y la jurisprudencia refieren a ellos indistintamente. La llamada “habituación al riesgo” es el error sobre la valoración del riesgo, derivada del largo tiempo que el trabajador se ha dedicado a ese oficio o profesión y del hecho de haber salido ileso en muchas situaciones de peligro.<sup>1131</sup> Así definido, no es *en principio*, un error imputable al empresario. Sin embargo, sí será su competencia si puede detectar ese error (en base a determinadas actitudes del operario), en el marco de su deber de vigilancia.<sup>1132</sup>

En estos casos, será muy difícil “reeducar” al trabajador experimentado y familiarizado con el riesgo para que efectúe una *revaloración* adecuada de éste. No obstante, la solución puede consistir en la implementación de un sistema de controles respecto de ese trabajador, por ejemplo evitando que realice sus tareas solo, sino siempre acompañado de otro operario.

También será responsabilidad del empresario cuando ese error en la valoración del riesgo provenga de la reiteración continua de una determinada *tarea* asignada por él y no del oficio en general. Y por lo tanto, debe evitar los efectos dañosos de ese error, mediante la rotación de las actividades.

2. **Automatismo:** Desde que se aprende una tarea -o se realiza por primera vez- y a medida que se reitera, se pasa a la costumbre y de la costumbre al hábito, hasta que se

---

<sup>1131</sup> Como ocurre en el caso de los trabajos riesgosos -en altura- en el ámbito de la construcción.

<sup>1132</sup> Se abordará esta cuestión al tratar el deber de vigilancia.

actúa en “piloto automático” y no de modo atento o reflexivo.<sup>1133</sup> Inclusive se llega a actuar de forma subconsciente, lo que supone trabajar con un número mínimo de procesos cognitivos o conscientes, aun cuando la tarea se realice efectivamente.<sup>1134</sup>

Esas tareas repetitivas debilitan la atención y permiten que la mente (o la “actividad consciente”) sea invadida por pensamientos, en general conflictivos, personales del trabajador -problemas económicos, familiares, laborales etc.- que acaparan su atención y que le impiden pasar adecuadamente del automatismo al control del riesgo ante un estímulo -merman su reacción para controlar el riesgo-. Ello, a diferencia de lo que ocurre con las tareas creativas o en las que puede percibirse a la tarea realizada como un aporte relevante al producto final<sup>1135</sup>, donde casi toda la actividad consciente del sujeto se enfoca en ellas (el porcentaje de esa actividad, dependerá de la capacidad de concentración del sujeto).

En las tareas repetitivas desaparece o se desdibuja la percepción del riesgo -aunque el trabajador haya sido informado y formado debidamente, en los términos de la LPRL (arts. 18 y 19)-. En estos casos si bien el empresario no genera el error directamente (manipulando la información sobre el riesgo o su interpretación), sí lo hace indirectamente mediante la organización del trabajo -que es su competencia exclusiva-, por lo tanto *tiene el deber de evitarlo (como parte de su deber de información)*: la forma de hacerlo es mediante la rotación de tareas *para impedir que se distorsione la valoración del riesgo*. Si no lo hace, el error sobre la dimensión del riesgo determinante del acto imprudente del operario, será imputable al empresario, como infracción de su deber amplio de información.

---

<sup>1133</sup> Aquí se impone aclarar que el término “hábito” es ambiguo: a veces se utiliza como sinónimo de costumbre, sin embargo en el contexto que estamos describiendo, hay una diferencia de niveles entre costumbre y hábito a una tarea y tiene que ver con una cuestión gradual, esto es, cuan racional sigue siendo una actividad después de repetirla muchas veces. La costumbre indica una mayor actividad consciente en la tarea que el hábito. Por eso es que la “habitación al riesgo” no debe asimilarse con el automatismo, cuando se quiere usar “habitación” como sinónimo de costumbre o familiarización, pero con actividad inconsciente.

<sup>1134</sup> Esto es lo que ocurre muchas veces con los conductores de automóviles que realizan siempre un mismo recorrido y a veces tienen la sensación de que “no saben cómo llegaron a destino.”

<sup>1135</sup> Las tareas repetitivas, automáticas, y “parciales” dentro de un proceso de producción, donde no se ve o no se tiene conciencia del producto terminado en el que se colabora con la propia actividad, permite la aparición del “circuito ideativo” particular de cada sujeto. Las tareas donde el operario no tiene una clara conciencia del producto final, son más propensas -estadísticamente- a generar accidentes. Así por ejemplo, hay un alto índice de accidentabilidad en las fábricas de autopartes, en las que no se ensamblan para armar el vehículo. En el mismo sentido, el ayudante de cocina se corta con el cuchillo más que el chef, quien sí tiene “en mente” el plato terminado y por ende lleva a cabo una labor más creativa.

¿Puede decirse que el error que genera la imprudencia profesional del trabajador es “evitable” en algún caso?

1. Respecto de la información sobre la existencia y características del riesgo (información y formación en sentido estricto), debemos partir de la base de que el trabajador no cualificado carece de los elementos para saber, *a priori*, cuándo esa información o formación es insuficiente o errónea. Aun en el caso que lo suponga o sospeche, teniendo en cuenta su posición subordinada frente al empresario, no se le puede exigir que solicite o reclame la información correcta o adecuada (admitir la evitabilidad del error en este caso sería casi como convalidar la relevancia exonerante del consentimiento del trabajador en las “condiciones inseguras de trabajo”, en el sentido de que “pudo evitar el error solicitando información y no lo hizo”).

2. Respecto de la información inadecuada sobre la interpretación del riesgo o cuando la valoración de éste se encuentre distorsionada a causa de la repetición de las tareas o habituación al riesgo, es evidente que su error es invencible: recordemos que en estos casos el error es consecuencia de algo más sutil, y refiere a un mecanismo mental “no concientizado” por el trabajador.

Por otra parte no debe perderse de vista que al trabajador lo ampara el principio de confianza en toda su magnitud respecto de su superior (hacia arriba) y no limitadamente como en el caso del empresario (hacia abajo).

Sentado lo expuesto, corresponde ahora analizar la razón dogmática que permite desplazar la responsabilidad penal del “accidente laboral” al empresario, por el acto inseguro de la víctima (trabajador) en los casos de imprudencia profesional, conforme se la ha definido anteriormente.

### **VI. 3.Habilitación de la competencia del trabajador sobre su vida y salud**

El deber de información amplio del empresario (con la exegesis aquí propuesta) establece un vínculo normativo entre autor y víctima y constituye el criterio a partir del cual deben interpretarse las acciones u omisiones del empresario en relación a los resultados dañosos (accidentes y enfermedades laborales).

Como el Derecho garantiza tramos de libertad a las personas, puede hacerlos responsables de lo acontecido en la gestión de aquellos. Entre estos ámbitos de organización están la vida e integridad física. En efecto, a la persona se le reconoce soberanía sobre su ser biológico -cuerpo- y se le atribuyen también determinados

medios que circundan su realidad biológica y de los que se sirve para diseñar su vida. En el caso de las relaciones laborales, el ordenamiento jurídico pone en cabeza del empresario, -como organizador exclusivo del proceso productivo- el deber de proveer al trabajador de los medios necesarios para que éste pueda ejercer su soberanía sobre ese tramo de libertad que refiere a su vida e integridad física, es decir, para que pueda *autoorganizarse* respecto de esos bienes jurídicos (expuestos al riesgo), en tanto titular de ellos, pero a la vez *inmerso en la organización de otro* (empresario).

Es así, que este ámbito de competencia del trabajador -vida y salud- como se explicó antes, *está integrado en el del empresario* -empresa-. El límite entre ambos -o el punto de contacto- es la interacción del trabajador con el riesgo, en ese punto se ponen de manifiesto sus dos aspectos: como dependiente o subordinado y como titular de esos bienes jurídicos expuestos al riesgo. Estas dos fases o aspectos están entrelazados: el trabajador sólo ejerce su soberanía y actúa como titular, si como dependiente (de la organización ajena) se le “habilita”, es decir se le provee del *fondo de conocimientos necesario para asociar el riesgo con las medidas de seguridad correspondientes (previstas y provistas)*. Si falta alguno de estos requisitos, no se habilita al trabajador en tanto titular que puede autoorganizarse respecto de su vida y salud- porque se le arrebató su soberanía, y la organización de ese supuesto tramo de libertad -vida/salud- pasa a ser asunto del empresario. De modo similar al ejemplo de la botella de lejía,<sup>1136</sup> si en esas condiciones se produce el resultado lesivo, habrá una autolesión provocada por una instrumentalización por parte del empresario (una especie de autoría mediata). La provisión o facilitación de las medidas de seguridad sin la percepción y valoración adecuadas del riesgo, no son suficientes para ello y viceversa.

Por eso es muy simplista pensar que cuando el trabajador no usa el medio de prevención a pesar de estar informado en sentido estricto (arts. 18 y 19 LPRL) es “imprudente”, cuando en realidad no lo es porque *no puede asociar adecuadamente la medida de seguridad con la verdadera dimensión del riesgo*.

Con la infracción del deber de información así entendido (amplio), el empresario usurpa al trabajador la “soberanía” sobre su ámbito de competencia sin que éste lo perciba. Esta manipulación de la información sobre el riesgo hace que “aparentemente” sea el trabajador quien ejecuta el “acto inseguro o imprudente”, sin embargo éste es

---

<sup>1136</sup> Ver punto VI.2.d.

manipulado por el empresario mediante la generación o no evitación del error (sobre la percepción o valoración del riesgo). De este modo, el empresario introduce factores de distorsión que afectan *al sí y al cómo* de la conducta (soberana) del trabajador.

Es en el desnivel fáctico de conocimiento acerca del riesgo, donde se pone de manifiesto de modo evidente la diferencia de posiciones entre empresario y trabajador (relación asimétrica).

Con el análisis aquí practicado puede verse el importante rol que cumple la información sobre el riesgo -incluyendo significado y valoración- como *presupuesto de la libertad* y la restricción de esta última que la falta de información implica -error-.

En este sentido, debe distinguirse entre libertad externa o “libertad del ejercicio de la libertad”, o sea, posibilidad del sujeto de llevar a cabo lo decidido (en este caso, ella faltaría ante la violencia o intimidación al trabajador por parte del empresario para que no use los medios de protección, donde fácilmente se descartaría la imprudencia del trabajador) y la libertad interna, definida como libertad de *formación de la voluntad*. Para que el trabajador realice un *acto de organización* es necesaria la libertad de formación de la voluntad y para ello necesita disponer de un determinado “fondo de conocimientos”, pues sólo de ese modo puede ejercer su poder o soberanía (en este caso respecto de su vida y salud).<sup>1137</sup>

El “fondo de conocimientos” y las medidas de seguridad marcan el límite entre la posibilidad de autoorganización o no: si el trabajador cuenta con esos elementos puede autoorganizarse, de lo contrario, *el empresario le arrebató su soberanía y por lo tanto, la organización de la vida/salud del trabajador pasa a ser asunto suyo: esa es la razón por la que el empresario debe responder por el resultado lesivo*.

A diferencia de lo que ocurre con la intimidación o la violencia, aquí la víctima ignora que su libertad está siendo menoscabada, hay violencia sobre el *entendimiento del trabajador*, a través de la falta de información sobre el riesgo: el empresario de ese modo, sustrae o bloquea los medios de organización de la víctima.

---

<sup>1137</sup> En un sentido similar se ha expresado que para que la conducta del trabajador sea realmente descuidada o imprudente respecto de la falta de uso del medio de protección debe ser *voluntaria*. Ello no será así cuando el trabajo se realiza delante del propio empresario o sus empleados, *sin que éstos insten la utilización de tales medidas de seguridad*. En tales casos, por las circunstancias en las que se desenvuelve la relación laboral y la posición subordinada del trabajador en ella, se produce una situación de coacción que impide hablar de “voluntariedad” (MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción*, p. 418. En sentido similar ver también SÁEZ VALCÁRCEL, *CDJ- 15*, 2005, pp.37 y ss.

La definición de la imprudencia profesional del trabajador como una consecuencia de la infracción del deber de información, implica reconocer que existen razones normativas para hacerle responsable al empresario del déficit de conocimiento de la víctima determinante del acto inseguro y éste del resultado dañoso (doble relación de riesgo).

Esa es la explicación dogmática de la responsabilidad penal del empresario en los casos de lesión o muerte del trabajador a causa de su imprudencia profesional -el empleador debió evitar ese resultado *informando* correctamente-.

En el momento en que el empresario induce a situación de error al trabajador (por ejemplo para sacar provecho de la situación, imponiéndole un ritmo alto de trabajo) o no evita el error en el que el trabajador se encuentra como consecuencia de la repetición o habituación a la tarea, incorpora a su organización el estado de desorientación del trabajador -hace del déficit de conocimiento la víctima, un asunto suyo-.

Se le imputa el resultado porque el empresario ha incorporado de modo libre y voluntario el proceso causal que se desarrolla en dirección a la producción del resultado a su esfera de *dominio social* y ha *actualizado* ese dominio específicamente en la situación concreta, en cuanto omitió realizar la acción determinada de neutralización de la causa *determinante* del resultado.<sup>1138</sup>

El “acto inseguro o imprudente” del trabajador -que afecta su vida y/o salud- debe tener el *sentido objetivo de organización*, en tanto titular de esos bienes jurídicos para exonerar al empresario de responsabilidad penal. Cuando ese acto no es libre y se lleva a cabo por la víctima en una situación de déficit de libertad y cuando ese déficit de libertad es imputable al empresario, éste responde penalmente de las consecuencias dañosas de ese acto.

En el contexto descrito, para afirmar la responsabilidad penal del empresario en el “accidente laboral”, *debe acreditarse una doble relación de riesgo: que la inexacta percepción o valoración del riesgo por error imputable a la infracción del deber de información, haya sido determinante del acto imprudente del trabajador y que el riesgo mal percibido o mal valorado se haya concretado en el resultado lesivo -lesión o muerte del trabajador-*.

---

<sup>1138</sup> GRACIA MARTÍN, *Modernas tendencias...*, pp.411/12.

Fuera de esta situación, debe entrar en escena el principio de autorresponsabilidad del trabajador, ello por cuanto frente a un operario correctamente formado e informado, con conciencia del riesgo (adecuada percepción y valoración), con todas las medidas de seguridad -acordes a esa valoración- a su disposición y con el fondo de conocimientos necesario para asociarlas al riesgo, él está en mejores condiciones de autoprotgerse que el empresario, porque tiene en sus manos el sí y el cómo de su interacción con el riesgo (porque actúa como titular de sus bienes jurídicos y ejerce su soberanía sobre ellos). Bajo tales parámetros, el trabajador sí puede *decidir* no usar los medios de prevención. Cuando el trabajador realice un “acto inseguro o imprudente”, a pesar de que las medidas de seguridad han sido provistas y sin encontrarse en error respecto del significado y dimensión del riesgo, se tratará de una “imprudencia no profesional” o *temeraria*, y no será por lo tanto competencia del empresario.<sup>1139</sup>

#### **VI.4. El deber de vigilancia del empresario en la LPRL**

##### **VI.4. a Introducción: El acto inseguro del trabajador**

El deber de vigilancia es la faceta del deber de seguridad vinculado al “acto inseguro o imprudente” del trabajador.

Los actos inseguros del trabajador pueden estar determinados por diferentes aspectos: aquellos psicológicos, actitudinales, motivacionales y conductuales relacionados con el trabajador individualmente considerado y aquellos aspectos psicosociales relacionados con la organización del trabajo.

Los aspectos relacionados con el trabajador (individual), a diferencia de los que refieren a la organización del trabajo, sólo podrán ser “competencia” del empresario, en la medida que puedan ser detectados previamente al accidente -ya sea en la contratación o en los exámenes periódicos de salud-. En este estudio, nos concentraremos en el deber de vigilancia -y sus límites- que el empresario debe ejercer respecto del acto inseguro del trabajador *durante el desarrollo de su actividad laboral*.

De acuerdo a lo dicho antes, el “acto inseguro” del trabajador, en tanto responda a una imprudencia profesional, *siempre será consecuencia de un error*.

---

<sup>1139</sup> Aunque no debemos olvidar que aun ante la imprudencia temeraria del trabajador, si ésta es cognoscible por empresario, surge el deber de intervención y si el empresario lo incumple, sí corresponde atribuirle el resultado lesivo (se tratará este tema más adelante).



Por su parte, el deber de información se define como la obligación del empresario de no generar y de evitar el error sobre el riesgo -en su significado y valoración- y ello como “contrapartida” de la organización exclusiva del proceso productivo que le compete al empresario. En otros términos, es el deber de que el trabajador posea siempre una percepción e interpretación adecuadas del riesgo -y en ese sentido acorde a las medidas de seguridad normativamente impuestas-. Se trata de un deber *continuo*, y que se cumple brindando la información necesaria, transmitiendo con sus actitudes una valoración adecuada del riesgo y supervisando que el trabajador no distorsione su percepción e interpretación correcta del riesgo (por habituación o repetición de las tareas). En este sentido *el deber de vigilancia del empresario, es en el fondo un monitoreo sostenido para prevenir y evitar ese error del trabajador (imprudencia profesional)*.

Tanto el contenido como los límites del deber de vigilancia del empresario, se desprenden de la interpretación adecuada de los preceptos 15.4 y 17.2 LPRL.

Los dos preceptos mencionados permiten distinguir un deber general y un deber específico de vigilancia que remiten a diferentes *intensidades -y ocasiones-* de ese deber.

#### **VI.4.b Deber general de vigilancia**

Recordemos que el art. 15.4 LPRL (precepto general) dispone -en su parte pertinente- que:

*“La efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador.”*

Como adelantamos antes, esta norma contiene un mandato doble:

En efecto, la obligación del empresario de prever -y evitar- las imprudencias “no temerarias” (profesionales) se cumple, según la clasificación realizada antes (deber mixto de seguridad):

- a. *brindando* las “condiciones seguras” de trabajo y
- b. *supervisando* los “actos del trabajador” para impedir que sean inseguros.

Ello por cuanto, en la producción de los resultados lesivos intervienen tanto las condiciones de trabajo inseguras (medidas materiales y organizativas de seguridad) como el modo inadecuado en el que el trabajador interactúa con el riesgo (actos

inseguros del trabajador), lo que se traduce en el incumplimiento de los medios de prevención provistos por el empresario.

En esta exégesis, el deber del empresario de “prever” la imprudencia del trabajador se pone de manifiesto de dos modos: por un lado en el “diseño” de las medidas de seguridad que debe proporcionar (obligación relativa a lo que se ha denominado “condiciones”), pero fundamentalmente en el marco de la *vigilancia* que debe ejercer sobre el cumplimiento de tales medidas.

Es decir, existe un cierto *estándar* de cuidado debido cuyo cumplimiento libera al obligado y excluye la posible calificación de imprudencia del empresario. En este sentido, las medidas preventivas que deben adoptarse deben prever *ciertas* posibilidades de conducta peligrosa de los trabajadores, pero no todas (por ejemplo: una determinada altura de las barandas de contención, cierto ancho de caminos entre huecos, etc.). Esas posibilidades están en parte recogidas en la legislación de riesgos laborales y su desarrollo reglamentario, pero esa positivación no puede ser total, ya que el estándar de cuidado debido está tan vinculado a la concreta situación, que no cabe describirla exhaustivamente de modo general.<sup>1140</sup>

Cumplido este primer mandato de la norma citada, que refiere a un cierto “diseño” de las medidas de prevención, surge el segundo mandato que consiste en el correspondiente *control* por parte del empresario, del cumplimiento de tales medidas, de *un modo global*, relativo al funcionamiento general del proceso productivo que gestiona.

#### **VI.4.c. Deber específico de vigilancia**

En segundo lugar, el art. 17.2 LPRL (precepto específico) establece que “El empresario deberá proporcionar a sus trabajadores equipos de protección individual adecuados para el desempeño de sus funciones y velar por el uso efectivo de los mismos cuando, por la naturaleza de los trabajos realizados, sean necesarios.”

Los equipos de protección individual deberán utilizarse 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 de trabajo.”

---

<sup>1140</sup> Pues eso supondría una auténtica e intolerable “*responsabilidad por la conducta ajena*” (DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Derecho penal de la construcción*, pp. 563 y ss.

Como puede observarse, este precepto remite a un caso particular, o sea es un deber de vigilancia específico que surge en *determinadas circunstancias* y debido a las *características especiales* del tipo de medidas allí indicadas.

En efecto, según este precepto, ante la necesidad de recurrir a las medidas de seguridad individuales -ya sea porque no hay forma de evitar el peligro de otro modo o para evitar el riesgo residual que puede quedar aun cuando se utilicen medios de prevención generales-, el empresario *debe velar por su uso*.

Dicho esto, debe “entrar en escena” aquí, la relevancia de la distinción entre las medidas de seguridad colectivas y las individuales (como uno de los ejes temáticos antes señalados). En efecto, las medidas de seguridad generales están dirigidas a eliminar o reducir el riesgo en su punto de origen o medio de transmisión. En cambio, los equipos de protección individuales, en tanto son de uso personal, lo hacen en el punto de “llegada” (cuerpo del trabajador) y tienden a eliminar, o en su defecto mitigar, las consecuencias que para la salud de *ese* trabajador en concreto se derivan de la situación de riesgo.<sup>1141</sup> Ambas técnicas de seguridad se diferencian no sólo en la cantidad de personas cuya protección abarca, sino también en su naturaleza, ya que sólo el medio de protección colectivo, al actuar sobre el foco del riesgo es una medida preventiva propiamente dicha y por eso la ley opta por la preferencia de éstas por sobre las individuales (que no pueden sustituir a las colectivas).

Este deber de vigilancia es entonces un deber especial, porque el control ya no está puesto en el “foco de peligro” (deber genérico del garante de control) sino en el *destinatario* (trabajador). Al ser una medida que se ubica en el propio cuerpo del trabajador, el peligro está más próximo de él y el modo de evitar el posible resultado lesivo en ese caso es controlar que no falle esta *última barrera*. Cuando se recurre a esta técnica de protección se requiere de la colaboración del trabajador, entonces de algún modo el empresario traslada -o delega- parte de su deber de seguridad a éste. A diferencia de lo que ocurre con las medidas de prevención generales, puede decirse que

---

<sup>1141</sup>Se entiende por “equipo de protección individual o epi” 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, así como cualquier complemento o accesorio destinado a tal fin. Son ejemplos de equipos de protección individual: cascos, orejeras, pantallas faciales, gafas, tapones, calzados especiales, plantillas de seguridad, guantes, manoplas, dediles, cinturones de seguridad o arneses, mascarillas, etc.

aquí hay una penetración en el ámbito de organización propio del trabajador (su cuerpo), ya que está claro que el empresario tiene competencia directa sobre el foco de peligro, pero no sobre el cuerpo de su dependiente.

En otras palabras, en estos casos, no se controla la fuente del riesgo, *sino que el trabajador se proteja de éste* -o del riesgo residual-, es por eso que se requiere una vigilancia de contenido específico y *más intensa*. Ello por cuanto, además, los equipos de protección individual generan una serie de problemáticas propias que no tienen las medidas generales, tales como: la comodidad, la adaptación al cuerpo, etc.

Desde la óptica descripta, el deber de vigilancia previsto en el art. 17.2 LPRL es un “reflejo” de la especie de medida a la que se alude en el precepto. En efecto, el equipo de protección individual requiere un *hacer* (activo) del trabajador a diferencia de las medidas colectivas. Así, en el ejemplo del laboratorio donde se producen gases tóxicos, el efecto nocivo de éstos se puede evitar con una campana para aspirar gases o suministrando mascarillas para cada uno de los trabajadores; el deber de cuidado del empresario en el primer caso consiste en asegurarse que la campana funcione correctamente, sin embargo, en el caso de las máscaras, el deber de cuidado “paralelo”, será controlar *que sean utilizadas*, porque en este caso el éxito o *correcto funcionamiento de las medidas individuales* es que *el trabajador las use*, porque “por diseño” necesitan ese plus de colaboración del trabajador (destinatario).

De todo lo expuesto, se desprende que el art. 17.2 LPRL describe e impone un deber de vigilancia específico (para una ocasión determinada), es decir el empresario “debe velar por el uso” del equipo de protección personal, ello se traduce en un contenido especial del deber de control que ya no será genérico (porque no recae en la fuente del peligro) sino *individualizado*, en tanto se trata de medidas de seguridad ubicadas en los mismos trabajadores.

Pero sin duda ese deber no puede ser ilimitado (no se le puede exigir al empresario un seguimiento permanente de cada trabajador que esté usando el equipo de protección). En esta dirección, deben buscarse cuáles son los parámetros que definan los límites de este deber de supervisión. Tales pautas están contenidas en el art. 15.4 LPRL, en tanto precepto general.<sup>1142</sup>

---

<sup>1142</sup>De otra opinión, AGUADO LÓPEZ señala que “Tanto el deber del empresario del art 17.2 como del 15.4 LPRL son manifestaciones del deber general de vigilancia. Sin embargo, ese deber de vigilar se ve reforzado en el art 17.2 (imponer a los trabajadores el uso efectivo de medios de protección personal o

En efecto, este deber específico de vigilancia (17.2 LPRL) no puede ser interpretado de un modo más amplio que el criterio general que representa el art. 15.4 LPRL y que no se reduce a una manifestación del deber de vigilancia, sino que es mucho más que eso: refiere a la organización y prevención, a un “diseño de medidas de seguridad”, y a un deber genérico de vigilancia para abarcar el aspecto “dinámico” de la interacción del trabajador con el riesgo. Pero lo más importante es que sienta la pauta básica relativa a la obligación de prever sólo la posible distracción o imprudencia *no temeraria* del trabajador. Ya veremos más adelante de qué modo debe interpretarse ese parámetro establecido en el precepto general, para limitar el alcance del deber específico de vigilancia (art 17.2 LPRL).<sup>1143</sup>

---

medios de protección individual) frente al art. 15.4 (deber de prever imprudencias no temerarias del trabajador en general, es decir, en relación con las demás medidas de seguridad que no sean de carácter personal) ya que el art 17.2 obliga a utilizar medidas de protección personal para evitar cualquier tipo de distracción del trabajador, incluso las distracciones fácilmente evitables (imprudencia temeraria) a diferencia del art 15.4 que excluye este tipo de distracciones o “imprudencias” del trabajador de la obligación del empresario” (*El delito contra la seguridad...*,p.435). En primer lugar no coincido con el razonamiento transcrito de AGUADO LÓPEZ. En efecto, el art. 15 LPRL, enuncia los “principios de la acción preventiva” y el inciso 4º de tal precepto, no escapa a ese esquema, es decir, constituye una “pauta general” y abarca todo tipo de medidas. No es por tanto una manifestación del “deber general de vigilancia”, sino uno de los principios de acción preventiva sentados por ese artículo.

Por su parte, el art. 17.2 LPRL obliga al empleador a proporcionar los equipos de protección individual, *no para evitar cualquier distracción del trabajador* (incluyendo la temeraria), sino “cuando por la naturaleza de los trabajos, sean necesarios...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” y, en ese contexto, el empresario debe “velar por el uso efectivo de los mismos”. Es decir, la razón del deber de proporcionar los equipos de protección individual (epi) y de ese *especial deber* de vigilar su utilización, tiene que ver con circunstancias relativas al trabajo (naturaleza y características especiales de ciertas tareas) y no con el objetivo de “reforzar la seguridad frente a las distracciones del trabajador”, como parece desprenderse de los dichos de la autora. Ello por cuanto, el art.17.2 LPRL nada dice sobre la imprudencia del trabajador, no agrega especificaciones al criterio general sentado por el 15.4 LPRL sobre la relevancia y clases de las imprudencias del trabajador que deben preverse y al que corresponde recurrir para limitar el deber específico. En este sentido, ese criterio general que impone al empresario el deber de prever sólo las imprudencias *no temerarias* del trabajador, *no ha sido modificado ni ampliado* por el precepto del art.17.2 LPRL.

<sup>1143</sup>En la tarea de delimitar la obligación de vigilancia, no puede recurrirse tampoco al “deber genérico de protección” del empresario, como parece desprenderse de la postura de SALVADOR CONCEPCIÓN (*El delito de creación de riesgo*, pp. 172 y ss. En efecto, debe recordarse que en el caso del deber genérico - al revés que en el caso de los deberes específicos-, el criterio para determinar si existe o no una infracción es el criterio normativo del “empresario prudente” y entonces habría que preguntarse: si a través del deber genérico del empresario no se terminará exigiendo a éste más de lo que le exige el art 15.4 LPRL, en cuyo caso, ¿para qué sirve este último? ¿para qué se ha molestado el legislador en especificar que el empresario ha de prever la conducta distraída y la no temerariamente imprudente? (MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción*, p. 419, nota 185, donde los autores mencionan que la jurisprudencia del TS que afirma que la vigilancia del uso de las medidas de seguridad es parte del deber general de seguridad del empresario, entiendo sin embargo que no abarca las imprudencias graves (“no ordinarias”) de los trabajadores. En ese sentido, STS, Sala 3º, Sección 4º, 14/10/1996 y STS, Sala 3º, Sección 4º, 3/3/1998).

#### VI.4.d Esquema general propuesto

Expuestas las diferencias básicas de las distintas clases de los deberes de vigilancia, estamos en condiciones de plantear un esquema general, donde pueda apreciarse esa clasificación.

De la relación entre el deber genérico de seguridad y los arts. 15.4 y 17.2 LPRL, se desprende el siguiente diagrama:

El *estándar de cuidado* impuesto al empresario, se concreta de modo diverso en dos ámbitos distintos: por una parte con relación a las *medidas materiales y organizativas preventivas* dispuestas *ex ante*; (condiciones seguras de trabajo) y por otro, en lo que se refiere a la *supervisión o vigilancia* del desarrollo de la actividad laboral en el centro de trabajo (empresa, taller, obra en construcción, etc.) (actos del trabajador).<sup>1144</sup> Estos dos niveles se describen así:

1. Medidas materiales y organizativas ex ante: el primer concepto incluye: medidas físicas (barandas, instalaciones, etc.), señalizaciones (por ej. de huecos, lugares no transitables con carga, etc.), y proporcionar los medios de protección individual. El segundo refiere a modos de organizar el trabajo (horarios, sistemas de turnos o relevos, etc.). Si el resultado lesión o muerte es concreción de uno de los peligros que se pretenden evitar al disponer esas medidas, cabrá imputar ese resultado a la omisión de facilitar esas medidas (incumplimiento de las “condiciones seguras de trabajo”).

2. Supervisión o vigilancia: en este segundo ámbito, se pueden distinguir tres niveles diferentes:

a) Supervisión general: en virtud del deber genérico de seguridad, es necesario que el empresario como titular del deber de seguridad (garante), supervise de un modo general la “dinámica real del funcionamiento del centro laboral” y compruebe de manera global que las prescripciones en materia de seguridad son cumplidas (control del foco de peligro).

b) Supervisión especial: si en el marco de la supervisión general se observan *indicios de irregularidad en el cumplimiento de las medidas de prevención*, surge la obligación de

---

<sup>1144</sup> Un esquema similar al aquí propuesto ha sido elaborado por DOPICO GÓMEZ- ALLER respecto de la actividad laboral de la construcción (*Derecho penal de la construcción*, pp. 541 y ss.)

una vigilancia especial que exige investigar ciertos extremos que en ausencia de tales indicios, el empresario no tendría por qué controlar o no con la misma intensidad.

En estos indicios no sólo cabe incluir “señales” de que ya se está produciendo la irregularidad, sino que también se deben tener en cuenta circunstancias como el comportamiento descuidado previo y recurrente de ciertos trabajadores, que demandarán un control más estricto que el “genérico”.

Aquí se ve claramente la relación entre el deber genérico de seguridad, que impone el deber de vigilar y conocer la dinámica de la seguridad de la empresa y el art. 15.4 LPRL que funciona como un límite a ese deber supervisión:

Conforme a la interpretación que se ha hecho de este precepto y lo analizado respecto de la imprudencia profesional del trabajador (imputable al empresario), podemos decir que: en principio, si el trabajador está *informado* con los alcances aquí previstos y *provisto* de las medidas de seguridad normativamente exigidas, el empleador puede *en principio* confiar en que no cometerá imprudencias profesionales y por lo tanto sólo debe llevar a cabo una vigilancia global (1).

Bajo tales pautas, esa supervisión genérica se reduce al control de que por circunstancias “anormales” o extraordinarias, la valoración del riesgo por parte del trabajador (que ha sido correctamente transmitida por el empresario) no se distorsione.<sup>1145</sup> La valoración inadecuada del riesgo (menosprecio) impide la asociación de la medida de seguridad con éste, como un efecto “espejo”. En este sentido, la mayoría de las veces que el trabajador no usa las medidas, no es porque “se resista a protegerse”, sino porque no las percibe como adecuadas o como útiles. Por eso, la falta de información adecuada al trabajador sobre el riesgo, no puede suplirse con la *vigilancia para que respete los medios de prevención* (que en casos de incorrecta valoración del riesgo, para ser efectiva, *debería ser permanente*), sino mantener un nivel adecuado y constante de “información amplia” (que debe renovarse ante cada modificación que sufra el proceso productivo, en tanto foco de peligro). Con base en ello, cabe concluir que el límite de la vigilancia genérica está determinado por la *medida* de la información del trabajador, que será inversamente proporcional a la necesidad (intensidad) de la supervisión (cuanto mejor informado esté respecto de la percepción y

---

<sup>1145</sup> Debe controlar que no se distorsione ni por razones relativas a la organización del trabajo (por ejemplo, automatismo) ni por razones personales del trabajador y en este sentido debe monitorearlo mediante el control de su salud.

valoración del riesgo, *más extraordinarias deben ser las circunstancias que distorsionen la interpretación del riesgo y por lo tanto más superficial el nivel de supervisión requerido para que sea eficaz*, ya que lo que garantiza la información adecuada es que el trabajador *por si mismo* asocie el riesgo con las medidas de seguridad provistas *para ese riesgo*).<sup>1146</sup>

Como puede verse, partir del incumplimiento del deber de cuidado del empresario para definir la imprudencia profesional del trabajador, permite delimitar más claramente la aplicación del principio de confianza: lo que faculta al empresario a confiar (en principio) que el trabajador no cometerá imprudencias profesionales, es justamente *el cumplimiento de su deber de cuidado*.

Por otra parte, y también de la exégesis del art. 15.4 LPRL, se desprende que el empresario, *puede confiar* que el trabajador no cometerá imprudencias temerarias. No obstante, si *tiene noticia fiable* de que dichas imprudencias están teniendo lugar, *ya no cabe apelar a que son objetivamente imprevisibles* y es su labor impedir las. Por supuesto, lo mismo ocurre *si presencia efectivamente dichas imprudencias temerarias*.<sup>1147</sup> La fundamentación de este deber de “salvamento” (o deber de intervención) del empresario se abordará al tratar el tema de la autopuesta en peligro del trabajador.

c) Supervisión específica: En tercer lugar está el específico deber de vigilancia previsto por el art. 17.2 LPRL. Es decir, en la situación descrita por ese precepto, cuando el empleador deba proporcionar los equipos de protección individual, *además deberá velar por el uso efectivo de los mismos*. El alcance de esta obligación no puede delimitarse de un modo preciso en “abstracto”, sino que dependerá de las especiales características del contexto en el que se utilicen (determinada actividad laboral, espacio donde ésta se desarrolle, características especiales del trabajador, etc.), pero está claro que en ese

---

<sup>1146</sup>En una postura casi extrema SALVADOR CONCEPCIÓN, entiende, el empresario, conserva *en todo momento* su deber de vigilancia y control y en este sentido, ni siquiera está amparado por el principio de confianza, ya que la obligación de supervisión de la eficacia de las medidas preventivas que afecten al trabajador es *constante* y puede requerir al trabajador con su poder disciplinario, el cumplimiento y correcta utilización de estas medidas puestas a su disposición (*El delito de creación de riesgo...*, p. 177).

<sup>1147</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Derecho penal de la construcción...*, pp. 563 y ss. La imprudencia “temeraria” del trabajador no será responsabilidad del empresario cuando sea un suceso no sólo imprevisto, sino *objetivamente imprevisible*, es decir, que el empleador ignoraba y no tenía por qué haber investigado.



marco, el empresario debe implementar un sistema de control o monitoreo de seguimiento del uso del equipo de protección personal.

En este supuesto opera también el límite establecido por el art. 15.4 LPRL y aplica lo expresado en el caso anterior (supervisión en casos de indicios de irregularidad). Esto quiere decir que partiendo de la base de que se ha cumplido con las “condiciones seguras” de trabajo y el trabajador está debidamente informado sobre el riesgo (en su percepción y valoración) la supervisión no debe ser constante, pero sí, por las características propias de las medidas de seguridad individuales, el control ya no será “global” por cuanto no recae en el foco de peligro, sino que se requiere un seguimiento más personalizado de los trabajadores que estén en la situación indicada en el art. 17.2 LPRL.

Ahora bien, frente al incumplimiento de una medida de seguridad colectiva, el empresario tiene en general, *mayor poder de acción*, ya que puede actuar directamente sobre estos medios y el foco de peligro: así por ejemplo si los trabajadores en vez de utilizar el camino dispuesto para pasar de un lado a otro de un hueco, colocan un tablón para cruzar más rápido -pero de un modo peligroso-, el empresario puede directamente remover ese elemento peligroso. En cambio, frente a la no utilización de un equipo de protección personal, sólo puede *compeler* al trabajador para que lo use recurriendo a su poder disciplinario o impedirle que siga trabajando (ello por cuanto el empresario tiene poder de acción sobre el foco de peligro y las medidas de protección que se ubican en él, pero no sobre el cuerpo de su dependiente).

LASCURAÍN SÁNCHEZ reflexiona acerca de si el deber de intervención del empresario comprende la *compulsión* al trabajador a que adopte las medidas de seguridad adecuadas y disponibles y, en general, a impedir su autopuesta en peligro, y considera que la respuesta incidirá en la orientación del deber de vigilancia. Para la elucidación del problema, el autor distingue dos situaciones: en un primer supuesto, lo que depende del trabajador es la simple *desviación* del curso agresivo ajeno en su entorno inmediato (medios personales de protección); en el segundo, lo que está en sus manos es la *generación* de riesgos contra sí mismo -por ejemplo: el uso, sin adoptar las medidas de precaución reglamentarias, de un instrumento peligroso para el propio agente-. Concluye que en el primer caso, el trabajador es un simple sujeto pasivo que asume un riesgo de origen ajeno; en el segundo se trata de una delegación en la que el

trabajador se constituye en delegado en relación con una función de seguridad para preservar sus propios bienes.<sup>1148</sup>

Luego de todo lo desarrollado anteriormente, el razonamiento transcrito impone una doble precisión:

En primer lugar, tanto en uno como en otro caso, el trabajador está expuesto a la misma fuente riesgo: el foco de peligro que representa el proceso productivo y éste siempre es ajeno. La diferencia está, en realidad, en el lugar donde se pone la barrera de protección para ese riesgo: en el primer caso (equipo de protección individual -epi-), en el cuerpo del trabajador y en el segundo, en el instrumento riesgoso (foco de peligro). Esta distinción es la que genera la diferencia en las características del “acto inseguro” del trabajador frente a los dos medios de prevención, y por lo tanto en el contenido del deber de control del empresario: en el primer caso requiere el uso del equipo personal, y por lo tanto la vigilancia específica del art. 17.2 LPRL. En ese marco, le corresponde al empresario un control “personalizado” -y más intenso que el global o genérico- y la compulsión del trabajador para que lo utilice, *porque en eso radica el éxito de la medida de seguridad*. Adquiere relevancia aquí el poder disciplinario del empleador, al que debe recurrir.

En el segundo caso, se trata de una medida colectiva de prevención y por lo tanto demanda de, *a priori*, un deber de vigilancia genérico. Si en el marco de ese control se detecta un proceder imprudente del trabajador -que no respeta las medidas de seguridad previstas *para el instrumento peligroso* (por ejemplo un protocolo de uso de una máquina)-, el empresario podrá -dependiendo de las concretas circunstancias- actuar directamente sobre el instrumento peligroso o el medio de prevención general, o compeler al trabajador al cumplimiento de la medida de seguridad (cuando se trate de una medida “material”).

En conclusión, no se trata de que en un caso el trabajador *desvíe* un riesgo ajeno y en el otro lo *genere*, sino que la diferenciación debe hacerse teniendo en cuenta dónde se pone la barrera de contención al riesgo -o la protección- si en el foco mismo (máquina o

---

<sup>1148</sup> *Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedeman*, pp. 224/25. El autor cita a HERZBERG, quien sostiene que el trabajador es también un factor en el proceso de puesta en peligro y que es irrelevante que el peligro le amenace sólo a él mismo: si su superior observa su desprotección, originada por ejemplo por la falta de llevar casco, debe ordenarle que se lo ponga o impedirle que siga en la zona de peligro, aunque no tenga competencia sobre ésta, pues sí la tiene sobre su subordinado que es una “fuente de peligro para sí mismo” (*Ibidem*, nota 51).

elemento peligroso) o en el cuerpo del trabajador -epi-. Esa es la circunstancia relevante a los fines de distinguir la clase de deber de vigilancia en cada caso.

En segundo término, lo importante es que en ambos supuestos el trabajador tenga una percepción y valoración correcta del riesgo. Si la tiene, seguramente asociará el riesgo con la medida para protegerse y la respetará sea que se trate de un equipo de protección individual o una medida de seguridad colectiva. Pero si a pesar de contar con ese “fondo de conocimientos” incumple con la medida de prevención (colectiva o individual), ambos incumplimientos pueden llegar a configurar una “autopuesta en peligro”.

El deslinde del acto del trabajador que puede ser o no autopuesta en peligro, no pasa por distinguir esas dos situaciones, sino por la significación e interpretación del riesgo que hace el operario, es decir si actúa bajo los efectos de un error y si ese error es imputable o no al incumplimiento del deber de cuidado del empresario.

#### **VI.4.e. Caso paradigmático de uso de equipo de protección personal**

Un supuesto recurrente en el ámbito de los accidentes laborales es el hecho de que el empresario quiera reemplazar las medidas de seguridad generales por las individuales: un caso paradigmático de esta situación *antinormativa* es el que se produce en las obras en construcción, donde se omite instalar las bandejas de contención y se recurre al uso del arnés o cinturón de seguridad para proteger al operario del “riesgo en altura”.

En este contexto, en que la necesidad de usar los equipos de protección individual obedece no a las circunstancias contempladas en el art. 17.2 LPRL, sino a que el empresario no cumplió con las medidas colectivas de protección correspondientes al caso, creando de ese modo un *riesgo prohibido previo*, el deber de vigilancia adquiere *una intensidad y dimensión diferentes*. Aquí no rige, en principio, el límite del art. 15.4 LPRL, que parte de una situación de riesgo permitido.<sup>1149</sup>

En efecto, surge en este caso el deber de salvamento del empresario por injerencia, *en virtud de su conducta precedente antijurídica*: incumplir con las medidas de seguridad generales ordenadas por la ley (bandejas). En este marco, el deber de vigilar que el trabajador utilice el equipo de protección individual constituye una manifestación del deber de *salvación*, en tanto deber de inhibir cursos causales peligrosos que ya se salen de su

---

<sup>1149</sup> Se abordará esta cuestión más adelante.

ámbito de organización e incluso ha alcanzado el de la víctima (trabajador). En este sentido, el empresario ha puesto la única barrera de protección del riesgo “en el cuerpo del trabajador” (muy próximo a éste), quien “debe” usar el epi para “neutralizar” ese riesgo *no permitido*.

En estos casos el deber del obligado al aseguramiento se prolonga, como una especie de “deber de salvación”. Los deberes se van transformando en función de la situación, hasta que ya no es posible hacer nada.

En este panorama, el deber de salvación impone al empresario un deber de vigilancia *permanente* para asegurarse de que el trabajador utilice la medida de seguridad individual como único modo de evitar la lesión inminente.

La diferencia con el deber específico de vigilancia previsto en art 17.2 LPRL, es que en la situación allí descrita, no se configuró un riesgo no permitido por parte del empresario, y por lo tanto esa supervisión está dentro de los deberes de aseguramiento, o sea son casos en los que a pesar de haber cumplido con las medidas de seguridad ordenadas (generales) queda un riesgo residual o el empresario no puede asegurar su ámbito de organización de otro modo que con esas medidas individuales.

En una primera aproximación intuitiva, un aseguramiento es siempre una actuación mediata o inmediata *sobre un foco de peligro* (medida de seguridad colectiva) y en este sentido, se debe distinguir “aseguramiento” de “inocuidación de los peligros que salen de la propia esfera.” Si bien en el marco de muchas actividades peligrosas permitidas, el derecho no limita los deberes de aseguramiento a las actuaciones sobre la propia fuente del riesgo, sino que permite a su titular un cierto margen de elección de medidas aseguradoras distintas<sup>1150</sup>, el empresario no tiene aquí esa libertad. En efecto, la seguridad laboral es un ámbito intensamente regulado y se obliga al garante a organizar su esfera de un determinado modo para no dañar y *no de cualquier otra manera*.

En esta línea, además del art. 17.2 LPRL que dispone taxativamente los supuestos en que corresponde usar las medidas de prevención personales, el art. 15 LPRL, que sienta

---

<sup>1150</sup> Así por ejemplo, si una madre entra en una cristalería con un niño, puede cumplir de modo idéntico con su deber de aseguramiento del foco de peligro “niño”, tanto teniéndolo en brazos -o sea inocuidando el foco de peligro- como alejando los objetos frágiles del alcance del niño. Se trata de diversas estrategias de cumplimiento del mismo deber: impedir que la propia esfera se injiera -o se siga injiriendo- de modo lesivo en una esfera ajena (DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia*, p. 748, nota 231 y pp. 767/8.

los “principios de acción preventiva”, establece que el empresario deberá “*adoptar las medidas que antepongan la protección colectiva a la individual*” (art.15.1, inciso h). Del texto puede claramente colegirse la mayor relevancia -y prioridad- que la norma le otorga a las medidas generales (principales), y que las individuales son consideradas accesorias.

Pero lo más importante del incumplimiento de las medidas de seguridad generales por parte del empresario, es que coloca al trabajador en una situación de *error sobre la valoración del riesgo*. En efecto, con esa actitud antinormativa, el empresario -en tanto “autoridad laboral”- transmite una interpretación inadecuada del riesgo que es receptada por el trabajador y que probablemente se traduzca en la minimización el riesgo y por lo tanto, no logre asociar éste con la necesidad de usar el equipo de protección individual (arnés o cinturón de seguridad).

Recapitulando, la relación entre el deber genérico de seguridad, el art. 15.4 y el art 17.2, ambos de la LPRL puede resumirse del siguiente modo:

1. El deber genérico de seguridad impone al empleador: adoptar las medidas de prevención (físicas y organizativas) para cuya efectividad debe prever la imprudencia no temeraria del trabajador (art. 15.4 LPRL), en el sentido de un cierto estandar de seguridad.
2. El deber genérico de seguridad también impone al empresario: conocer -con cierta profundidad- la dinámica real de la actividad laboral en el centro de trabajo (como manifestación de su poder de gestión). Ello se logra a través de una supervisión genérica.

Ante una situación de indicios de irregularidad en el cumplimiento de las medidas de seguridad, corresponde una supervisión más profunda (especial), en la que el empresario tiene el deber de evitar o neutralizar esas imprudencias que ya no son imprevisibles.

3. El art. 17.2 LPRL impone al empleador, en determinadas situaciones allí descriptas y que se relacionan con características de la actividad laboral, el deber de proporcionar los equipos de protección individual y de vigilar su uso efectivo. El alcance de ese deber de supervisión está limitado por el precepto del art. 15.4 LPRL, siempre y cuando el uso de los equipos venga impuesto por las situaciones referidas en el art 17.2 y no para “compensar” la omisión de las medias de seguridad colectivas, en cuyo caso el deber de

vigilancia respecto de dicho uso se intensifica de tal modo que no opera el límite del art. 15.4 LPRL. Como puede observarse el deber de vigilancia del empresario puede estar asociado a una medida de aseguramiento o de salvación.

## **VI.5. Conducta *imprudente* del trabajador: autopuesta en peligro y concurrencia de riesgos**

### **VI.5.a. Introducción**

Luego de definir el concepto básico de imprudencia profesional del trabajador y la extensión y límites del deber de vigilancia del empresario, corresponde ahora analizar de qué modo deben resolverse los casos en que el resultado lesivo se produce efectivamente con el aporte “imprudente” del trabajador y en ese marco, delimitar los casos de autopuesta en peligro (imputación al ámbito de la víctima), como problema de imputación objetiva del comportamiento (*imprudencia temeraria*). También se abordará cuál es la solución dogmática que corresponde darle a la concurrencia de riesgos, o sea de qué modo impacta el comportamiento imprudente del trabajador en la imputación objetiva del resultado al empresario, cuando además éste incumple su deber de cuidado y el resultado sólo puede ser explicado con base en *ambos* riesgos.

Como se verá, el supuesto “paradigmático” de esa situación -y que genera mayor debate- es aquél en el que la infracción del empresario consiste en el incumplimiento del deber de vigilancia y que concurre con la conducta descuidada del trabajador. La dificultad que ofrece ese tipo de casos está relacionada con la falta de claridad a la hora de establecer los límites del deber de vigilancia “en la práctica”, relacionada con el hecho de que en general, la doctrina y jurisprudencia consideran que esos límites están determinados por el nivel de la imprudencia del comportamiento del trabajador. Aquí se explicó que el razonamiento correcto, es el inverso (se debe partir de la infracción del deber de seguridad del empresario).

Por otra parte, para arribar a una solución correcta de estos casos, será fundamental también determinar *en qué momento del proceso de riesgo generado por el empresario, interviene la imprudencia del trabajador-víctima*. Ni la doctrina ni la jurisprudencia profundizan en esa cuestión.

La relevancia del aporte imprudente del trabajador en los diferentes momentos de la teoría de la imputación objetiva (como problema de imputación de comportamientos o

de resultados) no siempre es claramente distinguida por la doctrina, que normalmente lo trata como un problema de imputación de resultados.<sup>1151</sup>

En lo que sigue, se definirán las pautas bajo las cuales puede considerarse que el trabajador se “autopone” en peligro (y de ese modo exonera al empresario de la responsabilidad por el resultado lesivo -atipicidad-) y luego, los casos de “conurrencia de riesgos” que se concretan en el resultado lesión y/o muerte del trabajador. Todo ello, partiendo del especial contexto (desigualdad característica de la relación laboral), en el que se insertan dichas cuestiones a ser tratadas.

#### **VI.5.b. Autorresponsabilidad del trabajador como sujeto integrante de la relación laboral estructuralmente asimétrica.**

El Estado no puede mantener la ficción de una igualdad entre las partes del contrato de trabajo (inexistente en la realidad) e ignorar la “coacción vital y social” que coloca al trabajador en la necesidad de insertarse en una *zona de riesgos ajena y tolerarla*. Desde esta óptica, el trabajo es una realidad social generalizada que tiene carácter *ineludible* para el trabajador, con efectos coactivos, pues el trabajo por cuenta ajena es el único medio que dispone para obtener sus ingresos.<sup>1152</sup> Por eso, se ha procurado compensar esa desigualdad económica/social desfavorable al trabajador con una protección jurídica que lo favorezca (principio protectorio).<sup>1153</sup>

---

<sup>1151</sup> Sí distinguen CASTIÑEIRA PALOU/LLOBET ANGLÍ/MONTANER FERNÁNDEZ Accidentes de trabajo, medidas de seguridad y concurrencia de culpas: criterios jurisprudenciales, *InDret*, 1/2005, pp.3 y ss. Las autoras señalan que la autopuesta en peligro del trabajador excluirá la responsabilidad del empresario en aquellos casos en que la víctima pueda elegir sin interferencias ajenas entre enfrentarse al riesgo o no hacerlo, pero no cuando la situación de peligro le es impuesta por el autor. En este contexto distinguen claramente entre los casos de responsabilidad exclusiva del trabajador o concurrencia de culpas (las mismas, en Concurrencia de culpas en accidentes laborales- Comentario a la SAP de Barcelona de 2 de septiembre de 2003, *ADPCP*, Vol LVIII, 2005, pp. 249/50).

No está tan clara la distinción en CORCOY BIDASOLO/CARDENAL MONTRAVETA/ HORTAL IBARRA, *RPJ*, n° 71, pp.39 y ss.; MARTÍN LORENZO/ORTIZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción*, p. 345 y ss.; ARROYO ZAPATERO, Manual, p. 111 y ss.; el mismo, *La protección penal...*, pp. 180 y ss. y AGUADO LÓPEZ, *El delito contra la seguridad...*, pp. 430 y ss.

<sup>1152</sup> SCHICK, *Riesgos del trabajo*, pp. 220/21.

<sup>1153</sup> El Derecho laboral nace para tratar de lograr un equilibrio entre aquel que sólo tiene su fuerza de trabajo como medio para obtener una subsistencia digna y el requirente de trabajo humano que posee la fuerza del capital, a la hora de negociar las condiciones laborales. En aras de lograrlo, está guiado por principios rectores, como el “principio protector”, que alude a la función esencial que cumple el ordenamiento jurídico, esto es, establecer un amparo diferente a la parte trabajadora que se manifiesta en un desigual tratamiento normativo de los sujetos de la relación laboral: a favor del trabajador. Esta situación jurídica es común a España y a Argentina. Esta tendencia a dar especial protección a la parte más débil de la relación laboral -trabajador-, se complementa con el “principio de irrenunciabilidad” que plantea la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de las ventajas que el Derecho laboral le concede a los trabajadores: no pueden renunciar a éstos. Sin este principio, el principio protector sería inoperante y tiene su fundamento en la *indisponibilidad*: el trabajador no puede disponer de sus derechos

En esta lógica, la responsabilidad civil por riesgo en el ámbito laboral, se entiende fundamentada, no en la *antijuridicidad* de la actividad del empleador, sino en las *exigencias de la justicia conmutativa*, porque quien persigue su propio interés, aun lícito, y daña el derecho de otro, debe indemnizar al perjudicado.<sup>1154</sup>

Ahora bien, este razonamiento no puede extrapolarse al fundamento de la responsabilidad penal (del empleador), que responde a otros parámetros.<sup>1155</sup>

En efecto, la desigualdad estructural del vínculo laboral -generadora del paternalismo jurídico-, no puede traducirse en una responsabilidad penal *cuasi* objetiva del empresario por ser el organizador exclusivo del proceso productivo en el que se inserta la actividad del trabajador, sino en el reconocimiento de la autorresponsabilidad del trabajador, pero con *la exigencia de especiales condiciones para su habilitación, en el marco de la organización del empleador*.

Sin duda, una respuesta coherente a la cuestión de la “autopuesta en peligro del trabajador”, debe partir de que en la empresa existe un desequilibrio entre las posiciones del empresario y del trabajador, quienes no operan en un plano de igualdad: uno es deudor de la seguridad y el otro acreedor de ella. El empleador dirige la prestación del trabajador, tiene poderes para ello, incluso disciplinarios. El trabajador está subordinado, no decide los modos ni la forma de cumplimiento de sus deberes, cede su trabajo y compromete su obediencia al poder del empresario. Los trabajadores están sometidos al poder de dirección del empresario (art 20 del Estatuto de los Trabajadores), debiendo cumplir aquellos las órdenes que éste les haga llegar. En palabras de la jurisprudencia “la relación laboral no es horizontal o simétrica, sino vertical o

---

laborales frente al empleador. Esta cuestión se relaciona con la (i) relevancia del consentimiento del trabajador a las condiciones inseguras de trabajo, que se tratará más adelante.

<sup>1154</sup> SCHICK, *Riesgos del trabajo*, pp. 220/21.

<sup>1155</sup> La idea del riesgo juega un papel diferente en la responsabilidad civil y la penal. Respecto de la segunda, la idea de la creación del riesgo sirve para fundamentar la imputación de deberes de cuidado y de garante a quien es creador del riesgo, lo que constituye solamente el primer paso para proceder a imputar a éste la responsabilidad penal por el hecho lesivo. En el orden civil, la creación del riesgo es el fundamento de la imputación de la responsabilidad (civil), a diferencia de lo que ocurre en el ámbito penal, donde es el *presupuesto necesario* para fundamentar la imputación de dicha responsabilidad (ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad...*, pp. 136 y ss.).

Es demostrativo de esta diferencia el desarrollo de la llamada “teoría del riesgo” respecto de la responsabilidad civil del empleador (a partir del art. 1113, segundo párrafo, del Código Civil argentino). En este sentido se sostiene que la imputación derivada de la responsabilidad (civil) por riesgo no se basa en la causalidad; carece de valor el mero concepto de la responsabilidad por el resultado basado en la relación causal material. No es tampoco una forma de responsabilidad derivada de la acción u omisión, porque surge y se concreta aun cuando medie un hecho, no debido a la conducta del obligado a indemnizar, pues lo relevante es quien sea *el titular en la esfera de riesgos dentro de la cual sobreviene el daño* (SCHICK, *Riesgos del trabajo*, pp. 220/21).



asimétrica al conferirse en exclusiva al empresario el poder de dirección y organización de la estructura empresarial donde se inserta la prestación laboral.”<sup>1156</sup>

Plantear el conflicto en términos de “cursos causales que se encuentran”, esto es, el comportamiento del empleador y la conducta de la víctima que ha sufrido la lesión, es una construcción del problema que expresa la normalización y objetivación del fenómeno accidente laboral.<sup>1157</sup>

La mayor parte de la doctrina comparte la idea de la relevancia de esta asimetría estructural del vínculo entre empresario y subordinado, en el análisis de los efectos de la infracción del deber de seguridad en el primero y del incumplimiento de las medidas de prevención en el segundo.<sup>1158</sup>

---

<sup>1156</sup> SAP Granada, 1º, 10/11/2008. SÁEZ VALCÁRCEL, sostiene que las formas del poder en el interior de la empresa son complejas y múltiples. La máquina y los sistemas informáticos son instrumentos silenciosos de construcción de disciplina y consenso. El poder se expresa con mecanismos directos como son la vigilancia u observación, el estímulo y la amenaza, o indirectos, con mediaciones impersonales, como pueden ser los reglamentos interiores. El trabajador se ve obligado a someterse a las jornadas, ritmos y condiciones de producción que le señalan los mandos de la empresa, bajo el riesgo de perder su trabajo, no sólo por despido sino por la no renovación de su contrato temporal. Por lo tanto, la relación entre empleador y trabajador está desequilibrada de manera radical y debe definirse a partir de las notas de dependencia, subordinación y sometimiento. El obrero no sólo vende su capacidad de trabajo, vende también su obediencia a la disciplina de fábrica, a las reglas de la empresa y a los dictados de su jefe (CDJ- 15, 2005, pp. 41 y ss.).

<sup>1157</sup> SAEZ VALCÁRCEL, El accidente de trabajo y la culpa de la víctima en la práctica judicial, *Cuadernos penales José María Lidón*, nº 3, 2006, p. 267. El autor agrega además, que la lectura de algunas decisiones judiciales penales que atribuyen la causa del accidente al trabajador, a quien ha sido la víctima, evoca el tratamiento que desde ciertas sedes se daba a la violencia sexual contra las mujeres (*ibídem*).

<sup>1158</sup> Sólo un sector doctrinal minoritario parte de que en la actividad laboral no hay una diferencia de posiciones entre empresario y trabajador, sino más bien un plano de igualdad. Y le otorgan relevancia en este análisis al art. 29 de la LPRL que obliga al trabajador a asumir las medidas de seguridad aportadas por el empresario, de manera que, si no las asume, su comportamiento constituye una autopuesta en peligro y por lo tanto los posibles resultados lesivos serán imputables exclusivamente a dicho trabajador. Un representante de esta posición es MORALES GARCÍA, para quien la seguridad e higiene en el trabajo recoge todos los elementos de lo que doctrinalmente se ha dado en llamar “*organización conjunta*”. En ella, cada sujeto asume una parcela de actuación conforme a parámetros preestablecidos (“legalmente” establecidos) En el caso del empresario, la LPRL, le obliga a la prevención de riesgos y la adopción de medidas de seguridad efectivas, en el caso del trabajador, le obliga a asumir las medidas de seguridad aportadas por el empresario. Omitido por el trabajador este extremo, siendo altamente probable que el peligro o el resultado lesivo hubiese podido evitarse o minimizarse con su adopción, la imputación del resultado -peligro o lesión- será posible al ámbito de responsabilidad de la víctima (Responsabilidad penal asociada a la siniestralidad laboral, *XVI Jornadas Catalanas de Derecho Social*, 2005, p.8). Desde la misma óptica, COTILLAS MOYA afirma que “Tampoco podrá atribuirse en todo caso al empresario o a sus encargados una imprudencia por no haber controlado o vigilado que el trabajador hiciera efectivo y correcto empleo de las instrucciones o medios materiales de seguridad facilitados, pues, como dije anteriormente, y así lo recoge la Audiencia Provincial de Tarragona en su Auto de 8 de octubre de 2001 (LA LEY 178268/2001), no es posible mantener que el empresario tenga obligación de disponer de personal para vigilar de forma individual y durante todo el horario laboral el cumplimiento estricto de las normas de seguridad e higiene a los trabajadores, máxime teniendo en cuenta que el art. 29 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LA LEY 3838/1995), también establece obligaciones para el trabajador en relación con la protección de su seguridad en el trabajo y con la prevención de los posibles riesgos inherentes a su actividad laboral.” (La intervención culpable del trabajador en los delitos contra la seguridad en el trabajo, *LLPenal*, 2005, pp.80 y ss.).

La aceptación de dicha circunstancia, ha llevado a interpretar que *la imputación preferente a la víctima se sustenta en dos presupuestos aquí inexistentes: primero que el trabajador no se autoorganiza, sino que ayuda a otro a organizarse, trabaja por cuenta ajena y bajo dirección ajena. Que, el desconocimiento del ciclo completo de producción y la engañosa evaluación de riesgos de quien está familiarizado con ellos.*<sup>1159</sup> *Que, la responsabilidad del empleador sólo decae cuando en la situación concreta el trabajador actuaba con plena autonomía y con suficiente conocimiento y voluntad. Ello sucederá en los casos de dolo -por ejemplo, el trabajador suicida- pero también en los casos en que el operario actúe en la empresa, más para asuntos propios que ajenos. Pero que son dudosos los supuestos en que el accidente se produce por una “iniciativa imprudente” del trabajador. En esos casos, no debe negarse la imputación del resultado a la conducta del empresario por la imputación preferente a la víctima -no hay autoorganización-, pero sí es probable que concurra como causa de exclusión de la imputación, el mantenimiento del curso de riesgo en el margen de lo permitido: la observancia del deber de cuidado cuando la formación, los medios y la vigilancia fueron los adecuados.*<sup>1160</sup>

Sentado ello, creo que no cabe descartar *de plano* la posibilidad de imputación del comportamiento al ámbito de la víctima-trabajador porque éste “no se autoorganiza” en el trabajo. En efecto, la reflexión transcrita desconoce que, aun admitiendo las diferentes posiciones de empresario y trabajador ocupadas en el marco de la relación laboral, pueden distinguirse *diferentes esferas de organización* correspondientes a los sujetos que desempeñan ambos roles.<sup>1161</sup>

### **VI.5.c. Esferas de organización del empresario y del trabajador**

El deber jurídico originario consistente en organizar la actividad empresarial de tal modo que ésta se desarrolle sin riesgo para la vida, y salud de los trabajadores, recae en

---

<sup>1159</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, La imputación penal del accidente de trabajo, en *Cuadernos penales José María Lidón*, n° 3, Bilbao, 2006, pp. 58 y ss. y pp. 58 y ss.

<sup>1160</sup> *Ibidem*.

<sup>1161</sup> Creo que esta es la idea que respalda la afirmación de CORCOY BIDASOLO, cuando señala que los requisitos relativos al “conocimiento del riesgo” y la “asunción libre del mismo”, deberían permitir circunscribir un “área de riesgo” de atribución exclusiva al trabajador, y por ello, en principio, excluida del ámbito de competencia del empresario (Siniestralidad laboral y responsabilidad penal, en *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, (dir), Bs.As., 2009, pp. 378/79).

el titular principal (y exclusivo) de la organización de dicha actividad (empresario). Pero como en el proceso productivo intervienen sujetos autorresponsables (trabajadores) que también configuran la seguridad laboral (“acto del trabajador”, en los términos aquí utilizados), es necesario que el empresario *delegue parte de su competencia originaria*, en ellos. En otras palabras, el empresario es el titular de la esfera de organización en la que se encuentran implicados los bienes jurídicos protegidos y *de la correcta organización de dicho ámbito depende, en suma, la indemnidad de éstos*.

Según esta idea, podemos plantear que “en abstracto”, la competencia originaria de organización del empresario puede desdoblarse: por un lado la que corresponde a la *indemnidad de los bienes jurídicos del trabajador* y por otro, la relativa a la *organización del proceso productivo en sí mismo*. Frente a esas dos facetas, la “correcta organización de dicho ámbito” involucra básicamente la realización de dos acciones por parte del empresario. Respecto de la que concierne estrictamente a la organización del proceso productivo, el empresario le encarga al trabajador una tarea que debe cumplir en el marco de la distribución del trabajo: esto es, la ejecución de una actividad específica que el subordinado debe desarrollar en la empresa como contraprestación del contrato de trabajo (en sentido material).

Con relación a la segunda faceta, el empresario debe efectuar una delegación de competencia a favor del trabajador: la competencia sobre sus bienes jurídicos (vida y salud) expuestos al riesgo del trabajo. En efecto, normalmente una persona autorresponsable tiene competencia sobre sus bienes jurídicos, pero esta afirmación requiere ciertas precisiones respecto de cómo juega el principio de autorresponsabilidad en el marco en el que un sujeto forma parte del proceso de productivo (ejecutando una tarea asignada), *en tanto esfera de organización de otro* (empresario), ya que de esa organización de “otro” dependen los presupuestos necesarios para que se configure su posibilidad de proteger sus bienes jurídicos. Esta delegación de competencia al trabajador sobre la indemnidad de su vida y salud es inescindible del encargo de tareas para que la organización del ámbito del empresario sea correcta y para que el trabajador pueda desarrollar su actividad como sujeto autorresponsable, teniendo en cuenta que *es él -y no el empresario- quien interactúa con el riesgo*. En esa interacción, el trabajador debe tener pues, poder de autonomía.<sup>1162</sup>

---

<sup>1162</sup> El objeto de la delegación de la competencia para la protección de la vida y salud tiene un sentido “dinámico”, sólo tiene relevancia en la medida (y mientras) que tales bienes están expuestos al riesgo de la actividad encargada.

Es decir, conviven en el rol del trabajador, un “encargo de funciones” (en el que no tiene autonomía) y una “delegación de competencia” como titular de su vida y salud, bienes expuestos al riesgo, respecto de los que *sí puede organizarse*, siempre y cuando se configuren los requisitos. Por eso decimos que hay dos esferas de competencia pertenecientes a estos dos sujetos: trabajador (sobre sus bienes jurídicos) y empresario (sobre el proceso productivo) que se superponen en el marco de la empresa.

Este desdoblamiento de competencias es un *reflejo de los dos aspectos que componen la empresa: como foco de riesgo por un lado, y como proceso productivo, por otro.*

En esta exégesis, deben darse ciertas condiciones para que el trabajador tenga la posibilidad de decidir *libremente* autoprotegerse -o no-, en el ámbito del proceso productivo (del que forma parte, pero como *individuo*). Esas condiciones dependen de quien organiza ese ámbito (empresario) y consisten en la dotación al subordinado de todos los medios necesarios para lograr una interacción lo más inocua posible con el riesgo.<sup>1163</sup> Ese es el modo en que el empresario delega su competencia originaria sobre la indemnidad de la vida y salud del trabajador, en tanto garante de la fuente de peligro en la que éste se inserta como consecuencia del contrato de trabajo.

Con esta *delegación* se resuelve la “antinomía” entre la desigualdad estructural de la relación laboral (ya que el empresario es el *organizador exclusivo* del proceso productivo) y la *autorresponsabilidad* del trabajador. Es decir, diferenciadas las dos esferas de competencia (que responden a dos niveles de organización *distintos pero interdependientes*)<sup>1164</sup>, en las que no hay un mero solapamiento, sino que pueden representarse como dos círculos concéntricos: la del empresario es la competencia “contextual o continente”, de la que surgen los elementos necesarios para habilitar la competencia del trabajador, que por eso es la “contenida”.

En efecto, la delegación de esa competencia, le permite al trabajador ser autónomo y tener poder de decisión para proteger sus bienes jurídicos durante (y *sólo durante*) la ejecución de su tarea laboral. La autorresponsabilidad del trabajador durante su actividad laboral se configura en el ámbito peligroso de otro y está, por lo tanto, subordinada a ciertas condiciones que dependen del organizador del ámbito en el que la

---

<sup>1163</sup> LPRL y sus reglamentaciones específicas.

<sup>1164</sup> El nivel de organización correspondiente al trabajador depende de que el organizador del otro nivel (empresario) le brinde las condiciones seguras de trabajo que le darán su “autonomía”. A su vez, sólo puede decirse que el empresario se organiza correctamente si cumple con el estándar de seguridad (condiciones seguras de trabajo).

tarea se desenvuelve. Por eso es necesaria la *coordinación* de esas dos esferas de competencia en el contexto de la actividad laboral.

Cuando el empresario le asigna una tarea al trabajador en relación de dependencia, sólo realiza un *encargo de ejecución* (no hay transformación de competencias), por eso es correcto lo señalado por la doctrina, en el sentido de que es el empresario es quien *sólo* se autoorganiza en el desarrollo del proceso productivo. Sin embargo, ese razonamiento no tiene en cuenta el doble aspecto de la competencia del empresario (sobre el proceso productivo y sobre la indemnidad de los bienes jurídicos de los trabajadores) y la posibilidad (necesidad) de esta delegación especial, que cuando se cumplen los requisitos, permite que el trabajador se autoorganice, no respecto del proceso productivo (competencia no delegable al trabajador subordinado)<sup>1165</sup>, sino respecto de la protección de esos bienes expuestos al *riesgo ajeno*.

El trabajador no es competente respecto del ámbito de la tarea laboral asignada y por ende no se autoorganiza *en esa actividad*, sino que sólo la *ejecuta* de acuerdo a la planificación de quien mantiene la competencia sobre ella -empresario, organizador exclusivo del proceso productivo- y siguiendo sus instrucciones.

A diferencia de la delegación clásica que hace el empresario en un colaborador (directivo), en la delegación al trabajador en relación de dependencia, el empresario no transmite la competencia sobre el control de un ámbito de riesgo (proceso productivo), sino *el control sobre la protección de sus bienes jurídicos* frente a ese riesgo.

Trazando un paralelismo con la delegación común de competencias en el marco de la gestión empresarial, para que esa *delegación especial* al trabajador sea válida y eficaz, el trabajador debe ser idóneo para ejercer esa competencia -estar formado e informado con los alcances aquí delineados- y debe contar con los medios necesarios materiales e inmateriales (estándar de seguridad). En ese contexto -y *sólo en ese*- el trabajador será competente para autoprotgerse del riesgo. Cuando se cumplen esos requisitos se habilita la competencia del trabajador sobre la protección de sus bienes jurídicos y por ende puede decirse que se *autoorganiza en ese aspecto*.<sup>1166</sup>

---

<sup>1165</sup> En ese contexto, el empresario que le encarga la tarea al trabajador, no se descarga de su ámbito de competencia inicial: la organización de la actividad específica (y del proceso productivo en general) sigue siendo “asunto suyo” exclusivamente.

<sup>1166</sup> A diferencia de la delegación común (de la gestión de la empresa), en ésta, no cabe admitir una “idoneidad relativa” del delegado, ya que la eficacia de esta delegación sí va unida *inexorablemente* a su validez. Es muy estricto lo relativo a su validez, si falta algún requisito, la delegación no se produce y por lo tanto en empresario sigue siendo competente por la vida y salud del trabajador -además de serlo por la

En esta delegación especial, son deberes *residuales* del delegante (empresario): proporcionar los medios de protección necesarios al trabajador durante la realización de la tarea. En cuanto sobreviene un cambio en la situación que requiere una adaptación de los medios de seguridad, no es obligación del trabajador -delegado- informar o solicitarlos, ya que eso es competencia (deber de vigilancia) del empresario.

A diferencia de lo que ocurre con el delegado-directivo, a quien el empresario le transmite la competencia para organizar el proceso productivo -o una parte de él-, el trabajador no tiene la obligación de denunciar o de solicitar la adecuación de los medios a las nuevas necesidades de la función, ni un deber de *inhibición* ante la negativa del empresario a proveer los nuevos medios. Tampoco es obligación del trabajador renunciar a su puesto en esas condiciones; simplemente si eso ocurre, *caduca la delegación*, o sea no tiene el deber de buscar alternativas de actuación que le permitan su actividad sin peligro. En la comparación de estos dos diferentes supuestos de delegados, se ve claramente que la autorresponsabilidad del trabajador está *condicionada y limitada por el deber de vigilancia* que le compete al empresario, en virtud del cual, éste debe conocer la necesidad de readaptar los medios y actuar en consecuencia.

Cabe aclarar que en el marco de esta delegación al trabajador, el empresario también tiene un deber residual de *intervención* que conserva y posee particulares características. Ese deber consiste en intervenir y evitar que el trabajador se autoponga en peligro (y/o evitar el resultado lesivo), aun cuando el trabajador es competente por su seguridad, *pero sólo cuando esa situación sea conocida o cognoscible por el empresario*. Se trata de una especie de deber de “salvamento”.<sup>1167</sup> La fundamentación de este deber radica en que aun cuando el trabajador se autoorganice en lo que refiere a su protección, no debe perderse de vista que el trabajador está ejecutando una tarea

---

actividad misma, encargada-. No existe aquí una especie de “delegación de hecho valida”, o sea no ocurre que cuando no se reúnen los presupuestos de validez requeridos, el “delegado-trabajador” pueda asumir *materialmente* la delegación de esa competencia. La ausencia o inidoneidad de los medios o falta de formación-información del trabajador, *bloquea* la transformación de la esfera de competencia del empresario, en tanto delegante. Otra diferencia consiste en que a este delegado-trabajador (a diferencia del delegado-directivo) no se le puede exigir que no acepte la delegación en caso de no ser idóneo -formado- o si carece de los medios necesarios. Simplemente, en ese caso la delegación es inválida. Esta es la contracara de la irrelevancia del consentimiento del trabajador a las “condiciones inseguras” del trabajo.

<sup>1167</sup> Ello, teniendo en cuenta que el empresario -aun cuando conserva deberes residuales-, penetra en el ámbito de competencia de su dependiente, para “salvarlo” de las posibles consecuencias nocivas de su comportamiento *autorresponsablemente* imprudente.

*encargada* por el empresario, en el marco de su ámbito de competencia: la gestión del proceso productivo y en ese sentido no se ha separado de la emanación del riesgo de esa actividad organizada por el empresario. Ello porque, en definitiva, el ámbito de organización donde se desarrolla la actividad del trabajador, sigue siendo suya - empresa- donde el empresario sigue siendo el organizador exclusivo y garante del foco de peligro (competencia contextual o continente).

Es decir, en el caso en el que el trabajador, debidamente formado e informado (según la interpretación amplia del deber de información aquí expuesta), incumpla con las medidas de seguridad que tiene a su disposición, el empresario, cuando tome conocimiento de ello, *debe revocar la competencia delegada* -y el encargo de ejecución de la tarea- porque si bien el trabajador es competente para decidir protegerse o no, esa competencia *delegada* forma parte del “modo” en que debe ejecutarse el encargo de la tarea en el marco de la organización del empresario (proceso productivo). Aquí puede apreciarse la inescindibilidad del encargo de tareas y la delegación de competencia al trabajador sobre la indemnidad de su vida y salud.

Entra aquí en escena el principio de confianza: ante el cumplimiento del estandar de seguridad por parte del empresario y la ausencia de indicios de incumplimiento por parte del trabajador, al empresario le está permitido confiar que el trabajador cumplirá con los medios de prevención, y por eso sólo le es exigible lo que hemos llamado “control genérico”. En otros términos, la confianza no exonera al empresario del control genérico sino que sólo no le obliga a una vigilancia permanente o más intensa (especial). Ese es el alcance que cabe darle al principio de confianza en este ámbito.

Es decir, que los trabajadores incumplan las normas de seguridad de un modo tal que no pueda ser detectado con el control genérico que le corresponde al empresario luego de cumplir con el estandar de seguridad normativamente previsto, permite ubicar ese comportamiento imprudente del trabajador *fuera de la competencia del empresario*. Pero si el empresario conoce o le es cognoscible esa conducta descuidada del trabajador, sí es competente por la evitación del resultado lesivo en el que pudiera desembocar ese riesgo introducido por su subordinado (esto es consecuencia de que su esfera de competencia es “continente” de la del trabajador).

Se impone aquí una aclaración: lo relevante no es que el trabajador se autoponga en peligro en el “ámbito geográfico” de la empresa, no se trata simplemente de que el empresario tenga responsabilidad porque el hecho ocurre en su “local” o “establecimiento”, lo que fundamenta el deber de intervención (salvamento) es que la

*actividad* que el trabajador está ejecutando “imprudentemente” *es competencia del empresario* (no delegable), o sea aquel se autoorganiza en el *modo* de hacer algo que pertenece al ámbito de organización del empresario. En ese contexto, si el empresario conoce o es cognoscible por él, la autopuesta en peligro de su subordinado y no interviene, tolera que un sujeto -aunque autorresponsable- desarrolle una actividad que es parte de su esfera de competencia, de un *modo* perjudicial a los bienes jurídicos que como garante de la fuente de riesgo, debe proteger.<sup>1168</sup>

#### **VI.5.d Relevancia del consentimiento del trabajador a las “condiciones inseguras de trabajo”**

Cuando el resultado lesivo es consecuencia de las “condiciones inseguras”, teniendo en cuenta que brindar cierto estandar de seguridad en las medidas materiales y organizativas laborales, recae exclusivamente en cabeza del empresario, sólo cabe considerar la posibilidad de la intervención del trabajador en ese evento, mediante su *consentimiento*. Es decir, lo que se plantea en este supuesto es si el trabajador puede “aceptar” (consentir) las condiciones laborales inseguras -y por lo tanto el riesgo y el eventual resultado lesivo que éstas generan- y si ese consentimiento puede tener efecto exonerante o atenuante de la responsabilidad penal del empresario.

Admitir la relevancia del consentimiento del trabajador a desarrollar su actividad laboral en “condiciones inseguras” (en tanto incumplimiento del empresario de las medidas de seguridad laboral), implica admitir que tiene poder exonerante de la responsabilidad penal del empleador en el caso que éstas generen el resultado de lesión o muerte de aquel.<sup>1169</sup>

---

<sup>1168</sup> En este sentido, resulta relevante traer a colación que nadie es garante como titular de un local, de que las personas que se encuentren dentro, no se inflijan daños entre sí, pues las personas libres conservan su propio ámbito de organización, también en locales ajenos. Justamente en el caso aquí estudiado, no se trata sólo de la “permanencia” en un local ajeno, sino del desarrollo de una *actividad ajena encargada*.

<sup>1169</sup> Se parte aquí de que la eficacia del consentimiento siempre se despliega en el nivel de la tipicidad objetiva. Ello se deduce de la concepción mantenida acerca de los bienes jurídicos individuales (tanto disponibles como indisponibles) en el sentido de entender que el verdadero objeto de protección penal es *el dominio autónomo del titular sobre una esfera o ámbito de organización que le corresponde y no la integridad per se de esa esfera*, ya que la protección penal de los bienes individuales sirve primordialmente para garantizar el libre desarrollo de su titular. Por consiguiente, no tiene sentido afirmar que se ha lesionado un bien jurídico individual cuando la intervención en una esfera ajena haya sido determinada por el consentimiento de su titular como expresión de ese libre desarrollo que, teóricamente se pretende garantizar, sino únicamente cuando se produzca la arrogación de un ámbito de organización ajeno, lo cual significa que la intervención se tiene que haber producido contra o sin la voluntad del titular. Sin embargo, un comportamiento que no lesiona el bien jurídico protegido no crea un indicio de su



En efecto, el consentimiento ostenta el significado y el poder jurídico-constitucional de expresar la renuncia absoluta a la protección del Derecho penal, a través de la voluntad del titular de un determinado bien jurídico, dentro de su respectiva esfera de disponibilidad legítima, lo que implica un *cambio conceptual básico de dicho bien a la condición de objeto del hecho*.<sup>1170</sup>

Sobre el punto, se ha sostenido que la vida del trabajador es indisponible, como la de cualquier persona (ya que el art. 15 CE proclama el derecho a la vida) y es, además, una proyección de la dignidad de la persona y en este caso del trabajador (reconocida en el art. 10 CE). También es indisponible la salud del trabajador porque, de lo contrario, se atentaría a la dignidad de la persona, y del trabajador. La dignidad de la persona también se extiende a su trabajo, pues al ser una actividad humana, expresión de la persona, participa de esa cualidad. Toda persona tiene derecho a un trabajo digno a través del cual pueda realizarse como persona, sin que se ponga en peligro o se lesione su integridad física o salud. La dignidad de la persona es indisponible y sirve de límite al derecho a la salud y al derecho a la integridad física, pues aquella es el fundamento del orden constitucional.<sup>1171</sup>

Además, aun cuando se trata de bienes jurídicos individuales (vida y salud) puede hablarse en este caso de un interés del colectivo de trabajadores en que se protejan dichos bienes jurídicos, ya que todos están expuestos a tales riesgos en el desarrollo de su actividad laboral. En el reconocimiento del derecho del trabajador a trabajar sin riesgos para su vida y salud, no se desconoce ese interés colectivo y la desigualdad de las partes, propia de la relación de trabajo, de modo que se impulsa la protección especial de la parte más débil que compense aquella desigualdad y atienda a la comunidad de intereses y que, a la postre, condiciona la eficacia del consentimiento.<sup>1172</sup>

El hecho de que el trabajador acepte laborar en condiciones de riesgo no permitido, no puede considerarse *per se* como una conducta imprudente de su parte. En efecto, el

---

antijuridicidad ya que consta la no realización del injusto típico y, por lo tanto, su no punibilidad debe ser determinada ya en el nivel de la tipicidad (DE LA GANDARA VALLEJO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, Madrid, 1995, p.133.).

<sup>1170</sup> VITAL de ALMEIDA, R, *El consentimiento y su relevancia para la teoría jurídica del delito*, Granada, 2006, pp. 159/60.

<sup>1171</sup> AGUADO LÓPEZ, *El delito contra la seguridad...*, pp. 135/7.

<sup>1172</sup> En este sentido también se ha señalado, aunque en el marco del art. 316 CP, que no es sólo que el consentimiento de uno de los trabajadores sea ineficaz, sino que también lo sería el otorgado por todo el colectivo de trabajadores, porque esa protección intensificada se traduce en la indisponibilidad de los derechos reconocidos por las disposiciones legales de derecho necesario (art. 3 ET) y por lo tanto en la irrenunciabilidad del derecho a la protección eficaz de la seguridad y salud reconocido a los trabajadores (art. 2.2, 17 y 29.3 LPRL) (MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción*, pp.371 y ss.).

trabajador es competente por el desempeño prudente de su labor, pero no lo es por la disposición de las precauciones no establecidas, ni está obligado a resistirse a las instrucciones de trabajar cuando aquéllas falten. No puede aceptarse que el trabajador consiente en el riesgo y que a quien consiente no se le daña (*volenti non fit iniuria*), porque el trabajador no es un “*volens*”: el argumento de la autorresponsabilidad no puede entenderse en un sentido puramente psicológico, sino en uno normativo. Consentir en Derecho no es un acto espiritual, sino negocial, en el sentido de intersubjetivo: alguien consiente en un daño porque realiza un acto de disposición y concede permiso a otro para que acceda a su esfera. Pero al trabajador el Derecho no le reconoce capacidad de disponer las medidas de seguridad laboral, por lo que no cabe hablar de consentimiento.<sup>1173</sup>

Más allá de estos argumentos y partiendo de que el consentimiento es una manifestación de autonomía, en la exégesis aquí propuesta lo que habilita la competencia de decisión del trabajador sobre de la protección de sus bienes jurídicos expuestos al riesgo laboral (su esfera de autorresponsabilidad sobre su vida y salud) es justamente *tener a disposición los medios de seguridad impuestos normativamente*. En tanto ello no

---

<sup>1173</sup> Por eso no cabe hablar de una “autopuesta en peligro” de un trabajador que “acepta” el riesgo de una obra ilegalmente peligrosa como la de la citada SAP Barcelona del 2/9/2003 (DOPICO-GÓMEZ ALLER, *Derecho penal de la construcción*, pp. 563 y ss.). Este autor señala que no es aceptable la argumentación de dicha sentencia (Pte. Martín García), que apela a “*un principio de la victimodogmática, el de autorresponsabilidad conforme al cual el sistema penal no puede otorgar protección a quien no se protege a sí mismo*” en relación con un delito de lesiones que deja tetrapléjico a un trabajador. En ese fallo tan cuestionado, la Audiencia Provincial de Barcelona, absolvió del delito de lesiones imprudentes al empresario y al arquitecto de una obra, en la que no se encontraba ninguna medida de seguridad de cerramiento del hueco de una fachada, desde donde cayó al vacío un operario. El tribunal no niega la conducta negligente de los acusados, por no haber proporcionado al trabajador las adecuadas y debidas medidas de seguridad, pero estima que éste último, al aceptar trabajar en esas condiciones, realizó una conducta “clamorosamente imprudente”, por lo que debe ser considerado el único responsable de las lesiones que sufrió. El empresario omitió las más elementales medidas de seguridad, pero ante su ausencia el obrero debió adoptar las medidas necesarias para evitar el accidente, teniendo en cuenta la situación real. Se consideró que la imprudencia del trabajador interrumpió el nexo de imputación del riesgo creado por el empresario, ya que la infracción del deber de cuidado del operario fue mayor que la de éste y fue el obrero quien determinó en exclusiva la forma y circunstancias de su realización, determinando en última instancia el accidente. En la sentencia criticada se reconoce que tanto el empresario como el trabajador infringieron normas de cuidado, pero la razón para imputar al comportamiento del obrero la creación del riesgo que se concretó en el resultado, radica en la consideración de que el resultado *era más previsible para él que para el empresario (Ibidem.)*. Este fallo ha merecido muchas críticas de la doctrina española, y se aparta de una jurisprudencia unánime del Tribunal Supremo, que siempre ha mantenido que “*no puede ser excusa para no condenar al empresario imprudente la evidente existencia de un descuido de la víctima en la realización de su trabajo*” (ver CASTIÑEIRA PALOU, LLOBET ANGLÍ y MONTANER FERNÁNDEZ, *Accidentes de trabajo, medidas de seguridad y concurrencia de culpas: criterios jurisprudenciales*, *Indret*, 1/2005).

sucedan, el trabajador no puede decidir *ex ante* de esa condición “habilitante” y por lo tanto tampoco consentir. Brindar las condiciones de seguridad en el contexto laboral es algo que depende exclusivamente del único organizador de la actividad propia del proceso productivo (empresario). De acuerdo a la diferenciación aquí planteada de los dos niveles de organización en el ámbito laboral, está claro que el trabajador no tiene injerencia en el nivel de organización del proceso productivo -exclusivo del empresario y no delegable- y a ese nivel pertenece la disposición del estándar normativo de seguridad.

#### **VI.5.e. Autopuesta en peligro del trabajador: ámbitos “concéntricos” de organización.**

Cuando se habla de imputación a la víctima, es de los supuestos en los que la razón de la atipicidad de la conducta del tercero está precisamente, en la atribución de lo sucedido al ámbito de responsabilidad de la víctima, es decir, aquellos casos en los que la exoneración del autor proviene específicamente del carácter responsable de aquella.<sup>1174</sup>

El núcleo de la idea de “auto-responsabilidad” queda delineado de este modo:

- a. a todo ciudadano corresponde un ámbito de organización propia de su ámbito vital,
- b. en principio, también corresponde a quien es titular de tal ámbito de autoorganización la responsabilidad por los daños que puedan derivar de esa organización propia. De este modo, resulta que en el término “autorresponsabilidad” se funden ambas perspectivas: la “autonomía” y la “responsabilidad” derivada de ésta.<sup>1175</sup>

Ahora bien, ¿cuándo el trabajador es autorresponsable por el resultado lesivo producido?

Sin duda será el reconocimiento de autonomía de organización en el trabajador (en los términos aquí expuestos), lo que nos permite hablar de autorresponsabilidad.

En el esquema desarrollado por CANCIO MELIÁ, cuando el titular de un bien jurídico (víctima) emprende conjuntamente con otro (autor) una actividad que puede producir una lesión de ese bien jurídico, la actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima, en la medida en que:

---

<sup>1174</sup> CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 283.

<sup>1175</sup> *Ibidem.*, p. 277.

- a. la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima
- b. la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor, por carecer ésta de la responsabilidad o de la base cognitiva necesarias para poder ser considerada (auto-)responsable
- c. el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima.<sup>1176</sup>

De acuerdo con ese razonamiento, se analizará en qué situación se configuran estos tres requisitos, en el ámbito de los riesgos laborales:

Respecto del primer punto cabe aclarar que “el ámbito de lo organizado” no debe interpretarse en el sentido de la organización del proceso productivo, sino a un concepto jurídico más elaborado. En efecto, teniendo en cuenta que el empresario es el organizador exclusivo de la actividad laboral -y en ese sentido el trabajador no participa de esa organización-, una mirada superficial llevaría a descartar de plano (y siempre) el primer requisito. Esto es lo que lleva a la doctrina a decir que el trabajador “nunca se autoorganiza en el trabajo.”

Sin embargo, como señalamos antes, se pueden hacer las siguientes precisiones: aun cuando los trabajadores subordinados al poder empresarial, están inmersos en esa organización, no son simples “factores del proceso productivo” organizado por el empresario, sino *individuos* y como tales tienen asignado jurídicamente un ámbito de competencia propio -referido a su vida y salud-, *en tanto titulares de dichos bienes jurídicos*. Es decir, el trabajador es quien, en el marco de una organización ajena, interactúa directamente con el riesgo, bajo los parámetros del empresario (como organizador), *exponiendo su vida y salud*.

Entonces este primer requisito relativo a que la actividad permanezca en la “organización conjunta” de autor y víctima, debe interpretarse, según lo desarrollado anteriormente, en el sentido de que haya una *correcta delegación de la competencia originaria del empresario sobre la indemnidad de los bienes jurídicos del trabajador* (junto al encargo de la tarea laboral específica) y un funcionamiento coordinado durante el desarrollo de la actividad laboral de esta competencia delegada con la esfera de competencia no delegable del empresario (organización del proceso productivo).

---

<sup>1176</sup> *Conducta de la víctima*, p. 284.

Esas dos esferas de competencia (del empresario y del trabajador) en el marco de la empresa, encuentran su “equilibrio” (o están coordinadas) cuando el trabajador cuenta con todas las herramientas de seguridad normativamente previstas para lograr una adecuada (lo más inocua posible) interacción con el riesgo, *teniendo siempre la posibilidad en sus manos de salvaguardar sus bienes jurídicos expuestos (autonomía del trabajador)*. Es decir, no se trata estrictamente de una “organización conjunta” (debido a las posiciones diferentes que ocupan empresario y trabajador) sino de una *coordinación conjunta de ambas esferas de autonomía, donde la esfera del empresario contiene a la del trabajador*.

Cuando el empresario, como organizador exclusivo del proceso productivo, no le brinda las condiciones seguras laborales (normativamente impuestas) al trabajador, no le delega la competencia sobre la indemnidad de sus bienes jurídicos y le “arrebata” las posibilidades de organización que debe tener el trabajador sobre su vida y salud.

Recapitulando, no hay en el ámbito de la seguridad laboral una “organización conjunta” ni tampoco una independencia de las competencias de empresario y trabajador. En este particular contexto, cabe distinguir dos *niveles diferentes de organización* (del proceso productivo por un lado, y de la seguridad de los bienes jurídicos, por otro) que generan la configuración de dos esferas de competencia vinculadas de un modo especial: una esfera “contextual o continente” del empresario y una esfera “contenida” del trabajador (interdependientes). En otras palabras, “la víctima se autoorganiza en el ámbito de organización del autor”, generándose de ese modo dos *ámbitos concéntricos de organización*.

Creo que las características particulares del contexto laboral, representan una categoría que escapa a las formulaciones generales de la teoría de la imputación objetiva: no se trata ni de una organización conjunta de autor y víctima ni de una imputación al ámbito de ésta “liso y llano”, sino de una situación “intermedia”, donde la organización del autor es más amplia (de contexto) y puede contener a la de la víctima, que es más específica, *pero determinada por especiales condiciones de organización de la esfera del autor*. Es así que, además de existir ámbitos de organización paralelos (independientes) y organizaciones conjuntas, es preciso considerar una tercera categoría, como la que aquí -seguridad en el trabajo-, se ha puesto de manifiesto exigiendo “carta de ciudadanía”: los *ámbitos de organización concéntricos* (parcialmente o *condicionadamente* independientes).

Bajo tales parámetros, lo relevante a los fines del primer requisito del esquema expuesto, es que el trabajador cuente con los elementos necesarios para autoorganizarse

en su esfera de competencia en tanto titular de los bienes jurídicos que se exponen al riesgo laboral.

Este razonamiento nos conduce al segundo requisito. En efecto, no sólo basta con que el empresario brinde las medidas de seguridad materiales y organizativas, sino que es fundamental que *informe* al trabajador no sólo respecto del significado del riesgo, sino también transmitiendo una adecuada valoración de éste (deber de información amplio). Ambos aspectos son fundamentales para que el trabajador perciba e interprete correctamente el riesgo y pueda asociar las medidas de prevención previstas y provistas para su concreta actividad laboral, con ese riesgo.

Cuando el empresario incumple ese deber, induciendo a error -o no evitándolo- manipula (instrumentaliza) al trabajador.

Es así que el ámbito de competencia del trabajador -relativo a su vida/salud- como se explicó antes, está *integrado* en el del empresario -empresa-. En la interacción del trabajador con el riesgo se ponen de manifiesto sus dos aspectos: como dependiente o subordinado y como titular (autónomo) de los bienes jurídicos que están expuestos a ese riesgo. Estas dos fases o aspectos están entrelazados: el trabajador sólo ejerce su soberanía y actúa como titular autónomo, si como dependiente (de la organización ajena) se le “habilita” para ello, es decir se le provee del *fondo de conocimientos* necesario para asociar el riesgo con las medidas de seguridad correspondientes (previstas y provistas). Si falta alguno de estos requisitos, no se habilita al trabajador en tanto titular que puede autoorganizarse respecto de su vida y salud- porque se le arrebatada su soberanía, y la organización de ese supuesto tramo de libertad -vida/salud- pasa a ser asunto del empresario.

Con la infracción del deber de información así entendido (amplio),<sup>1177</sup> el empresario usurpa al trabajador la “soberanía” sobre su ámbito de competencia sin que éste lo perciba. Esta manipulación de la información sobre el riesgo hace que “aparentemente” sea el trabajador quien ejecuta el “acto inseguro o imprudente”, sin embargo éste es manipulado por el empresario mediante la generación o no evitación del error (sobre la percepción o valoración del riesgo). De este modo, el empresario introduce factores de distorsión que afectan *al sí y al cómo* de la conducta (soberana) del trabajador.

---

<sup>1177</sup> Ese deber se incumple o infringe, no dando información sobre el riesgo, pero también no evitando que el trabajador incurra en error sobre el significado o interpretación del riesgo o se mantenga en él -esto se relaciona con el deber de vigilancia genérico-.

Para que el trabajador realice un acto de organización es necesaria la libertad de formación de la voluntad y para ello necesita disponer de un determinado “fondo de conocimientos”, pues sólo de ese modo puede ejercer su poder o soberanía (en este caso respecto de su vida y salud).

El “fondo de conocimientos” y las medidas de seguridad marcan el límite entre la posibilidad de autoorganización o no; si el trabajador cuenta con esos elementos puede autoorganizarse, y aquí entra en escena el principio de autorresponsabilidad (y los deberes de autoprotección)<sup>1178</sup>: si en esas condiciones (teniendo correcta percepción y dimensión del riesgo que le permita asociarlo con las medidas de seguridad previstas y provistas) decide interactuar con el riesgo de *otro modo* (no inocuo), el resultado lesivo será imputable a su ámbito de responsabilidad, porque en esos casos *la protección de sus bienes jurídicos sólo depende de sí mismo*.<sup>1179</sup> Estos son los parámetros para definir a la *imprudencia temeraria* del trabajador.

Finalmente, en cuanto al tercer requisito del esquema expuesto, es necesario destacar que si bien el empresario, en tanto organizador de la actividad peligrosa, tiene la posición de garante respecto de ese foco de riesgo (contracara de la protección de los bienes jurídicos de sus dependientes), ese deber no es ilimitado y se cumple cuando brinda las condiciones seguras de trabajo, del modo aquí indicado. Es decir, no le corresponde proteger los bienes jurídicos del trabajador respecto de *cualquier* riesgo, sino sólo con relación a los inherentes al foco de peligro (normativamente contemplados) que debe controlar: proceso productivo.

En conclusión, el “acto inseguro o imprudente” del trabajador -que afecta su vida y salud- debe tener el *sentido objetivo de organización* en tanto titular de esos bienes jurídicos para exonerar al empresario de responsabilidad penal. Cuando ese acto no es

---

<sup>1178</sup> Art. 29 LPRL. Esos deberes sólo son relevantes bajo las condiciones en las que se habilita la autorresponsabilidad del trabajador.

<sup>1179</sup> Algunos autores hablan de infracción de los deberes de autoprotección del trabajador como referente para hablar de autopuesta en peligro, haciendo referencia al art. 29 LPRL que establece obligaciones de seguridad al trabajador (ver COTILLAS MOYA, *LL Penal*, 2005, pp.80 y ss.) Sobre el punto, CANCIO MELIÁ expresa que en realidad, la víctima no realiza ninguna infracción, puesto que ninguna norma penal tipifica su conducta. No debe perderse de vista que no se trata de formular un reproche al titular del bien. Por el contrario, en el horizonte del sistema de imputación está en todo caso la afirmación o exclusión de la responsabilidad del autor. Entonces, el único contenido que razonablemente puede corresponder a los “deberes de autoprotección” es el de resumir los presupuestos bajo los cuales la interacción entre víctima y autor resulta imputable al ámbito de responsabilidad de la víctima (*Conducta de la víctima*, pp. 301/2) En este sentido, creo que la infracción de los deberes del art. 29 LPRL, sí puede generar consecuencias administrativas.

libre y se lleva a cabo por la víctima en una situación de déficit de libertad y cuando ese déficit de libertad es imputable al empresario, éste responde penalmente de las consecuencias dañosas de ese acto.<sup>1180</sup>

De todo lo desarrollado, se concluye que para que se configure la autopuesta en peligro del trabajador, exonerante de la responsabilidad del empresario (imputación del comportamiento al ámbito de la víctima), éste debe haber cumplido el deber de seguridad *en todos sus aspectos*.

En caso de que, *además* del comportamiento imprudente del trabajador, el empresario ha incumplido algún deber, el supuesto debe analizarse en el marco de la “conurrencia de riesgos.”<sup>1181</sup>

#### **IV.5.f Infracción del *deber de intervención* del empresario ante la autopuesta en peligro del trabajador**

Como se ha desarrollado antes, pueden distinguirse bajo los parámetros delineados, dos esferas de competencias del empresario y trabajador, pero que no son independientes.

En efecto, tenemos por un lado la esfera correspondiente al empresario que es contextual o continente y la atribuible al trabajador, que está contenida en aquella.

Cuando el empresario, en tanto titular de la competencia *contextual* cumple con todos los requisitos antes señalados, habilita la competencia *contenida* del trabajador.

Sin embargo, ni siquiera en ese supuesto (autonomía del trabajador) las competencias se independizan, sino que siguen entrelazadas por el *deber de intervención* (residual) del empresario. Esto es, aun cuando el trabajador esté habilitado como titular de su competencia sobre su vida y salud (sujeto autorresponsable), en el caso en que se autoponga en peligro, el empresario *debe intervenir* (revocando la competencia que le delegó) para evitar el resultado dañoso de lesión o muerte, cuando esta situación le sea

---

<sup>1180</sup> Una particular postura es la de GIMBERNAT ORDEIG, quien señala que el empresario no es un “partícipe sin más” en la autopuesta en peligro del obrero, sino un garante que responde frente a la sociedad de que el foco de peligro que tiene a su cargo -empresa- no va a rebasar el riesgo permitido, provocando consecuencias lesivas a terceros, a cuyos efectos es irrelevante que los terceros se hayan comportado negligentemente. También forma parte de ese control, el correspondiente a la actividad peligrosa de los trabajadores no sólo para sí mismos, sino además, para los otros trabajadores, destacándose la identidad estructural de ambos supuestos: la víctima es otro trabajador, la víctima es el trabajador agente. Se trata de un partícipe-*garante* cuyo foco peligroso ha rebasado el riesgo permitido desde el momento que no cumplió con los preceptos sobre la seguridad de la actividad productiva, de ahí que como tal garante responde penalmente de las consecuencias lesivas que sufrió el operario, aun cuando éste se haya comportado imprudentemente (imprudencia profesional) (Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida, *Estudios Penales en recuerdo del Profesor RUIZ ANTÓN*, Barcelona, 2003, pp. 341/ 358.

<sup>1181</sup> Este tema se abordará más adelante.



*conocida o cognoscible*. Si bajo tales condiciones, el empresario omite intervenir y se produce el resultado lesivo, éste debe serle imputado. Sin embargo, debe tenerse en cuenta también la intervención de la víctima en el hecho. En otros términos, hay una “responsabilidad compartida” de ambos y ello es la consecuencia de la especial vinculación (contextual y contenida) de las dos esferas de competencia perteneciente a cada uno -que nunca se independizan-.

Este supuesto se resuelve *como* una concurrencia de riesgos (que se tratará en el siguiente apartado) porque en definitiva, hay aquí una infracción de un deber por parte del empresario (además de una intervención imprudente de la víctima) que no es el de brindar las condiciones seguras o el de vigilancia, sino el deber de intervención que constituye un deber residual que el empresario sigue teniendo luego de delegar eficazmente la competencia al trabajador sobre la indemnidad de su vida y salud, y que debe ejercer en caso de que el “delegado” cumpla su función defectuosamente (en tanto titular de sus bienes jurídicos expuestos al riesgo laboral). No obstante, no se trata estrictamente de una concurrencia de riesgos (según aquí se la define). Ello por cuanto, los casos tratados -seguidamente- como de “riesgos concurrentes”, hacen referencia a la intervención imprudente del trabajador *simultánea o posterior* a la infracción del deber de cuidado del empresario. Las implicancias del momento en el que se produce el aporte inseguro de la víctima, se analizarán en el próximo apartado.

Nótese que, por el contrario, en este caso, el comportamiento descuidado del trabajador es temporalmente *anterior* al incumplimiento del deber (intervención) del empresario.

El hecho de que la infracción del deber del empresario sea posterior, es justamente lo que permite que la autopuesta en peligro se configure. En efecto, cuando se produce el acto inseguro del trabajador, éste tiene *autonomía* -se halla habilitada su esfera de competencia sobre sus bienes salud y vida-, ya que hasta ese momento el empresario había cumplido con el estandar de seguridad normativo. Esta circunstancia marca la diferencia con la situación correspondiente a la concurrencia de riesgos, donde el aporte imprudente del trabajador se produce fuera del marco de su autorresponsabilidad -en los términos en que aquí se la ha delimitado-.

Recordemos que el cumplimiento del estandar de seguridad, aún cuando habilita la autonomía del trabajador, no libera al empresario del control que aquí hemos denominado “supervisión genérica”, que representa una *derogación parcial* de la autorresponsabilidad del dependiente. Ello es así porque, el empresario como

“organizador del ámbito continente”, debe supervisar el funcionamiento del “ámbito contenido”; aunque puedan distinguirse conceptualmente, no son dos esferas de competencia independientes: la del trabajador (aunque autorresponsable) *funciona dentro* de la del empresario. Es esa la explicación del *deber de vigilancia*, que constituye un “engarce” entre los dos niveles de organización, y le corresponde al empresario, quien como organizador del ámbito de competencia más amplio (proceso productivo) debe tener una perspectiva panorámica de la esfera “contenida” (trabajador).

Si, en el marco de la ejecución adecuada de dicho control, la autopuesta en peligro del trabajador no es conocida o cognoscible, el empresario no responde por el resultado lesivo, pero el fundamento de ello no radica en la independencia de ambas esferas de responsabilidad, sino en que la del empresario se halla *inhibida*, porque la falta de conocimiento o cognoscibilidad no permite la habilitación del deber de intervención.

1182

## **VI.6 Concurrencia de riesgos introducidos por el empresario y por el trabajador**

### **VI.6.a Consideraciones previas**

La teoría de la imputación objetiva constituye sin duda el esquema de razonamiento adecuado para abordar la problemática aquí planteada, debido a su capacidad para deslindar responsabilidades, en la medida en que no trata sólo acerca de cuándo una conducta perturba socialmente o es normal, sino también de la cuestión acerca de la imputación objetiva del resultado, esto es, de la decisión de cuándo la producción de un resultado típico obedece a una conducta no permitida y cuándo es consecuencia de un riesgo diferente. Esta segunda fase permite, en la concurrencia de riesgos, determinar en qué medida se concreta cada uno de ellos en el desenlace dañoso.

De acuerdo a estos dos aspectos, el análisis de la conducta debe llevarse a cabo en dos etapas que se traducen en el primer y segundo juicio de imputación.

Ahora bien, como primer paso es fundamental distinguir de qué manera influye la imprudencia de la víctima-trabajador en cada uno de esos niveles de análisis.

---

<sup>1182</sup> Al igual que en el caso de la delegación “clásica” (de gestión, a otro directivo), el empresario que incumple el deber de intervención cuando es conocida o cognoscible la autopuesta en peligro, responde como partícipe por omisión en la lesión u homicidio del trabajador, consecuencia de ésta.

Ello por cuanto, si bien la concurrencia de un riesgo relevante atribuible a la acción de la víctima sin duda puede influir en el examen de la conducta del autor, lo hará en diferentes niveles -determinación del deber de cuidado, gravedad del injusto e imputación del resultado- dependiendo de cuándo se produce el comportamiento de quien, a la postre, resulta lesionado.

Prescindir de esta distinción previa sólo puede conducir a un examen superficial de la cuestión, toda vez que ese dato “temporal” resulta fundamental para poder ubicar el problema, ya sea en el primer juicio de imputación o en el segundo, contextos en los que las soluciones difieren notablemente.

Desde esta óptica, debe distinguirse por un lado la eventual imprudencia del trabajador “en abstracto”, fundamento material de deberes de cuidado del empresario, en el sentido de que éste ha de adoptar medidas necesarias para evitar y anular esas imprudencias (primer juicio de imputación), del caso en que la conducta descuidada de la víctima ya no es un mero *motivo de surgimiento* del deber de cuidado o parámetro “abstracto” que el empleador debe considerar, sino un *hecho concreto*. En esta segunda hipótesis, la víctima “se involucra” de modo real en el proceso de riesgo originado o elevado en forma contraria al deber de cuidado por el empresario y que culmina con el resultado dañoso de lesiones o muerte del trabajador, configurando de ese modo, casos de “concurrencia de riesgos” en los que sólo la presencia conjunta de ambas acciones “imprudentes” -autor y víctima- conduce a la lesión. El análisis de la vinculación entre ambos riesgos, determinará si el resultado debe serle imputado sólo al empleador (el riesgo introducido por el trabajador es inherente al de aquél), sólo al trabajador (autopuesta en peligro imputable a la víctima, riesgo independiente) o a ambos. La intervención “fáctica” del trabajador-víctima puede producirse en dos momentos diferentes de ese proceso de riesgo: *durante* o *después* de realizada la conducta típica del autor (empresario).

La distinción de estas dos categorías conceptuales (imprudencia de la víctima como parámetro en la determinación del deber de cuidado y como conducta efectivamente realizada) no implica que estén desvinculadas, ya que al analizarse los casos de concurrencia de riesgos -segunda categoría-, deberá tenerse en cuenta la primera en la valoración del riesgo introducido por la conducta del empresario, es decir, si se trató de un riesgo prohibido o no y si se concretó o no en el resultado.

## VI.6.b Esquema propuesto

### 1) Primer juicio de imputación

#### a. Introducción:

Consiste en una valoración sobre el carácter prohibido o permitido de la acción. Este juicio es el presupuesto de la imputación objetiva y en él se comprueba la existencia o no de una realización típica. O sea la pregunta a responder aquí es si la conducta ha creado un riesgo “penalmente relevante.”

Tratándose de un delito imprudente debemos comenzar por la determinación del deber de cuidado. El proceso para determinarlo se divide a su vez en dos fases: en la primera se buscan las reglas generales de cuidado -reglas técnicas- que debe observar el autor: una medida general de cuidado. En la segunda fase, debemos establecer cuál es la conducta necesaria en el caso concreto, atendiendo a sus particulares circunstancias.<sup>1183</sup>

Trasladando estas consideraciones generales al ámbito de las relaciones laborales, el empleador debe tomar en cuenta la conducta descuidada de la víctima -trabajador- siempre que ésta fuese *previsible*. Este límite se ha de buscar en la medida del deber subjetivo de cuidado. El empresario sólo deberá tomar en consideración aquellos riesgos que tenía “el deber de conocer”, o sea los riesgos procedentes de la conducta de la víctima que eran cognoscibles *ex ante* por el autor.

Aquí deben tenerse en cuenta normas extrapenales que fijan un “piso” para el riesgo permitido,<sup>1184</sup> pero también las circunstancias que rodean la situación concreta no sólo

---

<sup>1183</sup> Además, en el deber de cuidado puede distinguirse un “cuidado externo” que a su vez, depende de un “cuidado interno” -o deber subjetivo de cuidado-, puesto que si no era cognoscible para el autor el carácter de peligroso de la conducta, el deber de cuidado externo no surge. Lo “cognoscible” para el autor es “lo perceptible para el espectador objetivo situado en el lugar con todas las circunstancias cognoscibles mediante la experiencia.” Es decir, debe valorarse el cuidado necesario en la situación concreta del autor. Esto depende en los sectores reglados -como el ámbito laboral-, de las normas de seguridad administrativas que lo fundamentan en abstracto y con carácter general, pero necesita además de la delimitación del ámbito del riesgo permitido en cada supuesto (CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp.73/93, 207/44 y 329).

<sup>1184</sup> Ha de tenerse en cuenta la profusión normativa que incide en este ámbito, de rango legal y reglamentario. Incluso se admite que las disposiciones sobre seguridad e higiene en el trabajo contenidas en los convenios colectivos pueden integrar el deber objetivo de cuidado. En todo caso, como se ha resaltado por la doctrina, si bien la reglamentación técnica extrapenal cumple una función indiciaria del contenido del deber de cuidado y por tanto su violación será también indicio de antijuridicidad penal, el tránsito de esta normativa al Código Penal no puede resultar automático, pues de ser así nunca habría lugar a exigir responsabilidad administrativa. La mera infracción de la norma reglamentaria no es determinante *per se* de imprudencia penalmente relevante. La imprudencia en los delitos de homicidio y lesiones, se afirma atendiendo a criterios generales y no requiere la infracción de concreta normativa en materia de seguridad laboral (TERRADILLOS BASOCO, *CDJ-15, 2005*, pp. 422/3).

en referencia a la tarea laboral específica y las condiciones en que se desarrolla (dimensión del espacio, factores climáticos, etc.), sino también factores asociados a los propios trabajadores (vulnerabilidad física a ciertos riesgos, incapacidades especiales, antecedentes de incumplimientos de órdenes patronales o de normas de seguridad, entre otros.).

En la determinación del riesgo permitido, también debe tenerse en cuenta que en el ámbito laboral el principio de confianza no rige en toda su amplitud, sino que está limitado, conforme a lo explicitado precedentemente.<sup>1185</sup>

Todas estas consideraciones relativas al primer juicio de imputación, se relacionan con la obligación del empresario de proporcionar un cierto estándar de cuidado que remite, en primer lugar, a medidas materiales y organizativas preventivas *ex ante* del desarrollo de la actividad laboral (medidas físicas, señalizaciones, medios de protección individual, disposición de horarios, etc.). Estas medidas deben respetar un diseño adecuado de prevención al peligro propio de cada actividad (esa es la interpretación que aquí se le ha dado a uno de los mandatos del art. 15.4 LPRL, en el sentido de que éstas deben prever la “imprudencia profesional” del trabajador. Si el empleador incumple este mandato, habrá introducido un riesgo no permitido).

Por otra parte y teniendo en cuenta el esquema inicial planteado, en este primer juicio de imputación debemos ubicar además de la relevancia de la conducta imprudente del trabajador “como parámetro” en la determinación del deber de cuidado, también los casos en que la conducta imprudente de la víctima se produce realmente (fácticamente) (“acto imprudente del trabajador”) y se desarrolla *simultáneamente* con la conducta típica del empleador. Estos casos forman parte del primer juicio de imputación por

---

<sup>1185</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, señala que a pesar de esa limitación, no puede decirse que esto se traduzca en la existencia de un “principio de desconfianza general” o que se anule el principio de confianza, como a veces se sostiene. Si bien es cierto que circunstancias como las diferencias de conocimiento y poder de decisión, fundamentan la posición de garante del empresario, ello sólo le obliga a tener un cuidado especial respecto de los trabajadores, pero no a tratarlos como menores de edad, enajenados o incapaces. Si existiera un principio de desconfianza ilimitado, ni siquiera se podría contratar trabajadores para tareas peligrosas (El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal, pp. 37 y ss., disponible en [www.foros.uexternado.edu.co](http://www.foros.uexternado.edu.co)). Esta postura se ve reflejada en la exigencia relativa al empresario, respecto del deber de instrucción. Es decir, no en todo supuesto en que un empleador encarga a un subordinado un trabajo debe necesariamente instruirlo, sino que se excluyen los casos de contratación de trabajadores “especialistas o experimentados en tareas arriesgadas”, es decir cuando el empresario ha seleccionado adecuadamente al trabajador para la tarea arriesgada. El empleador tiene el deber de seleccionar adecuadamente al trabajador para cada puesto de trabajo. La infracción a este deber da lugar a los supuestos de “culpa in eligendo” (ARROYO ZAPATERO, *La protección penal...*, p. 143).

cuanto, teniendo el empleador la posición de garante (deber de seguridad), ante el comportamiento imprudente de la víctima (cognoscible), debe *redefinir* “sobre la marcha” el deber de cuidado indicado en esa situación concreta.

Los casos de concurrencia de riesgos que se producen en este contexto, donde la conducta de ambas partes -empresario y trabajador- están “entrelazadas”, son aquellos en los que el riesgo introducido por el empresario proviene de la violación del *deber de vigilancia*.

Por el contrario (y adelantando lo que se tratará después), en la segunda de hipótesis de la concurrencia de riesgos, esto es, cuando la conducta del trabajador se involucra en el proceso de riesgo *después* de realizada la conducta del empleador, lo hace *fuera de los contextos de la obligación de vigilancia*, es decir cuando la violación del deber de cuidado por parte del empleador *consistió* en no haber facilitado -o no haber facilitado adecuadamente- las medidas de seguridad. Estos casos, deben analizarse en el segundo juicio de imputación (imputación del resultado).

### **b. Casos de imprudencias “simultáneas” de empresario y trabajador:**

Aquí pueden distinguirse dos supuestos:

#### **1. Primer supuesto: Vigilancia genérica**

En principio, el empresario puede confiar en que el trabajador no incurrirá en imprudencia temeraria. O sea, si en el marco de la que hemos llamado “supervisión general”, el empleador no observa irregularidades en el cumplimiento de las medidas de seguridad -ni indicios de éstas-, no habrá violación del deber de cuidado si en ese contexto el trabajador realiza una conducta imprudente (temeraria) porque es *imprevisible* (no cognoscible) y por lo tanto no imputable al empresario (es decir aquí no habrá concurrencia de riesgos, sino un único riesgo e introducido por el trabajador, “autopuesta en peligro” del trabajador ).

Pero si ante la existencia de indicios o irregularidades observadas, el empleador no atiende a éstos (no vigila profundamente), entonces las acciones descuidadas de sus dependientes ya no serán imprevisibles y deberá *impedirlas o neutralizarlas*. Si en este marco se producen realmente esas imprudencias del trabajador (aun cuando fueran temerarias), el riesgo que éstas implican, estará entonces ínsito en el que introdujo el empresario. Aquí tampoco se produce una verdadera concurrencia de riesgos, ya que también habrá un sólo riesgo e introducido por el empleador. Recordemos que como se ha explicado antes, en estos casos, el empresario infringe el deber de intervención

(salvamento) propio de lo que hemos llamado la delegación especial al trabajador, que surge desde que la imprudencia temeraria del trabajador *es cognoscible*.

-Un límite claro del deber de supervisión general del empresario respecto funcionamiento de la obra, está representado por el hecho de que la actividad laboral *se esté llevando a cabo efectivamente*. En caso contrario, no tiene sentido hablar de la obligación del empleador de conocer la “dinámica real del centro de trabajo”. SAP Jaén, 1º, 7/02/08.<sup>1186</sup>

## 2. Segundo supuesto: vigilancia específica

La otra hipótesis se configura cuando el empresario tiene el “deber específico” de vigilar el uso de los equipos de protección individual (impuesto por el art.17.2 LPRL) y no lo hace, creando un riesgo no permitido.

Si en ese contexto, el descuido del trabajador consiste sólo en no usar el equipo, el riesgo así generado estará ínsito en el introducido por el empresario al no vigilar (según la interpretación que aquí se ha dado al art. 17.2 en combinación con el art. 15.4 LPRL) para evitar que el operario menosprecie el riesgo y omita el uso del equipo de seguridad. Pero si por ejemplo, además de no usarlo, el operario está ebrio -y esta circunstancia no es perceptible por el empleador- y en la producción del resultado influyó también que *sumado* a la omisión de uso del equipo, carecía de equilibrio por efecto del alcohol, entonces habrá *dos riesgos diferentes*: el introducido por no usar el medio de seguridad personal (imputable a la falta de vigilancia del empresario) y el introducido por el trabajador (en el ejemplo, la ingesta de alcohol)<sup>1187</sup>. Este último será imputable al trabajador (imprudencia temeraria). Aquí sí habrá una verdadera concurrencia de riesgos. En estos casos de imprudencia temeraria del trabajador, (que *agrega* un riesgo diferente al del empleador) se configura una especie de “autoría accesoria” (si se me

---

<sup>1186</sup> “Primero: Si bien es cierto que en la zona concreta del forjado donde se produjo la caída del trabajador tristemente fallecido carecía de redes y barandillas, también lo es según manifestaron los trabajadores que depusieron como testigos en el plenario, que en el resto del forjado sí había puestas redes de protección y que los mismos disponían de cascos, guantes y cinturones de seguridad...debiendo tenerse en cuenta que precisamente en la zona donde se produjo la caída, no se estaba trabajando por lo que carecía de redes y así lo declararon los distintos trabajadores, ya que los encofradores habían terminado su jornada de trabajo a mediodía, así como tampoco ha resultado probado, que dicho trabajador hubiera recibido encargo de trabajo en esa zona de trabajo...por lo que en definitiva no se ha acreditado qué hacía en esa zona el trabajador, a quien le fue extraída sangre.. y la analítica practicada arrojó una tasa de 2,85 gramos de alcohol por litro de sangre, cuyo dato tampoco ha sido probado que fuese conocido por los acusados y que pese a ello le permitieron trabajar”. Se concluye que fue culpa exclusiva de la víctima y se excluye de responsabilidad penal al representante legal de la empresa.

<sup>1187</sup> Ese es un riesgo que escapa al deber de formación e información que tiene el empresario y no puede decirse por lo tanto que configure una imprudencia profesional.

permite la expresión), ya que en el deber de vigilar específico (art 17.2 LPRL) opera el límite del art. 15.4 LPRL (según se analizó). Por lo tanto, a esa infracción del empresario sólo le será inherente el riesgo introducido por el no uso del equipo, pero no por una imprudencia temeraria.

Hay que distinguir del supuesto anterior, cuando en el marco descripto (deber de vigilancia específico), el operario contraviene una orden expresa y se sustrae intencionalmente al deber de vigilancia del empleador o sus delegados (aprovechando su ausencia momentánea): en ese caso también habrá imprudencia del trabajador, pero no concurrencia de riesgos. Esto tiene que ver con los límites del deber de vigilancia específico, que no es absoluto ni puede ser “constante”.

La jurisprudencia nos ofrece los siguientes casos:

-SAP Tenerife 2º, 31/10/2010. Se absuelve al empleador por un accidente acaecido en una obra que conforme a la Inspección de Trabajo, por sus características - revestimiento- y número de trabajadores (dos) no precisaba plan de seguridad ni coordinador de seguridad y salud. El accidentado, cuando recibe el material de protección individual, pide un doble cable para el “traster”, a lo que accede el encargado, que va por él indicándole al trabajador que espere mientras se lo facilitan, lo que el trabajador no hace, resultando accidentado, concluyéndose que *“el deber de vigilancia no puede descender a esos detalles”*.

-Por otra parte, en la SAP Santa Cruz de Tenerife, 2º, 13/6/2003, puede observarse una doble infracción: por un lado el deber específico de velar por el uso de los equipos de protección individual si la tarea específica encuadraba en los extremos requeridos por el art. 17.2 LPRL. Pero por otro lado, no puede soslayarse que también corresponde al empleador controlar la efectividad de las medidas estáticas de seguridad (andamio) aun en el caso en que su instalación esté delegada en los obreros. En este razonamiento, de cumplirse adecuadamente el deber de supervisión genérico por el empresario, sin duda se hubiera percatado de los defectos de la instalación del andamio. De este modo, cabe concluir que en el caso hubo un incumplimiento en la facilitación de medios “adecuados” o “idóneos”, esto es, correctamente instalados.<sup>1188</sup>

---

<sup>1188</sup> Según surge de esa sentencia: En una obra en construcción, trabajo en altura, cae un obrero y muere. Era un andamio marino con barandillas que se habían sujetado a la pared. La víctima no hizo uso del caso y cinturón que “se encontraban disponibles en la obra y cuya disponibilidad de uso había sido informado por el empresario.” Cuando portaba losas de granito de 43 kg, el andamio cedió hacia fuera, cayendo el operario. El tribunal absuelve al empresario con estos argumentos: “no hay dudas sobre la información que el acusado ofreció acerca de la obligatoriedad de las medidas de seguridad, lo cual debe ponerse en relación con el propio criterio de los trabajadores y la imposibilidad real de un seguimiento continuado de los mismos y del cumplimiento de tales medidas a lo largo de la realización de la obra”... “Resulta imposible achacar la más mínima responsabilidad en el desgraciado accidente al empresario teniendo en cuenta que el andamio fue colocado por el propio fallecido y que un cúmulo de circunstancias ajenas en todo caso al acusado, condujo a muerte del trabajador”. Ello sugiere que los trabajadores son autónomos en la realización de sus tareas y en la decisión sobre la forma de ejecutarlas. Por ello bastaba al empleador informar que los medios de seguridad individuales estaban disponibles, no cerciorarse de su uso ni controlar el montaje de los andamios (mencionada por SÁEZ VALCÁRCEL, *CDJ-15, 2005*, p. 41).



Se impone aclarar que si la necesidad de usar el equipo de protección individual es debido a que el empresario no ha cumplido con las medidas de seguridad colectivas, entonces la violación del deber de cuidado por no vigilar esa situación (velar por su uso), *abarcará también la imprudencia temeraria del dependiente*, ya que en ese caso, según se ha explicado antes, no rige el límite del 15.4 LPRL (deber de salvamento).<sup>1189</sup>

Es decir, aquí también se descarta una concurrencia de riesgos.

En esta hipótesis, cabe traer a colación la siguiente sentencia:

-SAP Huesca, Penal, 11/1/2001 (Ar. 135; MP: Antonio Angós Ullate): un obrero cayó al vacío desde la obra en la que trabajaba, sufriendo como consecuencia, lesiones. En dicha obra, no había andamio, ni plataforma, ni red que pudieran impedir la caída del obrero, ni tampoco existían las protecciones colectivas y personales previstas en el plan de seguridad y salud. Parece que en la caseta había cinturones de seguridad pero el encargado no controlaba su uso. Por tanto, el empresario había incumplido prácticamente todas las medidas de seguridad. En cuanto a los cinturones de seguridad, cuyo uso podría haber impedido la caída, se dice que estaban en la caseta pero se da a entender que el empresario no había impartido las instrucciones pertinentes a los trabajadores. Si los trabajadores están informados acerca de la existencia y situaciones en que deben usar los cinturones de seguridad, el empresario no tiene porqué controlar constantemente si los usan, pero esto no es lo que sucede en este caso: aquí ni siquiera se “habían impartido de forma expresa las instrucciones pertinentes”. Creo que en ese caso en particular no hubiera bastado que el empleador impartiera las instrucciones pertinentes, sino que representa el “caso extremo” del deber específico de vigilar (ausencia de medidas generales de seguridad), según lo desarrollado antes (deber de salvamento).

Recapitulando: el primer juicio de imputación tiene por finalidad determinar el carácter de injusto típico de la conducta del empresario, es un juicio sobre la infracción a la norma de cuidado. Este es el fundamento de la creación de un riesgo típicamente relevante. Esa infracción puede cometerse en primer lugar, no previendo la conducta imprudente no temeraria del trabajador (como “parámetro”) en el establecimiento de las medidas materiales y organizativas de seguridad (no respetando el mandato del art.15.4 LPRL), en segundo término, en el marco del deber de vigilancia genérico (cuando no se neutralizan las imprudencias del trabajador cognoscibles) y finalmente, en el marco del deber específico de vigilancia (art17.2 y 15.4 LPRL) cuando no se vela por el uso de los medios de protección personales.

Lo necesario aquí es que *el riesgo de lesión generado sea consecuencia de esas infracciones al deber de cuidado*.

El *presupuesto* de la imputación es la creación del riesgo típicamente relevante, y el *fundamento* de ese presupuesto es la infracción de la norma de cuidado.<sup>1190</sup>

---

<sup>1189</sup> Ver lo expresado al tratar los límites del deber de vigilancia.

<sup>1190</sup> CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, p. 73 y ss.

Esta primera etapa culmina con la atribución al empresario del *comportamiento típico* (imprudente).

## 2) Segundo juicio de imputación

En los delitos de resultado, una vez verificado el carácter típico de la conducta del sujeto debe comprobarse si éste, conectado causalmente a esa acción, puede reconducirse normativamente a ella, es decir, si también el resultado es *típico*.

Este juicio de imputación -a diferencia del anterior- es esencialmente *ex post*, ya que sólo puede realizarse una vez producido el resultado y conocidas todas las circunstancias que han contribuido a su efectiva realización. Se trata en definitiva, de probar que la clase de riesgo que se ha calificado como típico en el primer juicio de imputación, es el que se ha realizado en el resultado.

En este segundo nivel, a diferencia del primero -que es objetivo y subjetivo- los criterios de imputación valoran aspectos puramente objetivos que condicionan la existencia de la “relación de riesgo”. Esta relación de riesgo entre la conducta y el resultado no es de naturaleza causal sino normativa, por lo que su prueba se realizará con base en criterios normativos. Además, no es un juicio doble -valorativo y teleológico- (como el primero) sino sólo teleológico, dirigido a determinar la probabilidad de la lesión que es “objetivamente reconocida” como consecuencia del riesgo.<sup>1191</sup>

Esto quiere decir que al riesgo delimitado en este segundo nivel de análisis, en tanto y en cuanto esté comprendido en el riesgo típicamente relevante, se le puede imputar el resultado. La relación se establece entre ese riesgo valorado *ex post* -con la limitación de la perspectiva *ex ante*- y el resultado producido. Expresado de alguna manera este doble requisito, para poder imputar la lesión al autor, ésta debe ser probable (desde una perspectiva *ex post*) pero también previsible (según la limitación de la perspectiva *ex ante*). Para imputar el resultado también es necesario que el riesgo que se ha realizado en éste sea uno de los que el deber objetivo de cuidado trataba de evitar. Es decir, este juicio se dirige a determinar la probabilidad de lesión que es “objetivamente reconocida” como consecuencia del riesgo y sin ampliar el ámbito del riesgo atribuible

---

<sup>1191</sup> CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, p.73 y ss.

al autor en el primer nivel, ya que este segundo nivel no es *constitutivo del injusto*, sino propio del juicio de imputación objetiva *stricto sensu*.<sup>1192</sup>

Para responder a la pregunta planteada en este segundo juicio de imputación, se debe determinar si el riesgo introducido por el trabajador está *incluido* en el riesgo generado por el empresario o, de lo contrario, si el aporte de aquél produce una *interrupción del nexo de imputación* por haberse realizado en el resultado un riesgo *diferente* al generado por el comportamiento típico del empresario.

Cabe recordar que debe ubicarse el problema no en la relación causal, sino en la relación de riesgo -normativa-. En este sentido, el criterio esencial en el juicio *ex post*, que descarta la independencia de los riesgos, está asociado a la *previsibilidad ex ante* (cognoscibilidad) del riesgo inherente a la conducta imprudente del trabajador por parte del empleador.<sup>1193</sup>

Bajo tales parámetros, para determinar qué riesgo se concretó en el resultado, debemos “traer a colación” todos los riesgos detectados al efectuar el primer juicio de imputación (producidos simultáneamente con la conducta del empleador) e incluir también los riesgos introducidos por el trabajador después de realizada la conducta de aquel. De la *relación* entre estos riesgos, se concluirá si en el resultado lesivo se concreta sólo el riesgo típico (atribuido al empresario), sólo el introducido por el trabajador o si ambos concurren.

Teniendo en cuenta el esquema aquí propuesto, y partiendo del comportamiento típico (infracción del deber de cuidado) del empleador, tendremos las siguientes hipótesis:

1. Conducta imprudente del trabajador posterior a la conducta típica del empresario:

Este supuesto se configura cuando el empleador no cumple con el *estándar* de cuidado debido y no facilita o no facilita adecuadamente las medidas de seguridad (materiales y organizativas). Ahora bien, la obligación del empresario es prever sólo la conducta imprudente no temeraria del trabajador (art 15.4 LPRL). Si en ese contexto de riesgo no permitido por infracción del deber de cuidado del empleador, el trabajador se comporta “profesionalmente” imprudente, esa conducta era *previsible ex ante* (cognoscible) por el

---

<sup>1192</sup> *Ibidem*

<sup>1193</sup> *Ibidem*, p. 536.

empleador, en virtud de lo cual, el riesgo introducido por el trabajador estará *ínsito* en el del empleador. Entonces el riesgo que se concretó en el resultado es el introducido por el empresario **(1.A)**.<sup>1194</sup>

Sin embargo puede suceder que el trabajador se comporte “temerariamente” imprudente (por ejemplo, en un andamio mal colocado (infracción del empleador) un trabajador *calificado* manipula un tablón demasiado pesado (imprudencia del operario) y el andamio cede y cae: en la lesión o muerte del trabajador, inciden ambos riesgos). Este segundo riesgo introducido “temerariamente” por el trabajador *no era previsible* (y también partimos de que no era *cognoscible* en el marco de una vigilancia genérica), por lo tanto configura un riesgo *independiente*. Aquí habrá una *conurrencia de riesgos* **(1.B)**.

Como tercera hipótesis, en el supuesto descrito anteriormente, puede darse que a pesar del riesgo introducido por el empresario (andamio mal colocado) sólo se concrete en el

---

<sup>1194</sup>Un criterio interesante consiste en tener en cuenta si el trabajador al realizar su tarea, tiene o no un cierto margen o poder de decisión. Cuando el riesgo introducido por la víctima es consecuencia del riesgo introducido por el empleador, el trabajador no hace otra cosa que “adaptar” su actividad a la organización insegura de la empresa. No es un riesgo independiente el del trabajador en ese caso.

Así, cuando la acción peligrosa del trabajador es *consecuencia directa de una orden del empresario* desconociendo aquél el riesgo o no asumiéndolo libremente, la conducta “imprudente” del trabajador forma parte de la infracción del deber de cuidado del empleador (SAP Las Palmas 6°. 18/05/2011. En sentido similar: SAP Valencia 3°. 10/09/2012).

Asimismo: “el hecho de que el trabajador incida en la producción de un siniestro con la incorrecta actuación de pretender parar, desplazar o dirigir una pesada carga en suspensión con sus manos, no hubiese determinado el resultado sufrido si la operación realizada con la grúa se hubiera llevado a cabo del modo establecido en el plan de prevención de riesgos” (SAP Asturias 2°. 6/02/2012 . Por el contrario, cuando el trabajador sí puede decidir el modo en el que realiza la tarea y lo hace de modo imprudente, excluirá la responsabilidad del empleador, cuando su descuido era imprevisible: SAP Ciudad Real 1°. 26/09/2008. En este fallo se concretó en el resultado el riesgo introducido por el trabajador y no el introducido por empleador: “...si no se procediese a dicha forma inadecuada de retirar el tablón seleccionado entre los apilados, el accidente no se hubiese producido. Independientemente de que no se hubiese usado el espacio más apropiado para el almacenaje, no escapa al sentido común más elemental el riesgo de la acción desplegada por el trabajador y que corresponde al ámbito de su propia decisión...Debe destacarse que, independientemente de lo que fuera más adecuado para prevenir riesgos, el apilamiento de los tabloneros fuera de la zona destinada al efecto, por las razones que fueran (se alude a la reciente descarga del material), no constituyó infracción concreta contemplada en el acta de inspección. Ello porque el apilamiento, aunque no fuera en dicho lugar, no tenía porque causar el accidente tal y como se produjo, ya que fue la acción del trabajador, al optar por dicha forma de retirada, la que determinó el resultado lesivo producido. No se trata de una actuación negligente del trabajador que fuera previsible, por ausencia de uso de medios de protección o seguridad, sino de la realización de una actividad peligrosa por parte del trabajador y por decisión propia -no existe mandato ni orden alguna que lo implicase. La actividad encomendada no exigía la realización de dicha conducta, pudiéndose haber retirado los tabloneros uno a uno hasta llegar al adecuado, conforme a las normas de la más elemental prudencia...Ha de concluirse que la conducta del acusado (ausencia de formación y planes de modo genérico, o ausencia de comprobación de la forma de apilamiento de los tabloneros) no determinó como causa la producción del accidente. Éste tiene su causa en la actuación del lesionado y esta actuación tiene tal relevancia en la causación del accidente que ha de excluir la imprudencia que se imputa...”.

resultado, el riesgo introducido por el obrero (en el ejemplo anterior: un estudio pericial demuestra que el andamio hubiera cedido de igual modo, debido al exceso de peso del tablón, aunque se hubiera colocado correctamente). En este caso el trabajador ha *reorientado* el riesgo e interrumpido el nexo de imputación. Sólo se concreta en el resultado el riesgo introducido por el trabajador **(1.C)**.<sup>1195 1196</sup>

## 2. Conducta imprudente del trabajador *simultánea* a la conducta típica del empleador

Se trata de casos de infracción del deber de vigilancia; habrá que analizar los diferentes supuestos:

---

<sup>1195</sup>SAP Madrid 5º, Auto nº 319/2013 del 28/01/2013. En este caso no hubo concurrencia de riesgos porque, si bien el empleador le ordenó al operario que descargara el cofre de modo vertical (cuando lo habitual era el modo horizontal) no se trataba de un riesgo no permitido, sino que se requería de “precauciones extra” que el empleado (cualificado) conocía, por eso se trató de una imprudencia temeraria, imposible de prever por el empresario. Conforme a esa sentencia, el trabajador se encontraba a nivel del suelo recepcionando la carga que era transportada desde el segundo forjado por la grúa torre. Una vez que el cofre se situó en el suelo de forma vertical, el trabajador procedió a liberar los ganchos que sujetaban la estructura por su parte superior con cadenas de la grúa. Cuando la estructura quedó desenganchada y el gruista comenzó a elevar los accesorios de la carga, el cofre perdió estabilidad precipitándose sobre el trabajador, quien sufrió diversas lesiones. El trabajador conocía la norma de que se debía poner varios puntales para estabilizar la estructura en el suelo. Pero antes de poner los diferentes puntales desenganchó el gancho de la grúa que los sujetaba. La estructura se desestabilizó y cayó porque antes de poner todos los puntales para asegurarlo, quitó el gancho desde el suelo. Su jefe directo estaba presente en la obra y le indicó que descargara los cofres en posición vertical para poner los accesorios. Normalmente los cofres se descargan en posición horizontal, pero en otro caso había que apuntalarlos antes de liberarlos del gancho de la grúa. Se trataba de un trabajador especializado, había hecho un curso de formación y prevención y era el responsable de prevención de riesgos laborales en su empresa. Se excluye la responsabilidad del empleador.

<sup>1196</sup> En la SAP Lleida 1º, auto nº 326, 12/07/2012 se excluye responsabilidad penal de los empleadores por ambos delitos: art 316 y homicidio imprudente. En este caso, si bien el empleador introduce un riesgo no permitido -ausencia de vallas-, el trabajador se comportó temerariamente imprudente, de modo que “reorientó” el riesgo interrumpiendo el nexo de imputación. No hay concurrencia de riesgos porque en el resultado sólo se concreta el riesgo introducido por el trabajador -“intentar bajar por el talud”- que era imprevisible por el empresario: “El trabajador cayó o bien decidió bajar por el talud, que no presentaba valla de protección concluyéndose que, efectivamente se detectaron causas del accidente susceptibles de corrección. Ahora bien, no puede olvidarse que si bien el camino de obra era una vía de circulación y que, según el plan de seguridad debía haberse colocado una valla de seguridad, no lo es menos, que el mismo presentaba una anchura de casi 4 metros en el punto donde fue hallado el cuerpo del trabajador fallecido, y por el mismo circulaban incluso camiones con materiales para la obra, por lo que el riesgo de caída de una persona que transitara normalmente por el mismo era difícilmente previsible, no pudiendo por ello descartarse la hipótesis de que el trabajador intentara descender por un lugar no habilitado ni adecuado para ello, produciéndose el fatal desenlace. Para la apreciación de la responsabilidad penal no basta con que exista una sanción -como es el caso- por parte de la inspección de trabajo ni que ésta haya calificado de grave la infracción de la omisión de medidas de seguridad e higiene, sino que resulta necesario, a tales efectos, que la infracción reglamentaria suponga un desprecio para la vida e integridad de los trabajadores. La ausencia de valla de seguridad, en este sentido, no supone un desvalor de acción de especial intensidad. Se desprende que las causas del accidente eran de “difícil previsión” y en ese caso no puede afirmarse que la imprevisión del posible daño tenga el carácter de gravedad que requiere un ilícito penal. Los hechos aquí juzgados no revisten relevancia penal, partiendo de la intensidad de la posible culpa y de la gravedad del descuido”.

Cuando coexisten la infracción del *deber específico* de vigilancia del empleador (de velar por el uso del equipo de protección personal, art 17.2 LPRL) con un comportamiento temerariamente imprudente del trabajador, lo que hemos llamado “autoría accesoria”. En este supuesto habrá una *conurrencia de riesgos (2.A)*.

Por el contrario, cuando el empleador, en el marco de la supervisión genérica y a pesar de observar indicios de irregularidades en el cumplimiento de las medidas de seguridad por el trabajador, no redefine el deber de cuidado para neutralizar ese comportamiento imprudente, al ser *previsible ex ante* (cognoscible) por el empleador esa imprudencia, el riesgo introducido por el operario imprudente estará *ínsito* en el riesgo del empleador. En este caso, sólo se concretará en el resultado el riesgo típico atribuido al empresario **(2.B)**.<sup>1197</sup>

En los casos **1.A** y **2.B**, el resultado lesivo será atribuido totalmente a la conducta típica del empleador, quien según el caso será imputado del delito imprudente de lesiones o muerte causadas al trabajador. En el caso **1.C**, el empresario no tendrá responsabilidad penal respecto del suceso (aunque podrá serle imputada una falta administrativa).

---

<sup>1197</sup>SAP Sevilla 7°. 24/4/2009: Esta sentencia pone en evidencia las dificultades de deslindar la infracción del deber de vigilancia de la obligación de facilitar las medidas de seguridad: Al ser una parte inactiva de la obra, no está alcanzada por el deber genérico de supervisión. Sin embargo no debe soslayarse que si era previsible el uso de esas instalaciones (aunque inactivas) por los trabajadores, las condiciones de seguridad de éstas formaban parte de estándar de cuidado que debe cumplir el empresario. Es decir al ser previsible esas imprudencias de los dependientes, eran “cognoscibles” por el empresario, quien debió tenerlas en cuenta al determinar el deber de cuidado necesario en esa situación concreta. Al no cumplir con ese estándar de cuidado, el empleador creó un riesgo no permitido, al que posteriormente se le sumó la conducta imprudente de la víctima. Sin embargo, ésta no introdujo un riesgo independiente, sino que era inherente al del empleador. Sorprendentemente en esta sentencia se confirma la absolución de los empresarios por el delito de homicidio imprudente y por el delito contra la seguridad de los trabajadores. En el fallo en cuestión se destaca que: el estado de realización de las obras no exigía el acceso a dicha zona. En esencia, no estaba justificado el uso del hueco del patio de luces por los trabajadores, con independencia de que algunos lo empleasen como área de paso para un más fácil acceso a otras partes de la obra, como ocurrió en el caso concreto, en el que el albañil fallecido, en aquel momento trabajando con otro en la planta del ático del edificio en rehabilitación, para coger la regleta que le reclamó el compañero y que estaba al otro lado del edificio, optó por cruzar por el andamio del hueco en vez de utilizar otra vía transitable más segura, que aunque le obligara a dar un rodeo...Es posible entender que el problema es de extensión del deber de vigilancia -como parece hacer el tribunal al explicar que la zona en cuestión estaba inactiva y por lo tanto parece sugerir que el deber de vigilancia no se extendía a ella-, y en ese caso parecería adecuado absolver. Sin embargo, se afirma que una parte inactiva y peligrosa de la obra *podía ser usada por los trabajadores* para moverse con mayor comodidad por la misma. Tal posibilidad (la de moverse con mayor comodidad aun a costa de un mayor riesgo) parece entrar de lleno en el concepto de “habitación al peligro”, un fenómeno respecto del que tanto la normativa como la jurisprudencia entienden que el trabajador debe ser protegido incluso contra su voluntad. Si esto es así, ¿no debería haberse cerrado la zona para evitar que este operario y otros se vieran tentados a atajar? Si la respuesta es positiva, entonces debería haberse condenado, puesto que lo que se daría en el caso es una omisión de facilitar las condiciones de seguridad cerrando las zonas inactivas y peligrosas de la obra, susceptibles de “tentar” a los trabajadores por la mayor comodidad que su uso entraña. (Ver el comentario a este fallo en MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción*, p.426).

Por último, en los casos de concurrencia de riesgos (**1.B** y **2.A**) deberá determinarse *en este segundo juicio de imputación*, qué solución cabe darle al hecho de que sólo ambos comportamientos imprudentes puedan explicar la producción del resultado lesivo sufrido por el trabajador.

#### **a. Criterio Jurisprudencial en la concurrencia de riesgos**

Estos últimos supuestos, cuando en el resultado lesivo concurren tanto el riesgo creado por el empresario como el creado por el trabajador, como no todo el riesgo que se realiza en el resultado es imputable al empresario, son resueltos con frecuencia por la jurisprudencia *degradando la gravedad de la imprudencia del empresario*. Esto es, aun cuando su infracción de cuidado hubiera podido calificarse como grave, se la ha calificado como imprudencia leve (SAP Lugo, 2º, 24/09/2008; SAP Madrid, Penal 6º, 11/1/2002, entre muchas otras).

Al margen, y además de la calificación de la imprudencia, la jurisprudencia introduce consideraciones de compensación en la responsabilidad civil. Se reduce la cuantía de la indemnización en concepto de responsabilidad civil, en función del grado de influencia que el comportamiento negligente del sujeto pasivo haya tenido en la producción del daño (SAP Sevilla, 7º, 8/02/2012).<sup>1198</sup>

También hay algunas sentencias que entienden que la eventual negligencia del trabajador no puede servir en ningún caso para degradar la conducta imprudente del sujeto activo (SAP Málaga 2º, 3/02/2006).

Antes de analizar si es correcta esta solución de la jurisprudencia es necesario abordar bajo qué criterios se determina la gravedad de la imprudencia.

#### **b. Gravedad de la imprudencia**

La *gravedad de la imprudencia*, está asociada a un juicio en el que se atiende al desvalor de acción y se determina, desde una perspectiva objetiva o externa, con arreglo a la *magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado* en que incurre el autor. Esta magnitud se encuentra directamente vinculada al *grado de riesgo no permitido generado* por la conducta del autor respecto del bien que tutela la norma penal, o en su caso, al *grado de riesgo no controlado* cuando tiene el deber de neutralizar los riesgos que afecten al bien jurídico, debido a la conducta de terceras personas o a circunstancias

---

<sup>1198</sup> La consideración de que la concurrencia de un comportamiento imprudente del trabajador determina una disminución de la responsabilidad civil del empresario deriva de lo establecido en el art. 114 CP: “si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización”.

meramente casuales.<sup>1199</sup> Ahora bien, la valoración social del riesgo depende de si se produce en ámbitos en que se admiten determinados grados de riesgo permitido: un grado de peligrosidad que podría ser grave fuera de uno de estos ámbitos puede ser leve dentro de ellos.

Por otro lado, otro criterio relevante en el juicio de gravedad de la imprudencia será el de la mayor o menor peligrosidad de la conducta, que implica que la lesión del bien jurídico es más o menos probable dependiendo del ámbito de actividad donde se desarrolle la conducta (la probabilidad de lesión no es la misma en el trabajo del oficinista que en el del albañil que se sube al andamio). Pero la peligrosidad no sólo debe analizarse desde un punto de vista cuantitativo, (mayor o menor probabilidad de lesión) sino desde un punto de vista cualitativo, es decir, dependiendo de cuál sea el bien jurídico puesto en peligro, se podrá valorar que una conducta es más o menos peligrosa. Cuanto mayor valor tenga el bien jurídico amenazado, menor será el nivel de riesgo permitido y mayores las exigencias del deber de cuidado.<sup>1200</sup>

Otro criterio más para determinar la mayor o menor gravedad de la imprudencia será el de la clase de norma infringida, pues no todas las normas de cuidado que rigen en el ámbito de una actividad peligrosa tienen la misma importancia de cara a evitar la lesión del bien jurídico. Deberá tenerse en cuenta también la gravedad de la infracción de dicha norma de cuidado; criterios como el de la frecuencia, la reiteración o la duración en el tiempo de la infracción también pueden ser relevantes.<sup>1201</sup>

Desde una perspectiva subjetiva o interna (relativa al deber subjetivo de cuidado), la gravedad de la imprudencia se dilucidará por el *grado de previsibilidad o de cognoscibilidad* de la situación de riesgo, atendiendo para ello a las circunstancias del

---

<sup>1199</sup> OLAIZOLA NOGALES, *InDret*, 2/2010, pp.8 y ss.

<sup>1200</sup> *Ibidem*.

<sup>1201</sup> *Ibidem*. En cuanto a la jurisprudencia, en algunas ocasiones ha considerado que la imprudencia es leve porque no se omitieron todas las medidas de seguridad, esto es a *sensu contrario*, para considerar grave la imprudencia exige que el trabajador haya desempeñado su actividad sin ninguna medida de seguridad. Esta tesis es criticada, con razón, por la doctrina que afirma que si bien es correcto afirmar que la imprudencia será grave cuando se hayan omitido todas las medidas de seguridad, no será correcto entender que la imprudencia *sólo será grave* cuando se hayan omitido todas las medidas, sino que habrá que valorar el carácter más o menos elemental de la norma de cuidado infringida (SAP Cuenca, única, 21/2/2001 (ARP 214); SAP Valladolid, 4°. 30/01/2004; SAP Barcelona, 6°.15/3/2005; SAP La Rioja, 1°. 13/5/2005).

Tampoco puede ser aceptada otra línea próxima jurisprudencial que ha entendido que hay imprudencia grave en los casos de ausencia total de medios de seguridad y leve cuando esos medios existen, pero son defectuosos, inadecuados o inservibles (SAP Las Palmas, 1°. 11/03/2005), es que en términos valorativos, la negligente ausencia y la insuficiencia de medios pueden ser equiparables (TERRADILLOS BASOCO, *CDJ-15*, 2005, pp. 426 y ss.).



caso concreto. De forma que cuanto mayor sea la previsibilidad o cognoscibilidad del peligro, mayor será el nivel de exigencia del deber subjetivo de cuidado y más grave resultará su vulneración, no así la efectiva previsión.<sup>1202</sup>

Concretamente en el ámbito de la actividad laboral, OLAIZOLA NOGALES le otorga relevancia a la comisión del delito de peligro (art.316 CP) en la determinación de la gravedad de la imprudencia: cuando un sujeto ha cometido un delito de peligro y el peligro se materializa en un resultado lesivo se podrá afirmar que dicho resultado lesivo será imputable como imprudencia grave y no será posible la imputación a título de imprudencia leve.<sup>1203</sup> Desde esta óptica, la conducta que habrá rebasado el riesgo permitido, será peligrosa sin lugar a dudas puesto que el propio legislador penal la ha escogido y tipificado como delito de peligro, precisamente por la constatación de que se trata de un tipo de conducta especialmente peligrosa, tanto cuantitativa como cualitativamente. En cuanto a la clase de norma que infringe el sujeto, se trata de una norma penal, por lo que se podrá afirmar que el propio CP considera dichas conductas como graves. En cuanto a la previsibilidad objetiva del resultado tampoco será discutible, porque precisamente para cualquier sujeto deberá ser previsible que, de una conducta tipificada como peligrosa en el CP, se podrán derivar resultados lesivos, en la medida en que se tipifiquen como delitos de peligro aquellas conductas en las que se constata estadísticamente su potencialidad lesiva.<sup>1204</sup>

### **c. Solución a la concurrencia de riesgos**

Como se adelantó al comenzar este análisis, la trascendencia de la distinción practicada, respecto del *momento* en que la conducta imprudente de la víctima-trabajador se

---

<sup>1202</sup> Es decir, la efectiva conciencia que del peligro tenga el sujeto no afecta a la gravedad o a la levedad de su imprudencia. La conducta es objetivamente igual de grave tanto si el sujeto conoce que está infringiendo una norma de cuidado o no lo conoce pero debería conocerlo. Desde luego, el sujeto que sabiendo que está infringiendo una norma de cuidado realiza la conducta, demuestra un mayor desprecio del riesgo que, en algún caso podría tenerse en cuenta en la determinación de la pena, pero no en la valoración de la imprudencia como más o menos grave. Al contrario, si el sujeto que conoce la situación toma medidas de control, para intentar neutralizar el riesgo, podremos afirmar que reduce las probabilidades de lesión y, por tanto, la peligrosidad de su conducta será menor, aunque finalmente se produzca el mismo resultado y, por tanto, la imprudencia podría considerarse leve. Pero la levedad en este caso no se debe a que el sujeto sea o no consciente de la peligrosidad de su conducta, sino al hecho de haber tomado medidas de control, criterio que sí hemos admitido como relevante para juzgar la gravedad o levedad de la imprudencia. (OLAIZOLA NOGALES, *InDret*, 2/2010, pp.8 y ss.)

<sup>1203</sup> *InDret*, 2/2010, pp. 29 y ss. Por su parte, TERRADILLOS BASOCO entiende que si la constatación de imprudencia no exige violación de normas laborales, aunque en términos estadísticos esta violación acompañará a todo comportamiento imprudente -dado el alto y detallado grado de normativización de la materia- la calificación de aquella como grave es tarea en la que el juez penal se mueve con independencia (*CDJ-15*, 2005, pp. 426 y ss.).

<sup>1204</sup> OLAIZOLA NOGALES, *InDret* 2/2010, pp.29 y ss.

involucra en el proceso de riesgo que culmina en el desenlace lesivo, radica en las diferentes consecuencias que esa intervención genera.

Según se ha discriminado en apartados anteriores, esa intervención puede ocurrir *durante* el comportamiento típico del empresario o *posteriormente*.

Cuando la intervención del trabajador-víctima sólo es cognoscible *ex post* o se produce con posterioridad a la conducta del empresario, esto podrá afectar exclusivamente la imputación del resultado, es decir la relación de riesgo. En este universo de casos estarán incluidos de forma evidente, los supuestos que en el apartado anterior se han denominado **1.A**, **1.B** y **1.C**. (aunque en el análisis de las consecuencias, sólo tiene relevancia el **1.B**, que a diferencia de los otros dos, configura una concurrencia de riesgos).

Sin embargo, también se debe incluir aquí el supuesto **2.A**. Ello, por cuanto a pesar de que abarca un caso de conducta *simultánea* del trabajador, respecto del comportamiento típico del empleador, tendrá la misma consecuencia que los casos en que la conducta es posterior.

En efecto, recuérdese que ese supuesto se configura cuando coexisten la infracción del deber específico de vigilancia del empleador (de velar por el uso del equipo de protección personal, art 17.2 LPRL) con un comportamiento temerariamente imprudente del trabajador, lo que hemos llamado “autoría accesoria” (concurrencia de riesgos), donde cada riesgo se desarrolla “paralelamente” hacia su concreción en el resultado. Si bien la conducta no es posterior, lo cierto es que no es cognoscible *ex ante* por el empleador, sino *ex post* (de lo contrario, es decir si fuera previsible, se trataría del supuesto **2.B**).

En estos supuestos (**1.B** y **2.A**), la conducta de la víctima se tendrá en cuenta únicamente de forma indirecta, en la medida en que en el juicio *ex post*, se valoran todas las circunstancias conocidas, entre las que se encuentran el comportamiento imprudente del trabajador, quedando subsistente el injusto típico atribuido al autor.<sup>1205</sup>

Ello por cuanto, el autor impuso un riesgo a la víctima, por eso el hecho de que ésta realice un aporte ulterior que incide sobre el riesgo inicial no puede hacer desaparecer

---

<sup>1205</sup> CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 532/33.

sin más “la fuerza explicativa del riesgo”.<sup>1206</sup> Es decir, no hay aquí una exclusión de la imputación objetiva del resultado, pero la conducta del trabajador tiene una influencia real y decisiva en la producción del resultado, de modo que existe un solapamiento entre los ámbitos de responsabilidad de ambos que permite afirmar que debe apreciarse una disminución del injusto en el lado del autor (empresario).<sup>1207</sup>

La menor intensidad de injusto del comportamiento en el que la víctima ha prestado una cooperación relevante se explica *por la menor intensidad del desvalor del resultado*.<sup>1208</sup>

Sentado ello, ¿en qué se traduce esa menor intensidad del injusto? ¿Es acertado degradar la gravedad de la imprudencia del empleador?<sup>1209</sup>

Teniendo en cuenta las pautas que intervienen en la determinación de la gravedad de la imprudencia, la respuesta no puede ser afirmativa.

En efecto, según se ha explicado antes, la *gravedad de la imprudencia* se determina con arreglo a la *magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado* en que incurre el

---

<sup>1206</sup> CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, pp.332/37 y 343/46.

<sup>1207</sup> CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*p. 345. Creo que a esto se refiere CORCOY BIDASOLO cuando señala “No debe entenderse que de modo automático, la existencia de riesgo relevante de la víctima implique la disminución de la gravedad del injusto; lo que sucede en realidad es que, en estos supuestos, no todo el peligro creado, que concurre en el resultado lesivo, lo ha sido por el autor. Es usual que en estos supuestos, el juicio individualizado de la conducta del autor permita apreciar que la gravedad del riesgo creado por éste es de menor magnitud del que, a primera vista, parece que exista” (*El delito imprudente*, pp. 349/50).

<sup>1208</sup> “En algunos casos ello no supondrá especiales problemas, dado que se producirá un menor grado de afectación al bien jurídico, pero cuando ello no sea así debe tenerse en cuenta que al menos sí se producirá, en términos de antijuridicidad material, una menor conmoción del orden jurídico, entendido éste no en sentido puramente formal sino como sistema de protección de víctimas. El planteamiento resulta así válido tanto en el ámbito del delito imprudente como en el del delito doloso” (TAMARTIT SUMALLA, J, *La víctima en el Derecho Penal español*, Pamplona, 1998, pp. 67/68).

El desvalor de resultado cumple en el delito imprudente, al igual que el desvalor de acción, una función relevante. Mientras que la consideración del desvalor de acto, garantiza la restricción del injusto a aquellos actos con determinada significación lesiva, el desvalor de resultado lo hace refiriendo el injusto a aquellos a aquellos actos que *efectivamente* provocan un daño social. El momento de la constatación del resultado como realización de la contradicción normativa prevista abstractamente en el tipo, reclama la inclusión *valorativa* del comportamiento de la víctima, como un factor más en relación con el resultado concretamente considerado.

<sup>1209</sup> Además de la jurisprudencia, cierta corriente doctrinal está de acuerdo con esta solución: CORCOY BIDASOLO/CARDENAL MONTRAVETA/HORTAL IBARRA, *RPJ*, n° 71, pp. 61 y 63; CORCOY BIDASOLO, *CDJ-2*, 2003, pp. 89/128 y 119/128.

Por otro lado, una posición doctrinaria distinta entiende que la concurrencia de riesgos implica un problema de autoría y participación. En el ámbito de la imprudencia, cierta opinión (que aquí no se comparte) permite fundamentar la impunidad en la negación de la autoría, que a partir de un concepto unitario de autor rechaza la participación en la imprudencia (LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid, 1996, pp. 526/527; siguiendo a LUZÓN, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN, Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999, ponente Bacigalupo Zapater, en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN (Coords.), *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, León, 2004, pp. 47/85).

autor, magnitud que se encuentra directamente vinculada al *grado de riesgo no permitido*

Ahora bien, en este universo de casos, la imprudencia de la víctima (trabajador) no sirve para establecer esas circunstancias, que ya han sido zanjadas en el primer juicio de imputación al concluirse la atribución al autor del comportamiento típico, de modo que no afectará el juicio sobre la tipicidad del accionar del empleador, sino exclusivamente la imputación del resultado: la relación de riesgo.<sup>1210</sup>

La posible relevancia de una conducta posterior de la víctima -una vez constatada la tipicidad de la acción del autor- sólo puede derivar de que ella afecte la “emanación” de la conducta objetivamente imputable del autor, es decir, que afecte la *dimensión del riesgo* de ésta. Pero para poder verificar esa posible relevancia es necesario partir del riesgo ya creado por el empresario.

En efecto, una vez atribuida la tipicidad a la conducta del empresario, en el juicio de imputación del resultado deben distinguirse dos momentos: en primer lugar el relativo a si el resultado es consecuencia de la conducta típica y pertenece a aquellos que la norma de cuidado infringida pretende evitar. Pero como los procesos lesivos no son “lineales”, se requiere un segundo momento, referido a la atribución *personal*, esto es, teniendo en cuenta el riesgo generado *individualmente*, para determinar si el resultado es -o no- *íntegramente* atribuible -en cuanto injusto- a la persona del autor (empresario).<sup>1211</sup>

Desde esta perspectiva, la menor intensidad del injusto cuando no pueda atribuirse el resultado de *un modo íntegro*, debe verse representada en la *determinación de la pena* que se impondrá al empresario.<sup>1212</sup> El fundamento de la reducción de la pena se

---

<sup>1210</sup> CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, p. 532/533.

<sup>1211</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, F., Hacia la superación de la teoría de la imputación objetiva del resultado, *ADPCP*, Vol. LVIII, 2005, pp. 450 y ss.

<sup>1212</sup> En este sentido, se ha sostenido que si la contribución de la víctima es una razón para graduar el injusto, el Derecho vigente sólo ofrece una posibilidad: recurrir a la atenuante analógica. Para evitar el recurso a la atenuante analógica se ha propuesto la creación de una nueva atenuante del tenor siguiente: “la de haber contribuido el ofendido de modo significativo a la producción del hecho típico, con una acción u omisión dolosa o culposa” (TAMARIT SUMALLA, *La víctima en el Derecho Penal*, p. 227).

Desde esta lógica, se señala que si se aprecia una atenuante analógica, se puede valorar la disminución del injusto que se produce en estos casos, y tener en cuenta los diversos grados de contribución al resultado que se producen en cada supuesto. En general, la doctrina entiende que el fundamento de la atenuante analógica del art. 21.6 (“cualquier otra circunstancia de análoga significación a las anteriores”) radica en una disminución de injusto o culpabilidad o bien en razones de política criminal o justicia material. Desde este punto de vista, se puede aplicar al caso de concurrencia de culpas en accidentes laborales, ya que la parte de injusto que corresponde a cada uno es menor (CASTIÑEIRA PALOU/LLOBET ANGLÍ/MONTANER FRENÁNDEZ, en *ADPCP*, Vol. LVIII, 2005, pp. 251/2).

Sobre el punto, LASCURAIN SÁNCHEZ ha expresado que “El hecho de que para la precaución del resultado se hayan establecido deberes de seguridad acumulativos y que ambos hayan resultado infringidos, debe conducir a una reducción del contenido de injusto de cada infracción, que habrá de tenerse en cuenta en la medición de la pena.” (*Casos que hicieron historia...*, p. 773).

encuentra en que la conducta imprudente de la víctima reduce la medida del injusto, operando una “compensación normativa de riesgos” (no de culpas). El injusto es graduable en todos sus niveles y esa circunstancia, teniendo en cuenta el estadio en que se produce su reducción (desvalor de resultado), debe verse proyectada en la pena a imponer y no en la recalificación de su imprudencia (etapa superada del análisis).

Sin embargo, ello no quiere decir que la imprudencia del comportamiento del trabajador *nunca* influya en la gravedad de la imprudencia del empleador.

En este sentido, cabe hacer referencia a la segunda hipótesis de conducta imprudente del trabajador *simultánea* a la del empleador (caso **2.B**). Si bien no es un caso de concurrencia de riesgos (sólo se concretará en el resultado el riesgo típico atribuido al empresario), corresponde señalar que allí sí la imprudencia de la víctima tiene incidencia en la gravedad de la imprudencia del autor.

En efecto, se está haciendo referencia a cuando el empleador, a pesar de observar indicios de irregularidades en el cumplimiento de las medidas de seguridad por el trabajador, *no redefine el deber de cuidado* para neutralizar ese comportamiento imprudente. Lo que marca la distinción respecto de los casos anteriores es que aquí, la conducta imprudente del trabajador es *previsible ex ante* (cognoscible) por el empleador.

La conducta del trabajador está “entrelazada” de tal modo con la del empleador, que incidirá en la calificación de imprudencia grave o menos grave respecto del accionar de éste último. Ello, porque el descuido del trabajador en estos casos determina que “sobre la marcha” -y como un efecto del cumplimiento del deber genérico de vigilar- el empleador deba *reconfigurar* el deber de cuidado, es decir, tenga que recurrir a las medidas *necesarias* para neutralizar los riesgos de la acción imprudente del trabajador. Ese es precisamente el objetivo del deber de vigilancia, del modo que aquí se lo ha entendido. Lo que se intenta decir aquí es que *la imprudencia del trabajador le da dimensión a la gravedad de la imprudencia del empresario*. Es decir, al tener que readaptar (o rediseñar) el empresario su deber de cuidado al comportamiento descuidado *sobreviniente* del operario, su infracción de deber de cuidado es la “contracara” de la imprudencia del trabajador.

Recapitulando, la posición -doctrinaria/jurisprudencial- que resuelve el problema degradando la gravedad de la imprudencia del empleador, no tiene en cuenta el

*momento* en que el comportamiento imprudente del trabajador se involucra en el proceso de riesgo. Cuando lo hace *a posteriori* del comportamiento del empleador o simultáneamente pero sólo es cognoscible *ex post*, la conducta de la víctima sólo puede influir en la imputación del resultado (relación de riesgo) y, por lo tanto no puede modificar el carácter de grave o menos grave del accionar imprudente del empresario, por cuanto esa cuestión se decide en el primer juicio de imputación. El hecho de que el resultado lesivo se produzca a “medias” con el aporte de ambas partes, representa una *menor intensidad del injusto atribuido al empleador* y que tendrá su representación en la determinación de la pena.

En el único caso en que la conducta imprudente del trabajador es relevante para determinar la gravedad de la imprudencia del empresario, no es un caso de concurrencia de riesgos, sino que el resultado debe serle imputado a éste (caso **2.B**).

#### **VI.6.c Un caso paradigmático de “imputación de resultado”**

Según la sentencia (SAP Barcelona, 6°. 11/7/2002), “El trabajador tuvo un accidente, al resultar aprisionado por una pinza paletizadora, cuando se hallaba en el interior del recinto vallado de la cadena de producción retirando adoquines que habían caído. El trabajo del fallecido consistía en controlar los adoquines que pasaban por una cinta transportadora con el fin de sustituir los que no se encontrasen en buen estado. Los correctos entraban por la valla cerrada -“jaula”- para ser empaquetados por una máquina llamada pulpo. A pesar de estar vallado el recinto por donde se producía la función de paletizar, quedaba un pequeño hueco entre la valla y la cinta portadora por el que, a pesar de estar prohibido, entraba algún trabajador a retirar los adoquines caídos. La sentencia recurrida afirma que esta costumbre era habitual en la empresa y tolerada por la dirección. Como quiera que el trabajador entró por ese hueco y, no funcionando los mecanismos de paro automático de la cadena de producción, fue atrapado por el pulpo, muriendo en el acto. Era preceptivo que existiese una célula fotoeléctrica que, de comprobar el paso de alguien por la jaula, automáticamente se parase el mecanismo del pulpo, lo que hubiese impedido el resultado lesivo. Se acreditó en el expediente que la célula estaba inutilizada y también que las principales causas detectadas del accidente son las de la deficiente información y formación del trabajador y que el cierre de la valla no era absoluto. El primer nivel de imputación objetiva del tipo imprudente requiere acreditar que la infracción de la norma de cuidado ha creado un riesgo típicamente relevante. En este caso, hay que apreciar que el riesgo que existía para la

vida e integridad si se entra en la jaula es evidente para cualquier persona, con mayor o menor formación específica. Tal es así que para acceder dentro del vallado o jaula, el trabajador tenía que superar, no sin dificultades, los límites de la jaula. La existencia de aperturas en las protecciones perimetrales que permitieron el accidente podrían tener entidad, a reserva de lo que se diga más adelante, para atribuir el delito contra la seguridad de los trabajadores, pero por si mismo no puede decirse que permita afirmar la imputación objetiva del homicidio imprudente.”

“La actuación del trabajador permite negar la atribución del resultado de muerte a la eventual conducta negligente que pudiese existir de parte de los empleadores. La calificación efectuada por el Tribunal de instancia debe aceptarse en lo que respecta a la comisión de un delito del art 316 en relación con el art 317 CP. El empleador contrató a una persona que no tenía formación en el sector de actividad para el que fue contratado y a pesar de ello y por toda formación en materia de seguridad únicamente le enseñó en un breve paseo por la mañana las instalaciones indicándole que tuviese cuidado.”... “Los medios a los que se obliga en el art. 316 también tienen que ver con la formación específica en atención a los concretos riesgos. En una máquina con ciertos riesgos, no parece razonable poner a una persona inexperta sin suministrarle ningún tipo de formación al respecto. Esta falta de información adecuada por alguien que, como él mismo ha manifestado, tiene más de 25 años de experiencia en este tipo de empresas, ha generado un peligro concreto para el trabajador que falleció. La calificación efectuada por el juzgador es estructuralmente correcta: estamos ante un delito del art 316 en relación con el art 317 CP.” En el fallo se revoca la condena al empleador por el delito de homicidio por imprudencia grave y se confirma por el delito contra la seguridad de los trabajadores (art. 316 en relación con el art 317 CP).

Esta sentencia amerita un análisis profundo, ya que se presenta a primera vista como una concurrencia de riesgos, que es resuelta por el tribunal como una autopuesta en peligro del trabajador, pero en realidad se trata de un caso de homicidio imprudente, imputable al empresario. Comencemos por deslindar los diferentes riesgos:

Los introducidos por el empleador consisten en: existencia de aberturas en el vallado, no funcionamiento de la célula fotoeléctrica y la falta de formación/información del operario.

Por su parte el trabajador, introduce el riesgo de que “a pesar de estar prohibido” ingresa a la jaula.

Conforme al primer juicio de imputación, diremos que los riesgos introducidos por el empleador son típicos. Incumplen normas administrativas de seguridad e introducen un peligro grave para la vida del trabajador (ello, a pesar de que el tribunal al decir que “el riesgo que existía para la vida e integridad si se entra en la jaula es evidente para cualquier persona, con mayor o menor formación específica”, parece entender que *no era previsible* la conducta descuidada del trabajador).

El problema parece ubicarse en el segundo juicio de imputación: ¿Qué riesgo se concretó en el resultado?

Veamos. La muerte se produjo porque el trabajador *pudo* entrar (existencia de aberturas), porque no *funcionó la célula fotoeléctrica* (que hubiera apagado la máquina) y porque el trabajador “decide” entrar a la jaula *por falta de información*.

En este panorama, lo que puede suscitar dudas es qué valoración cabe darle al hecho de que el trabajador “pudo entrar”, ya que según el fallo, las aberturas “no pueden por sí mismas permitir la imputación objetiva del homicidio imprudente”.

Pues bien, comencemos por determinar el fin de cada una de las normas de seguridad infringidas por el empleador:

1 El fin de “No debe haber aberturas en el vallado”, es para que los trabajadores *no ingresen*.

2 El fin de “Debe funcionar la célula fotoeléctrica”, es para que si, a pesar de lo anterior, alguien ingresa a la jaula, se interrumpa el funcionamiento del pulpo.<sup>1213</sup>

3 El fin de “Los trabajadores deber estar formados”, es para que éstos conozcan acabadamente los riesgos de la máquina y por ende, no ingresen a la jaula.

Dicho esto, se ve claro que a las infracciones de las normas 1 y 3 le es *inherente* el riesgo de que el trabajador “decida” entrar, en primer lugar porque tiene esa posibilidad “fáctica” (aberturas) y en segundo término, porque desconoce las posibles consecuencias de ese ingreso (falta de formación). Entonces, ¿qué es lo que se quiere evitar con esas normas, si no es justamente que algún operario se “tiente” de entrar en la jaula?

En este contexto, a la reflexión del tribunal acerca de que se trata de una imprudencia imprevisible del trabajador, cabe oponer que el objetivo de esas medidas de seguridad no es que el trabajador “caiga o se resbale” dentro de la jaula, sino que “*decida entrar imprudentemente*” por falta de valoración adecuada del riesgo (art.15.4 LPRL). A ello

---

<sup>1213</sup> Nótese que esa infracción del empleador no es valorada en la sentencia, sólo se la menciona.



cabe agregar, que está previsto un mecanismo de seguridad “extra” (célula) para que precisamente, si el trabajador ingresa descuidadamente, se suspenda el funcionamiento de la máquina, lo que pone de manifiesto con mayor claridad, que la conducta de ingresar a la jaula *no era imprevisible* (2).

Bajo tales pautas, ¿puede concluirse (como lo hace el fallo) que en ese proceso de riesgo no permitido iniciado por las infracciones del empresario, el trabajador “reorientó” ese riesgo interrumpiendo el nexo de imputación del resultado? Creo que claramente no se trató de un riesgo independiente, sobre todo si además de todo lo señalado, se tiene en cuenta que ese comportamiento del operario “era habitual en la empresa y tolerada por la dirección.” En este marco, no puede concluirse que el trabajador decidió “libremente” entrar o se “autoorganizó”, sino que fácilmente podía pensar que era lo “usual” o hasta lo “esperado” de él por la empresa. Con este telón de fondo, debe descartarse la existencia de una autopuesta en peligro del operario fallecido.

Luego de este análisis, creo que contrariamente a lo resuelto en el fallo, el resultado muerte del trabajador debe ser imputado al comportamiento típico del empleador.<sup>1214</sup>

Además, cabe agregar que, conforme a lo desarrollado aquí, para poder hablar de una “autopuesta en peligro” del trabajador, deberíamos partir del cumplimiento del deber de seguridad del empresario (habilitante de la competencia del trabajador sobre su vida y salud expuestos al riesgo laboral).

Teniendo en cuenta la cantidad y calidad de las infracciones al deber de cuidado, considero que se trata de una imprudencia grave del empresario.

También quisiera destacar que en el fallo se revoca la condena al empleador por el delito de homicidio por imprudencia grave, pero se confirma por el delito contra la seguridad de los trabajadores (art. 316 en relación con el art 317 CP). De este modo, el tribunal pone sobre el tapete, de un modo interesante, la relación entre ambos delitos. Veamos. El tribunal destaca que *“La existencia de aperturas en las protecciones perimetrales que permitieron el accidente podrían tener entidad, a reserva de lo que se diga más adelante, para atribuir el delito contra la seguridad de los trabajadores, pero*

---

<sup>1214</sup> Este fallo ha sido comentado por RODRÍGUEZ MESA, quien concluye que “el hecho de que el trabajador fallecido hubiese actuado, a su vez, imprudentemente no impide que la muerte pueda ser imputada a la omisión del empleador”. No queda claro si la autora quiere decir que el riesgo introducido por el trabajador estaba ínsito en el del empresario o que hay concurrencia de riesgos. Esa es, *justamente*, la gran cuestión que plantea del caso (ver Unas notas acerca de la responsabilidad penal en materia de siniestralidad laboral, *Revista de Derecho Social*, N° 21, 2003, pp. 199 y ss.).

*por si mismo no puede decirse que permita afirmar la imputación objetiva del homicidio imprudente.”* Por otro lado, se afirmó que “*Esta falta de información adecuada (en referencia al trabajador)... ha generado un peligro concreto para el trabajador que falleció*”.

De lo anterior se deduce que la existencia de aberturas en el vallado y la falta de formación del operario, son relevantes para afirmar la tipicidad de la conducta del empleador en los términos del art. 316 CP.

Ahora bien, si el tribunal también entendió que hubo imprudencia temeraria del trabajador, y que en ese sentido, era imprevisible que -a pesar de las aberturas y de su falta de formación- ingresara en la jaula, ese razonamiento ¿no debería descartar también el encuadre de la conducta en el delito de peligro? (ello partiendo de la interpretación del tribunal respecto del art. 316, como delito de peligro concreto).

En este esquema, ¿en qué consiste el *peligro concreto* generado por ese comportamiento del empresario? Ese peligro “concreto”, ¿es que al existir aberturas y no tener formación, el trabajador “decida” ingresar al vallado?

Si es así, caben dos reflexiones

1 ese peligro es el mismo que se concretó en el resultado y el tribunal consideró que lo introdujo el trabajador. En otras palabras, y desde la óptica del fallo, el “peligro concreto” consiste en que el operario pueda entrar *por impudencia temeraria propia (autoponiéndose en peligro.)* ¿puede interpretarse que ese sea uno de los peligros que el art. 316 quiera evitar?

2 teniendo en cuenta las características del peligro *concreto*, que es considerado un resultado, se sostiene que “implica un pronóstico de suma probabilidad de lesión en el caso de que el sujeto activo, la víctima y terceros permanezcan inactivos.”<sup>1215</sup> Es decir, el resultado de peligro concreto no parece exigir un “plus” consistente en una iniciativa de la víctima, es decir la sola existencia las aberturas y la falta de formación, brindaron las condiciones para que la víctima se coloque en peligro concreto pero no parece que lo generen *per se*.

En realidad, creo que el peligro concreto se produce una vez que el trabajador ingresa a la jaula, porque es allí cuando ingresa al radio del peligro, siendo inminente la lesión y en ese contexto, la infracción relevante del empleador es el “no funcionamiento de la célula fotoeléctrica.”

---

<sup>1215</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*,p.383

Entonces, se puede concluir que era previsible que el operario entrara a la jaula, por eso no debió haber aberturas y debió estar informado, pero esas infracciones no lo colocan todavía en peligro concreto porque para eso hace falta *además* que el trabajador efectivamente *se decida* a ingresar. Es decir, si en el contexto de riesgo creado por la existencia de las aberturas y la falta de formación, “el sujeto activo, los terceros, pero sobre todo *la víctima*, permanecen inactivos” no hay todavía “suma probabilidad de lesión”. En esta dirección, la misma infracción que desencadenó el peligro concreto “no funcionamiento de la célula” es la misma que causó el resultado muerte (subsidiariedad). Entonces, la existencia de aberturas y la falta de formación, si bien son infracciones a las normas de seguridad administrativas (sobre todo art 15.4 LPRL) no generaron el “peligro grave” del art. 316 interpretado por el tribunal (y la doctrina unánime) como peligro concreto. Esas dos infracciones son relevantes (junto a la relativa al no funcionamiento de la célula) en el marco del tipo del delito de homicidio imprudente, pero no del delito contra la seguridad de los trabajadores.

Ahora bien, en la exégesis aquí propuesta del art. 316 como delito de peligro común (abstracto-concreto), sí que son relevantes esas dos infracciones, ya que son idóneas para poner en peligro a la pluralidad indeterminada de trabajadores, que es el momento previo a que algún trabajador pueda ingresar al radio de peligro, donde la lesión es inminente.

De todo lo expuesto, puede verse que no siempre la jurisprudencia distingue con claridad, el peligro abierto o común del peligro concreto que identifica como “peligro grave” en términos del art. 316. Esta tendencia es una muestra más de lo artificioso que resulta interpretar al art. 316 como un delito de peligro concreto.

#### **VI.6.d La imprudencia del trabajador en la jurisprudencia argentina**

Han sido escasas las oportunidades en las que los tribunales argentinos se han expedido sobre esta cuestión, por lo que no puede decirse que existe un criterio jurisprudencial, sino más bien ciertos casos aislados.

Respecto de la responsabilidad del empleador de velar por el cumplimiento de las reglas de seguridad en el trabajo, se ha expresado en líneas generales que “la conducta de la víctima no parece reemplazar la responsabilidad del imputado en el quehacer reprochado. El ordenamiento impone en este ámbito al empresario o responsable de la actividad (productiva) generadora de riesgos, la función de velar por el cumplimiento de las reglas de seguridad en el trabajo, y ello con independencia, hasta cierto punto, de las

posibles conductas generadoras de riesgo de los propios trabajadores, teniendo en cuenta que buena parte de los accidentes de trabajo sobrevienen por la resistencia de los trabajadores a emplear los medios de protección y las medidas de seguridad exigidas en su propio beneficio”.<sup>1216</sup>

Por su parte la Sala VII de la CNCC, en ocasión de confirmar el procesamiento del arquitecto y el director de una obra en construcción, donde se lesionó un obrero por ausencia de medidas de seguridad (tanto generales como individuales), sostuvo que “En el ámbito del Derecho penal, a diferencia del civil, no cabe admitir la compensación de imprudencias. La llamada culpa de la víctima no integra sino tangencialmente el objeto del proceso, pues la actitud del afectado puede tener incidencia en el aspecto causal y aún en orden a la posible justificación. Pero que haya culpa o no de la víctima, estrictamente considerado, no se va a decidir en este proceso. Hablar pues, de “culpa de la víctima” en materia penal, constituye un traslado de denominaciones civiles a un ámbito ajeno”. Se destacó especialmente la obligación de *supervisar directamente* el trabajo, cuando éste represente un elevado riesgo de accidente para el trabajador, independientemente de que se hayan cumplido las medidas de seguridad correspondientes (conforme al art. 55 del ya citado decreto n° 911/96).<sup>1217</sup>

La Sala VI de la CNCC, confirmó el sobreseimiento de los responsables de una obra en construcción que habían advertido a los obreros sobre el peligro que podía generar la manipulación inadecuada de una mesada de mármol, sobre la que los trabajadores apoyaron indebidamente un hierro que ocasionó que la mesada cayera y lesionara a uno de ellos.

El tribunal sostuvo que “Si los operarios contratados para efectuar un trabajo riesgoso fueron advertidos del peligro existente, de modo que esta circunstancia no fue ocultada o ignorada, se la puede computar como parte del riesgo creado que todo trabajo a gran altura implica, de lo que se deduce que, si la víctima ha contravenido las instrucciones recibidas, el proceso causal que le resultó fatal es sólo atribuible a esta última”.<sup>1218</sup>

Por su parte, la Sala V de la CNCC, ha tenido ocasión de abordar esta cuestión en un caso donde médicos radiólogos presentaron patologías debido al uso de rayos x en el hospital donde trabajaban.

Dijo el tribunal que “Para que haya competencia de la víctima es necesario que ésta conozca el riesgo y, sin perjuicio de ello, lo asuma voluntariamente, pues de ser así podría afirmarse que aquélla actuó a propio riesgo. No puede afirmarse aún que los médicos hayan actuado a su riesgo, toda vez que no resulta lógico suponer que de haberlo conocido, hayan efectuado la denuncia recién cuatro años después. Debe descartarse entonces que los efectos perjudiciales en la salud sean imputables al propio comportamiento de las víctimas, por el actuar imprudente en su deber de

---

<sup>1216</sup>Cámara Nacional de Apelaciones Criminal y Correccional de la Capital Federal (CNACC), Sala I Causa n° 34.247, “Villamayor, Sixto”, del 23/07/2008.

<sup>1217</sup>Causa n°25.102, “Guisande, Narciso y otros”, del 16/12/04.

<sup>1218</sup>Causa n° 22.087, “Prieto, Jorge y otro”, del 6/11/2003.

autoprotección desarrollando acción es a propio riesgo, al manipular de modo incorrecto los equipos de rayos o mediante la sobre-exposición a las radiaciones emanadas de los mismos. Sería en el caso el garante de la no disponibilidad de determinados materiales, quien responde de las consecuencias delictivas si infringe su deber, que resultarían ser el jefe del servicio de radioterapia del nosocomio, el director del hospital y el responsable de la secretaría de salud.”<sup>1219</sup>

Un supuesto interesante se configuró en un fallo de la Sala I CNCC, donde se trató la situación de la madre superiora de un convento de monjas de clausura, en tanto “empleadora”.

La religiosa contrató a RI para podar un árbol y que mientras llevaba a cabo la tarea encomendada, cae del árbol y muere. A tal fin, la religiosa le proveyó herramientas que resultaban inidóneas para la tarea a desarrollar. La imputada refirió que RI ya había realizado otros trabajos para el convento y que una vez acordada la tarea, aquel se desenvolvía solo en cuanto a día, hora y forma de realizar el trabajo. Respecto de las herramientas dijo que R.I. solía alquilarlas y que ella no tenía conocimiento de que para la tarea se necesitaba una motosierra. Además, señaló que el árbol se encontraba en el atrio de la iglesia y por lo tanto fuera del radio de clausura, al que ella no podía acceder, por eso no vio cuando comenzó a realizar el trabajo ni cuando sucedió el accidente.

La magistrada de primera instancia entendió que la religiosa detentaba la posición de garante (a pesar de que no había una relación de dependencia laboral por parte del fallecido) y debió haber adoptado las medidas de seguridad necesarias. Por su parte, la defensa alegó que la herramienta usada fue *decisión exclusiva de la víctima*, ya que ni la imputada ni el resto de las religiosas conocen ese instrumento ni es necesario para desarrollar sus actividades. Agregó que “las Carmelitas Descalzas del Monasterio de San José, están separadas del mundo y se dedican a contemplación la oración y la penitencia. Que la imputada hace 49 años que permanece encerrada en el convento, por lo que no puede exigírsele que conozca de ese tipo de herramientas y que le indique cómo debe hacer su trabajo a una persona idónea como RI.” En base a los argumentos de la defensa, el Tribunal revocó el procesamiento de la religiosa.<sup>1220</sup>

Finalmente la Cámara Nacional de Casación Penal, en el fallo “E,D y otro”, mencionado anteriormente<sup>1221</sup>, analizó la cuestión de la posible autopuesta en peligro del trabajador.

En el supuesto allí tratado, un obrero de la construcción cayó al vacío desde un octavo piso, mientras trabajaba en un edificio que no contaba con las bandejas de seguridad (medida colectiva) y tampoco llevaba puesto el cinturón de seguridad anclado a punto fijo (medida de seguridad individual).

La defensa del imputado (encargado de obra) alegó que si el damnificado hubiera usado el arnés, que había sido puesto a su disposición por su defendido, hubiera salvado su

---

<sup>1219</sup> Causa n° 24.224, “Noceto, Carlos y otros”, del 8/06/2004

<sup>1220</sup> Causa n° 40.090, “Rosso, Ester”, del 16/5/2011

<sup>1221</sup> Ver el comentario de este fallo en el punto V.6.

vida. Ante tal argumento el Juez Hornos<sup>1222</sup> respondió que las básicas medidas de seguridad colectivas resultan ineludibles en la obra, y se deben adoptar sin perjuicio de la obligatoriedad por parte del empleador de la provisión de elementos de protección personal acorde al riesgo. De manera que el hecho de que la víctima no llevara puesto el cinturón, en modo alguno exime de responsabilidad al imputado por el suceso acaecido. Continuó señalando que en cualquier caso, no debe ignorarse que la obligación de usar el cinturón de seguridad o arnés habría surgido, en definitiva, justamente, por la ausencia de las básicas medidas de seguridad que debían implementarse (las mencionadas bandejas, barandas, o redes salvavidas). Ese fue el grosero incumplimiento que ya anteriormente conllevó a la definición de la situación de riesgo de caída a distinto nivel; por lo que se presenta arbitrario achacar al mismo operario la responsabilidad de su propia muerte en razón de no haber utilizado ante tal situación un elemento de seguridad personal que, según se alega hubiese evitado su caída, cuando antes debían colocarse -prioritariamente-, las medidas de seguridad colectivas contra la caída de personas, y cuyo total incumplimiento, en forma absolutamente paradójica e injusta, se alega ahora para fundar la obligación de colocación del cinturón de seguridad por parte de la víctima. Finalmente, el juez agregó que más allá de lo expresado, lo sustancial es que no se advierte, ni lo argumenta la defensa, de un modo mínimamente fundado, que en las circunstancias del caso, le incumbiese a la víctima su autoprotección.

---

<sup>1222</sup> Quien votó en minoría, por cuanto los otros dos jueces consideraron que no hubo responsabilidad penal por parte del encargado de obra y lo absolvieron.

## CAPÍTULO VI

### ***ANÁLISIS CRÍTICO DE LA ESTRUCTURA TÍPICA DEL ART. 316 CP ESPAÑOL. PAUTAS PARA EL DISEÑO DEL TIPO PENAL PROPUESTO***

***Configuración del delito de peligro contra la vida y salud de los trabajadores: Análisis de la conducta típica prevista en el art. 316 del CP español. Elementos típicos propuestos para el Derecho penal argentino.***

En este capítulo se hará un análisis exhaustivo de los elementos que componen el tipo penal del art. 316 CP español, con un enfoque crítico de las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales. Se destacarán los problemas dogmáticos y de interpretación generados por el tenor literal del precepto. Asimismo, se ofrecerá una exégesis propia de cada elemento típico (no siempre coincidente con la expuesta por la doctrina y jurisprudencia españolas) y finalmente se diseñará una estructura típica “ideal” del delito de riesgos laborales mediante un sistema de cláusulas, a la que responderá la redacción del tipo penal de peligro aquí postulado para el CP argentino, en el capítulo VII.

#### **I. La “construcción” del delito de peligro**

##### **I.1 Introducción**

En el capítulo anterior se han abordado algunas cuestiones relacionadas con el delito imprudente de resultado -homicidio y lesiones- que puede producirse en el ámbito de las actividades laborales. Allí, comenzamos a realizar un análisis comparativo entre esa clase de delitos y el delito de peligro, en tanto con este último se pretende adelantar la intervención penal respecto de la producción del resultado lesivo. Ese análisis continuará a lo largo de este capítulo, donde trataré de determinar bajo qué parámetros debe implementarse el referido adelanto de la barrera punitiva a través del diseño de un delito de peligro, y en ese contexto, estudiar críticamente el modo en que lo ha hecho el legislador con el art. 316. Sin embargo, es preciso advertir que al no ser ésta una tesis sobre dicho precepto, no se agotarán exhaustivamente todas las cuestiones que en general aborda la doctrina española, sino sólo aquellas que considero centrales con relación a los criterios que regirán la propuesta de tipo penal que aquí se hará.

El estudio del art. 316 consistirá básicamente, en analizar si los elementos típicos introducidos en dicha norma por el legislador de 1995, responden a los parámetros que,

luego del desarrollo de los próximos puntos, se expondrán aquí como necesarios para un adelanto *eficaz* de la barrera punitiva frente a los delitos de resultado imprudente.

En un sentido similar -aunque con menos profundidad-, se hará luego (en el capítulo próximo) un análisis comparativo entre tales pautas de estructuración típica y los tipos penales de peligro de Perú, Paraguay, Uruguay y de los Anteproyectos de Reforma al CP argentino y al CP chileno.<sup>1223</sup> A continuación, se elaborará la propuesta de redacción de un tipo penal de peligro para el ordenamiento penal argentino, tratando de evitar los problemas generados por la técnica de tipificación del precepto español y de los países mencionados, y teniendo como referente un modelo de tipo penal de riesgo que responda a los criterios legislativos que se desarrollaran seguidamente.

De inicio, corresponde profundizar en la relación entre el delito de resultado imprudente y el delito de peligro.

## **I.2 Relación entre el delito de resultado imprudente y el delito de peligro**

### **I.2. a Consideraciones previas**

Antes de adentrarnos al estudio de esta cuestión, cabe señalar que la doctrina española al analizar la relación entre estos dos delitos, partiendo de *lege lata*, sólo lo hace en el sentido “del riesgo al resultado” (esto es desde el art. 316 hacia los delitos de lesión u homicidio imprudentes). Pero aquí el panorama es diferente, ya que partimos de *lege ferenda*, por cuanto el objetivo consiste en *diseñar* el tipo de peligro que el CP argentino no tiene. Esta perspectiva responde al “camino inverso”, es decir, desde el resultado -que sí está tipificado- hacia el riesgo *para tipificarlo*, para poder identificar adecuadamente qué riesgo -conducta peligrosa-, qué estadio de evolución de éste -peligro abstracto o concreto- y quiénes lo generan -sujetos activos-, como elementos de un delito de peligro que represente un adelanto eficiente en la intervención del Derecho penal en este ámbito de los riesgos laborales. Es decir, se parte de lo que se quiere evitar: el *resultado*, para determinar de qué manera hacerlo de un modo eficaz.

El análisis de la vinculación entre estos dos delitos desde la perspectiva de *lege lata*, es decir partiendo de un delito de peligro ya configurado (hacia el resultado imprudente), es lineal o unidireccional y representa el avance en el *iter criminis*. Pero el camino inverso, para configurar el delito de peligro, es *multidireccional*, en el sentido de que al alejarnos del resultado “hacia atrás”, aparece el riesgo como concepto abstracto y sin límites definidos.

---

<sup>1223</sup> Tratados en el capítulo I.



En efecto, no hay que perder de vista que el resultado es la concreción de un riesgo. De ese modo, el resultado *delimita* ese riesgo que se concretó en él. Es por eso que previamente a esa concreción, se abre un panorama “amplio” de peligro, un abanico de riesgos posibles entre los que se debe seleccionar como penalmente relevante al que puede producir el resultado que queremos evitar, pero delimitándolo desde una perspectiva *ex ante*, mediante criterios que no respondan a la explicación *ex post* de la concreción en la lesión producida (en este sentido, puede decirse que de alguna manera el resultado producido es la prueba más contundente de que el riesgo que se concretó era (o mejor dicho, *debió ser*) penalmente relevante, pero el problema es que esto sólo podemos saberlo *a posteriori* y aquí la idea es identificarlo antes del resultado, que es lo que se quiere evitar. En este contexto, deben entrar en escena *otras pautas definitorias*, distintas al resultado (y al deber de cuidado concreto que debió seguirse) pero *no independientes* a éste. Es decir, si bien el resultado -como evento real- no puede definir el riesgo porque responde a una perspectiva *ex post* y no a la perspectiva *ex ante* necesaria para el diseño del delito de peligro, lo cierto es que el estudio del resultado, en tanto “categoría conceptual” (y efecto que se quiere evitar), nos permite acceder a los parámetros necesarios para delimitar el riesgo penalmente relevante.

Por eso, la forma de configurar un delito de peligro eficaz, es estudiando los factores que influyen en la producción del resultado y las circunstancias particulares que presenta el delito imprudente de lesiones y de homicidio en este ámbito de riesgos laborales.

Desde esta lógica, en el análisis retrospectivo hacia la selección del riesgo penalmente relevante para el delito de peligro que se propondrá, tendrán una directa incidencia las bases sentadas en el capítulo anterior sobre el delito de resultado, que se verán representadas en la “construcción” del precepto de peligro.

En este sentido, se verá a lo largo de este capítulo, que cuestiones como la relativa a las enfermedades laborales (en tanto eventual resultado lesivo) y la intervención imprudente del trabajador-víctima en los accidentes laborales, tendrán incidencia en el *estadio de evolución del riesgo* que el delito de peligro debe abarcar (peligro abstracto o concreto). Del mismo modo, el estudio de la imputación de resultados de lesión o muerte imprudentes en el marco de la delegación o de la arrogación de competencias originariamente propias del empresario, serán esenciales para definir al *sujeto activo* del delito de peligro.

## I.2.b Del resultado al riesgo

El CP emplea el término “causar” como verbo típico de los homicidios y las lesiones imprudentes -así como de la mayoría de los delitos de resultado-. Ese “causar” en el sentido del texto de la ley, significa irrogar o infligir, es decir producir a otro un mal.<sup>1224</sup>

Por otra parte, si lo prohibido es “causar”, tiene sentido que la prohibición esté dirigida a cualquiera: “el que” (causare), ya que el sujeto activo también está determinado por la producción del resultado.

A diferencia del art. 316, los tipos imprudentes de homicidio y lesiones son delitos puros de resultado, en los que no existen medios comisivos determinados, sino que se entienden cometidos *con la mera producción del resultado*, en términos tales que permitan su imputación a la conducta. Sin embargo -y como se viene señalando- no hay una completa independencia entre estos tipos y el de peligro.<sup>1225</sup> La relación existente entre ellos, consiste en que con el delito de peligro se intenta evitar el resultado lesivo producido, pero *de un cierto modo*: mediante la creación de un riesgo especial. Ese riesgo es especial porque lo genera *cierta* conducta de *ciertos* sujetos, mientras que en el delito de resultado se produce *del modo que sea*,<sup>1226</sup> un peligro tan grave que termina lesionando la vida/salud del trabajador. Es evidente que los ámbitos de las conductas típicas son concéntricos, siendo el círculo mayor el de las conductas típicas de homicidio o lesiones imprudentes.<sup>1227</sup>

Así planteada la relación entre ambos delitos, lo que se debe determinar es, cuáles son las *coordenadas* a las que debe responder el diseño del tipo de peligro, que hacen que este delito pueda ser *un eficaz círculo menor o interior* respecto del delito de resultado y que se traducen en determinados elementos típicos que funcionan como “filtros” de la conducta peligrosa.

En esta dirección, si la idea es crear un tipo de peligro, que se adelante a la lógica del delito de resultado, va de suyo que no se podrá usar el verbo “causar” ni la fórmula “el que” (causare), en tanto el núcleo *no será el resultado*. Tanto el verbo típico como el sujeto activo requieren necesariamente otras especificaciones. Desde esta óptica, sólo la precisión de la conducta “peligrosa” puede compensar el hecho de que no se requiera la verificación de un resultado lesivo, sino únicamente la constatación de un riesgo. En los

---

<sup>1224</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Derecho penal de la construcción*, p.543.

<sup>1225</sup> Como se sostuvo, en mi opinión incorrectamente, en la SAP Barcelona, 2º. 2/9/2003 (Pte. Martín García).

<sup>1226</sup> Siempre sobre la base de la infracción de un deber de cuidado debido.

<sup>1227</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Derecho penal de la construcción*, p. 552, nota 462.

delitos de resultado, es la producción de éste y las circunstancias que rodean esa producción, lo que permite ir “hacia atrás” (unidireccionalmente hacia el encuentro del riesgo), comprobando la relación de causalidad (y de riesgo) y la violación del deber de cuidado *concreto* -según se desarrollaron los hechos-, para imputar el resultado a la conducta.<sup>1228</sup> Por el contrario, el delito de peligro responde a una perspectiva de precisión “*ex ante*”. En efecto, a los tipos imprudentes de homicidio/lesión les es inherente un proceso de “reconstrucción de lo sucedido” a partir del resultado -son retrospectivos-, pero en el delito de peligro, la técnica es diferente: el tipo debe brindar pautas más certeras o precisas acerca de cuál es el peligro a evitar porque -justamente- faltará el resultado que, junto a la relación de causalidad (y de riesgo), es el elemento típico que en el delito imprudente de lesiones u homicidio, nos informa acerca de la infracción del deber de cuidado que hubiera evitado ese desenlace lesivo. En otras palabras, en el delito de peligro, es el tipo el que debe adelantarse a seleccionar determinadas “infracciones al deber de cuidado” que están desvaloradas y descritas de ante mano -*ex ante*- para poder identificar al riesgo prohibido, en un estadio anterior a la producción del resultado.

### **I.2.c Estructura del delito de peligro**

Para establecer qué elementos deben integrar el tipo de peligro, se debe partir como premisa inicial, de cuál es el *objetivo* del legislador al diseñar el tipo de peligro.

---

<sup>1228</sup> Recurriendo a una analogía “geométrica”, la relación causal permite establecer un vínculo entre dos fenómenos detectados (ontológicos): el riesgo penalmente relevante y el resultado, *por esos dos puntos sólo puede pasar una sola línea imaginaria*. Si prescindimos del resultado, desaparece uno de los puntos, y por lo tanto la *única dirección posible* de la recta que unía los dos extremos. A medida que nos alejamos, en el sentido del resultado hacia el riesgo, la relación de causalidad en tanto explicación de la concreción del riesgo en el resultado, se transforma. En efecto, se recurre al empleo de leyes causales para elaborar un juicio de pronóstico sobre los resultados que una conducta puede generar: la valoración de la conducta se hace sobre el supuesto de que ese comportamiento tiene *aptitud* de ocasionar un determinado resultado -relación causal hipotética-, esto es, en la lógica del delito de peligro se transforma en una *relación de previsibilidad*. Cabe aclarar que la imputación objetiva prescinde de la relación causal como elemento autónomo y alude a la relación del riesgo en el resultado, sobre el supuesto de que ésta se presenta cuando la presencia de determinado riesgo es imprescindible para la explicación del resultado. Sin embargo, esa explicación no debe ser entendida en el sentido de que dos acontecimientos están invariablemente unidos de manera tal que siempre que si se presenta uno de ellos -causa- se puede tener la certeza de que el otro -resultado- sobrevendrá, sino tan sólo como la probabilidad de que la creación del riesgo penalmente desaprobado por parte del autor sea apta -en términos de probabilidades- para ocasionar un daño al bien jurídico objeto de protección. No se trata entonces de buscar causas, sino explicaciones de los resultados que interesan al Derecho penal, por eso es factible que la creación de un riesgo penalmente desaprobado explique un resultado, aun cuando no pueda decirse que está causalmente vinculado a él en el sentido de responder siempre y de manera inflexible a una ley causal edificada sobre la noción de certeza (REYES ALVARADO, Causalidad y explicación del resultado, en *Libro Homenaje al Prof. Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005, p. 896).

El de las actividades laborales es un ámbito que puede llegar a ser muy riesgoso<sup>1229</sup>, por eso está intensamente regulado por normas extrapenales -administrativo/laborales- que imponen al empresario medidas de seguridad adecuadas a la clase de peligro inherente a la actividad específica. Tales preceptos determinan el *riesgo permitido*, al autorizar el desarrollo de una tarea productiva peligrosa *pero bajo ciertas condiciones de seguridad*. Esas normativas, según se ha señalado antes, responden a un cambio de visión de los accidentes laborales, que han dejado de percibirse como un efecto inevitable del trabajo, por eso ya no son exclusivamente reparatoras o resarcitorias, sino esencialmente *preventivas*.<sup>1230</sup>

Ahora bien, más allá de que el riesgo propio del proceso productivo es estructural, lo cierto es que la mayoría de los accidentes y enfermedades laborales producidos, son consecuencia del incumplimiento *generalizado* de esas normas de seguridad.<sup>1231</sup>

Frente a esta realidad, se manifiesta oportuna la intervención del Derecho penal *adelantada*, mediante un delito de peligro, como instrumento idóneo para la *determinación de los empresarios al cumplimiento de las normas de seguridad*, como condición necesaria para la permisión del riesgo que conlleva la actividad laboral.

En esta dirección, no hay que perder de vista que con la creación del delito de peligro relativo a la seguridad e higiene en el trabajo, el legislador pretende *reforzar el cumplimiento de las medidas de prevención* para, de ese modo, evitar los riesgos que esas infracciones generan, -y que son abarcados por el delito imprudente sólo cuando se concretan en el resultado lesivo-.<sup>1232</sup> Eso es lo que se busca lograr con el tipo de peligro (art. 316), que es menos pretensioso que querer que se cumpla el deber de cuidado “correspondiente”, que en *cada caso concreto* evitaría *toda* muerte o lesión del trabajador.<sup>1233</sup> He aquí la primera característica del riesgo a prohibir: éste proviene del incumplimiento de las medidas de seguridad prefijadas normativamente.<sup>1234</sup>

---

<sup>1229</sup> Por ejemplo: el de la construcción, minería, agricultura y ciertas industrias.

<sup>1230</sup> Ver capítulo I

<sup>1231</sup> De un “pertinaz incumplimiento”, en términos de LÓPEZ PALOMERO, en referencia a la siniestralidad laboral en Argentina (*Derecho penal del trabajo*, pp. 27, 110 y 117/118).

<sup>1232</sup> ESCAJEDO SAN EPIFANIO, *Actualidad Penal*, N° 38, pp. 801 y ss.

<sup>1233</sup> CORCOY BIDASOLO/CARDENAL MONTRAVETA/HORTAL IBARRA, señalan que el delito del art. 316 y el de homicidio/lesiones imprudentes no se encuentran en una relación de independencia absoluta, sino de *complementariedad*, ello porque si bien la concurrencia del primero no conlleva necesariamente la existencia del segundo, generalmente, la subsunción de la conducta en el primero comportará, de probarse la existencia de la relación de riesgo, la imputación de la muerte o la lesión a título imprudente. Es decir la conducta descrita en el art. 316 (“no facilitar de los medios necesarios”) determinará, de facto, la existencia del injusto típico del homicidio y lesiones imprudentes. En efecto, *obligando al empresario a proporcionar a los trabajadores las medidas de seguridad legalmente exigidas, se limitan los riesgos laborales, garantizando la vida y salud*. Esta complementariedad entre

Por ello, el mensaje del legislador al empresario no podrá consistir en un mero “no causes la lesión o muerte del trabajador”, sino que deberá dirigirse al sujeto ordenándole que en la dirección y organización del trabajo que tiene a su cargo, cumpla con todas las medidas de seguridad previstas en las disposiciones legales (administrativo/laborales), pues así evitará la producción de accidentes.<sup>1235</sup> En efecto, los delitos de peligro tipifican expresamente ámbitos de riesgo en los que se ha podido delimitar la norma de cuidado. De ahí que cuando la creación del peligro dependa de una norma de actuación plenamente delimitada *a priori*, se puede sancionar penalmente a quien la incumple y crea un peligro, sin necesidad de constatar la existencia de una concreta lesión, como sucede con la imprudencia.<sup>1236</sup>

---

los delitos de resultado imprudentes y el art. 316, también se pone de manifiesto en la autoría, ya que el art. 316 es un delito especial, el autor sólo puede ser alguno de los sujetos que tienen la obligación de facilitar los medios de seguridad, por el contrario, en los delitos de resultado comunes, se amplía el círculo de autores a todos los que en el caso concreto ostentaban el dominio funcional del hecho. Asimismo, esa relación se pone de manifiesto en la delimitación del sujeto pasivo: en el art.316, la víctima del delito es el trabajador o más concretamente, el colectivo formado por los trabajadores, en los delitos de resultado imprudentes, la víctima puede ser cualquiera que resulte afectada en un accidente laboral, por ejemplo, cuando el empresario no coloca las redes de seguridad para evitar la caída de objetos a la vía pública, no se puede aplicar el delito de peligro, porque se ha puesto en peligro “a los paseantes que circulan por la zona” (no a los trabajadores), pero eso no impide que se impute el homicidio y/ o lesiones imprudentes de éstos (*Revista Poder Judicial*, N° 71, pp. 46 y ss.).

<sup>1234</sup>El área de los riesgos laborales se encuentra regulada por el Derecho administrativo, que acepta cierto nivel de riesgo con relación a actividades que pueden ser peligrosas para la vida y salud del trabajador. Antes esa situación, el legislador penal puede intentar conectar la regulación penal a la administrativa, para lograr un sistema ordenado y global de la protección del trabajador, o bien regular simplemente la materia de forma cerrada en sí misma, atendiendo a la gravedad de las conductas y a la importancia y necesidad de protección de los bienes jurídicos en juego. Es la opción entre la accesoriad administrativa del Derecho penal o su configuración autónoma respecto de dicha normativa administrativa. En el primer esquema hay un sistema gradual de prohibiciones y sanciones a nivel administrativo y finalmente se completa con el recurso a la intervención penal ante los atentados más graves, fracasados los restantes sistemas de control (De la MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente y accesoriad administrativa*, Barcelona, 1996, pp. 61/62). La seguridad laboral es interdisciplinar, por eso su tutela penal no puede comprenderse como algo aislado, sino desde una concepción global de la protección del trabajador que le impone un papel de apoyo y fortalecimiento del intervencionismo preventivo de la Administración, a cuya organización y normativa debe adaptarse, renunciando a una labor original de concreción de las modalidades de agresión, so pena de ineficacia. En este sentido, no se debe olvidar que *si las normas de seguridad extrapenales se cumplieran, no habría necesidad de recurrir al Derecho penal -tipo de peligro-*, en términos de De la MATA BARRANCO, un desacoplamiento de ambos sería “anacrónico y jurídicamente inaceptable” (*Protección penal del ambiente...*, p. 68).

<sup>1235</sup> Si bien es cierto que la infracción de las normas sobre protección en el trabajo, no es condición necesaria ni suficiente para la imprudencia del autor que provoca un accidente de trabajo, lo cierto es que, desde el punto de vista político-criminal, la determinación del deber de cuidado en este ámbito, no puede “independizarse” de las normas de prevención extrapenales. Ello por cuanto, en el caso de las actividades peligrosas reglamentadas, como la actividad laboral, las ponderaciones generales ya están hechas (no se dejan a consideración del empresario) y brindan una herramienta precisa para la determinación del riesgo permitido.

<sup>1236</sup>De la CUESTA AGUADO, *RDP, Delitos de peligro-I*, p. 125 y ss. Las fórmulas típicas de remisión a tales normas cumplen la función principal de explicitar precisamente en el tipo, aquel ámbito de riesgo, facilitando la función judicial. Se trata de ámbitos de la actividad social en los que la norma de cuidado *no es absolutamente indeterminada*, sino que es susceptible de una cierta tipificación, por la naturaleza de la actividad y la experiencia acumulada, lo cual, unido al alto riesgo que tales conductas representan para

De acuerdo con esta consigna, parece lógico que como primer elemento, el tipo de peligro exija el incumplimiento de las medidas administrativas de seguridad extrapenal (elemento normativo), ya que es el presupuesto inicial de la creación del riesgo que se quiere prohibir.<sup>1237</sup> Ello por cuanto, la protección penal se incorpora como una herramienta de tutela que junto a otras, entre ellas la laboral/administrativa, y a modo de sanción negativa -represión del incumplimiento- opera como sistema para, al menos en teoría, incrementar la eficacia de las obligaciones preventivas por parte de los sujetos obligados.<sup>1238</sup> En este marco, “la infracción de la norma de prevención” como elemento típico, cumple un rol relevante partiendo de que el objetivo del legislador es, justamente, motivar al empleador<sup>1239</sup> a cumplir con las medidas de seguridad.

Este primer elemento típico, la exigencia de *la infracción de la norma de prevención*, marca una diferencia con el delito imprudente de resultado.

En efecto, la norma jurídica que declara punible el comportamiento imprudente, exige de cualquier persona, el empleo del cuidado objetivamente debido que resulta necesario para evitar la realización del tipo. Sin embargo, por regla general, los tipos penales imprudentes no dan información acerca de la clase y medida del cuidado aplicable. Por eso, el primer deber que se deriva del mandato general de cuidado consiste entonces, en identificar y valorar correctamente los peligros que acechan al bien jurídico protegido, pues todas las precauciones destinadas a evitar un daño dependen de la clase y medida del conocimiento del peligro amenazante. Se trata, pues, de un “cuidado interno”, una especie de “deber de examen preliminar”. Éste consiste en la observación de las condiciones bajo las cuales tiene lugar la acción, en el cálculo de su evolución y de las posibles modificaciones de las circunstancias concomitantes, así como en la reflexión acerca de cómo puede desenvolverse y repercutir el riesgo identificado.<sup>1240</sup>

A diferencia de ello, en el delito de peligro no existe para el sujeto ese “deber de examen preliminar”, por cuanto ese examen ya ha sido efectuado y sus conclusiones,

---

bienes jurídicos esenciales, debe llevar al legislador a su punición expresa, sin esperar a la producción de la lesión (De la CUESTA AGUADO, *ibídem*).

<sup>1237</sup> A *contrario sensu*, si los empleadores cumplieran exactamente las normas de prevención, no hubiera surgido la necesidad de adelantar la intervención penal, es decir, no nos encontramos en el supuesto de que *aun cumpliendo esa normativa*, se produzcan los accidentes laborales, ya que si así fuera, seguramente el problema estaría en un diseño defectuoso de tales preceptos (sin perjuicio de otras eventuales circunstancias).

<sup>1238</sup> PURCALLA BONILLA, *Aranzadi Social*, N° 5, p. 1660.

<sup>1239</sup> Nos referimos al “empleador” como término genérico, hasta que se especifique quienes deben ser los sujetos activos del delito de peligro.

<sup>1240</sup> JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal-Parte general*, trad. Olmedo Cardenete, Granada, 2002, p. 622.

formuladas en la norma administrativa de seguridad e incorporadas al tipo penal. De ese modo, puede decirse que al realizar el “camino inverso del resultado al riesgo”, el rol de la infracción del deber de cuidado se traslada a la infracción de la norma extrapenal. La contracara de adelantar el deber de cuidado es su “estandarización” (se desvincula de la situación concreta, se torna abstracto) mediante la norma de prevención, cuya infracción exige el delito de peligro. La consecuencia de ello será que, contrariamente al delito imprudente lesivo, el delito de peligro se configura como un *delito de omisión*.

En efecto, el elemento “infracción del deber de cuidado” produce la impresión de que el delito (comisivo) imprudente de resultado consiste en la *omisión* del cuidado debido, lo que sugiere su interpretación errónea como un delito de omisión. Sin embargo, al sujeto no se le reprocha el haber omitido algo, sino el haber *creado* un peligro no amparado por el riesgo permitido y sí abarcado por el fin de protección del tipo, que se ha realizado en un resultado típico.<sup>1241</sup> Por el contrario, en el delito de peligro, según se lo viene delineando, al sujeto activo se le reprocha no haber cumplido con el *mandato* del ordenamiento jurídico (incumplimiento de la norma de prevención extrapenal).<sup>1242</sup>

Delimitado este primer componente (normativo) del delito de peligro, el resto de los elementos típicos -“filtros”- se diseñarán conforme al *riesgo que se quiere prohibir*.

Pero, ¿cómo se define ese riesgo que el delito de peligro debe abarcar?

Si se tiene en cuenta que se trata de un sector (laboral) peligroso pero necesario, donde el ordenamiento jurídico (laboral/administrativo) permite *cierto* nivel de riesgo (riesgo permitido), claramente no será el riesgo propio (estructural) del proceso productivo el penalmente relevante, porque implicaría una contradicción con lo previsto en otro sector jurídico, sino un riesgo *excedente* de ese nivel permitido.<sup>1243</sup> Para identificar ese exceso de riesgo, se debe partir de lo que en el esquema esbozado en el capítulo anterior, se ha considerado como el “*equilibrio*” en el funcionamiento de las dos esferas de organización que conviven en el sector laboral: la del empresario (sobre el proceso

---

<sup>1241</sup> ROXIN, *DP-PG*, p. 1000.

<sup>1242</sup> En estos delitos, la existencia de un deber extrapenal está en el fundamento de la infracción penal (CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, p.340).

<sup>1243</sup> Aceptada la necesidad de intervención administrativa en la protección laboral, con carácter preferente desde su perspectiva preventiva, representan un límite a la amenaza penal los comportamientos que se toleran en dicho ámbito jurídico, evitando de ese modo contradicciones en el orden jurídico. De ahí que no pueda prohibirse penalmente lo que administrativamente está permitido. En ese sentido, “La política criminal forma parte de la política legislativa general, con la consecuencia práctica de que siempre han de intentar coordinarse los diferentes sectores del ordenamiento para que todos los conjuntos normativos que incidan en una misma realidad se edifiquen sobre un claro conocimiento de la misma y tiendan hacia metas, si no idénticas, sí al menos armónicas.” (De LA MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente...*, pp. 69/70).

productivo) y la del trabajador (sobre el resguardo de sus bienes jurídicos vida y salud).<sup>1244</sup>

Ahora bien, según se viene exponiendo, ese equilibrio es algo más que el cumplimiento “formal” de las medidas de seguridad por el empresario; es en realidad el cumplimiento de lo que se ha definido como el “estándar de seguridad” y que implica la *habilitación del trabajador como sujeto autorresponsable en el marco de la actividad (peligrosa) laboral*. Al trabajador se le “habilita” para autoprotgerse cuando *se le provee del fondo de conocimientos necesario para asociar el riesgo con las medidas de seguridad correspondientes (previstas y provistas)*. Según se explicó en el capítulo anterior, el cumplimiento del estándar de seguridad “habilitante” del trabajador, por parte del empresario, responde a una interpretación *amplia* de los deberes de formación e información y de la provisión de las diferentes medidas de seguridad previstas en la norma de prevención.<sup>1245</sup>

En otras palabras, lo que el “equilibrio de las esferas” requiere, es que el empresario le delegue al trabajador, la competencia originaria que, en tanto garante del foco de peligro en el que aquel se inserta como consecuencia del contrato de trabajo, tiene sobre la indemnidad de sus bienes jurídicos. Siendo el propio trabajador quien, al desarrollar su tarea laboral, interactúa directamente con el riesgo, *lo determinante para que esa interacción sea lo más inocua posible es la habilitación de la autorresponsabilidad del trabajador*, y esto se traduce en que tenga todos los elementos para autoorganizarse en el ámbito peligroso que *otro* organiza, esto es, que tenga la posibilidad de autoprotgerse frente al riesgo y salvaguardar sus bienes jurídicos -vida y salud- expuestos (ello por cuanto, si bien el trabajador es una “pieza del proceso productivo”, es también un *individuo*).<sup>1246</sup> El equilibrio de la esferas así descrito, no elimina el riesgo propio de la actividad laboral, sino que sólo garantiza cierto nivel de inocuidad de ese riesgo, que proviene de una interacción con éste, adecuada al estándar de seguridad que se ha definido. Así se interpreta aquí el *riesgo permitido laboral*.

---

<sup>1244</sup> Ver lo desarrollado en el capítulo V.

<sup>1245</sup> Ver capítulo V

<sup>1246</sup> En este ámbito no puede partirse del paradigma de sujetos que actúan autónomamente en un entorno de libertad. Así, como en la mayoría de los ámbitos vitales cada uno es el único responsable de los peligros o daños que su conducta pueda producir en otros, aquí la normativa legal establece un sistema complejo y redundante de protección de la seguridad de los trabajadores, en el que cada posibilidad de daño está bajo el control de varias instancias (como mínimo el propio trabajador en tanto que posible lesionador y un garante de control (DOPICO GÓMEZ-ALLER, ¿Qué salvar del art. 318? la responsabilidad de administradores y encargados del servicio en los delitos contra los derechos de los trabajadores, en *Revista General de Derecho Penal*, N° 9, 2008, pp. 28 y ss.)



Dicho esto, lo que el delito de peligro debe prohibir es que el trabajador interactúe con el riesgo propio del proceso productivo *de otro modo*, es decir, sin estar habilitado para autoorganizarse en salvaguarda de sus bienes jurídicos, porque sólo así se logra una interacción lo más inocua posible. Esto se produce cuando el empresario, como organizador exclusivo del proceso productivo (ámbito peligroso), no le brinda las condiciones seguras laborales (estándar de seguridad) al trabajador, no le delega la competencia sobre la indemnidad de sus bienes jurídicos y le “arrebata” las posibilidades de organización que debe tener el trabajador sobre su vida y salud.

Sentado lo anterior, se podrán ver ahora más claramente los restantes elementos que deben integrar al tipo de peligro.

En primer lugar, se señala que el riesgo típico es “excedente”, es decir, se trata de un calificativo relativo: debe ser *superior* a otro, esto es, superior al *riesgo permitido laboral*.

Entonces el riesgo estará enmarcado en la estructura típica por una cláusula (de *mínima*) que marca el piso -o nivel inferior-, y por otra cláusula (de *máxima*) que determina las circunstancias definitorias de ese “exceso”, que representa el riesgo *penalmente relevante*, que alude a un determinado estadio de evolución del riesgo y que en general se concreta en la expresión “peligro grave”.

La cláusula “de mínima” se corresponde con el primer elemento que hemos señalado; esto es, la “infracción de la norma de prevención.” Esta cláusula cumple una función importante porque respeta el principio de unidad del ordenamiento jurídico, en la medida que evita las contradicciones entre el Derecho penal y Derecho administrativo, reduciendo las posibilidades de que el primero prohíba conductas permitidas por el segundo. Ello garantiza la no conculcación del principio de seguridad jurídica y dota de una mayor eficacia a la intervención penal en los ámbitos ya protegidos por otros sectores del ordenamiento jurídico.<sup>1247</sup> Llamaremos a esta cláusula “de bloqueo”, porque su misión es *bloquear la tipicidad penal* cuando, a pesar de haberse creado un peligro grave, no hay infracción administrativa.<sup>1248</sup>

---

<sup>1247</sup> Cabe precisar, que la intervención penal en este ámbito depende en gran medida del grado de sistematización y concreción alcanzado en la normativa extra penal (HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, p.96, nota 199).

<sup>1248</sup> Usa una terminología similar, SILVA SÁNCHEZ, en relación a la valoración que cabe darle a los estándares establecidos en la norma administrativa en la actuación del personal médico-sanitario, y, en especial, la eficacia que cabe atribuir a los cambios producidos en la misma como consecuencia de la evolución de la ciencia y de la técnica. El autor concluye que, a diferencia del tipo imprudente, en aquellos delitos configurados por medio de leyes penales en blanco “la adecuación al estándar

En este contexto, cabe destacar que hay casos en los que aun cumpliendo las normas extrapenales de prevención, se constata un riesgo claramente mayor que el riesgo básico que suele quedar al observar la “norma de cautela” (situación crítica). En esa situación, la conducta que observa la regla normativa pero que sobrepasa el riesgo básico, no ha de calificarse como creación de riesgo desaprobada, en los términos del delito de peligro.<sup>1249</sup> Pero, cuando ese *riesgo residual* se concreta en el resultado lesivo, entonces sí deben entrar en escena los delitos imprudentes (de homicidio y lesiones), ya que en estos supuestos sí es necesario determinar en el caso concreto, cuál era el deber de cuidado adecuado (sí se requiere el “examen preliminar” al que se ha aludido antes). He aquí otra diferencia relevante entre el delito de peligro y el de resultado: el rol que juega en ambos casos el “riesgo residual”. Sería imposible crear un delito de peligro partiendo del concepto de riesgo residual, pues éste no se puede generalizar, creando una norma abstracta, por ello, este riesgo remanente es irrelevante en la lógica del delito de peligro (es “filtrado” por la cláusula de bloqueo). Esta afirmación es consecuencia directa de que el “examen preliminar” mencionado, que el sujeto debe efectuar en el marco del delito imprudente y no en el delito de peligro, es el que detecta las “situaciones críticas” (que escapan a las normas estandarizadas) y a las que debe adaptar el deber de cuidado *para evitar el resultado imprudente*.

En cuanto a la segunda cláusula (de máxima), ésta ayuda a definir al riesgo excedente del permitido -desvalorado penalmente-, señalando su estadio de evolución, es decir, el “momento del riesgo” que el tipo considera penalmente relevante y que se traduce en términos de la técnica de tipificación, en la *clase de peligro* prevista (abstracto o concreto). Es muy importante la decisión sobre qué grado de desarrollo debe tener el riesgo para ser típico, ya que ello es determinante de la eficacia del adelanto de la barrera de punición a través del delito de peligro. Por eso, como se verá más adelante, debe describirse con mucha precisión si se trata de un peligro abstracto o concreto.<sup>1250</sup>

---

normativo... tiene un efecto de bloqueo de la tipicidad” (citado por HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, p. 152, nota 352).

<sup>1249</sup> Sobre este tema ver GIL GIL, A., *El delito imprudente*, 2007, pp. 267/8.

<sup>1250</sup> Según se ha desarrollado en el capítulo IV, no ha sido feliz la técnica utilizada en el art. 316, por cuanto en este ámbito lo indicado para la eficacia del delito de peligro, es un adelanto de la barrera de punición al peligro abstracto-concreto y en la redacción del precepto citado, el legislador no ha sido claro en la determinación del grado de evolución del riesgo que quería abarcar. Si bien la doctrina española casi unánime, ha interpretado que se trata de un peligro concreto, admite también una interpretación diferente, como aquí se ha postulado (ver capítulo citado). Este tema se seguirá desarrollando al tratar más adelante, la cláusula de nivelación del peligro.

En tanto la función de esta cláusula es nivelar el riesgo a lo que el Derecho penal considera relevante, le llamaremos “cláusula de nivelación *penal* del riesgo.” Esta fórmula es la que dota de *contenido material* al injusto, siendo éste el plus de antijuridicidad que determina el paso fronterizo entre la contravención administrativa y la contravención penal.<sup>1251</sup> En el art. 316 está representada en la fórmula “de forma que pongan así en *peligro grave* la vida, salud e integridad física [de los trabajadores].” Responde al intento del legislador de restringir el catálogo de comportamientos punibles y de adecuar la intervención penal en el contexto de la prestación laboral, a los principios de intervención mínima y de *última ratio*.<sup>1252</sup>

Ello por cuanto, el *desvalor de acción* en el delito de peligro<sup>1253</sup> no se produce con la mera infracción de la norma de seguridad extrapenal, pues aquel encierra -más allá de ésta- la *idoneidad lesiva de la conducta, frente a los bienes jurídicos expuestos, justificante de la prohibición penal*.

Con esta lógica la intervención adelantada del Derecho penal mediante el delito de peligro, cumple una función subsidiaria, ya que la tutela inmediata en materia de seguridad en el trabajo la ejerce el Derecho laboral y administrativo. Es decir, la herramienta penal, en tanto *ultima ratio*, debe dirigirse a un momento *posterior* al incumplimiento del orden laboral/administrativo, reforzando los objetivos de seguridad de esta normativa extra penal y cuando *además* de esa infracción, se configure un

---

<sup>1251</sup> Además del injusto administrativo que pueda producirse, la intervención penal ha de exigir como “plus” un desvalor de acción o de resultado complementario y cualificado sobre dicho injusto. En cuanto la más severa de las reacciones del orden jurídico, la intervención penal ha de presuponer ese injusto especialmente lesivo diferente del que conlleva la mera aplicación de una sanción administrativa y relacionado con un bien jurídico valioso en sí mismo, un interés que trascienda la esfera de las acciones de la Administración y coincida con un valor constitucional (De la MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente...*p. 74).

<sup>1252</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ expresa con precisión esta idea, cuando sostiene que “La permisión del riesgo provechoso y la protección de la seguridad de los trabajadores, objetivos contrapuestos, encuentran su síntesis jurídica en la imposición, junto a la autorización para el emprendimiento de ciertas actividades productivas útiles, de la obligación de adoptar una serie de medidas destinadas al control del riesgo. El bien jurídico que nos ocupa quedará lesionado, no en la medida en que exista peligro para la vida, integridad física o salud de los trabajadores, sino en la medida en que se trate de un peligro no permitido, ya lo sea *ab initio*, ya por la posterior ausencia de medidas de control”. Agrega el autor que, no será misión del Derecho penal, la protección del bien jurídico en cuestión ante cualquier tipo de ataques, sino tan sólo ante los que supongan un mayor grado de peligro para la vida, integridad física o salud de los trabajadores. El bien jurídico penal “seguridad e higiene en el trabajo” tiene así dimensiones diferentes que el bien jurídico “seguridad e higiene en el trabajo” (*La protección penal...*p. 311 y nota 38). Cabe decir que no se trata de dimensiones diferentes del bien jurídico; lo que se quiere proteger es siempre lo mismo: vida y salud de los trabajadores, pero de riesgos -ataques- diferentes, y en ese sentido, el tipo penal sólo abarca los más graves (ver lo desarrollado sobre el bien jurídico protegido, en el capítulo III).

<sup>1253</sup> Se habla de desvalor de acción y no de desvalor de resultado, porque, como se viene exponiendo, se postula aquí un delito de peligro abstracto-concreto y no de peligro concreto (resultado de peligro).

peligro grave -es decir, no ante cualquier o la mera infracción administrativa-. La evaluación del “plus” del peligro grave, corresponde al juzgador.

Por su parte, la determinación de los sujetos activos del delito de peligro, se soluciona si se tiene en cuenta *qué* riesgo se quiere prohibir; es decir, bien delimitado éste, surge claro quiénes son *los que pueden crear ese riesgo* y por lo tanto, a quienes debe dirigirse la prohibición. Teniendo en cuenta que la autorresponsabilidad del trabajador durante su actividad laboral se configura en el ámbito peligroso de otro y está, por lo tanto, subordinada a ciertas condiciones que dependen del *organizador* del ámbito peligroso en el que la tarea se desenvuelve, sólo podrá ser sujeto activo del delito de peligro quien pueda -y deba- delegar la competencia originaria sobre la indemnidad de los bienes jurídicos del trabajador (junto al encargo de la tarea laboral específica), es decir, en quien recaiga el deber de seguridad del trabajador. En este punto es importante para la efectividad del tipo penal, que haya una verdadera simetría entre *todos* estos sujetos que puedan generar con su conducta el riesgo típico y los que sean abarcados por la formulación típica. De este modo, puede decirse que hay un efecto “espejo” entre el riesgo descrito en el tipo y quienes deben ser considerados autores, por eso no hablamos de *cláusula* de determinación del sujeto activo, sino simplemente de su descripción, ya que el autor viene determinado por las características definitorias del riesgo típico.<sup>1254</sup> La afirmación de que el deber de seguridad recae en el organizador de la fuente de peligro (proceso productivo), también tiene el efecto de delimitar al *sujeto pasivo* del delito de peligro, que no será “cualquiera”, sino quien tiene derecho a esa protección especial: el trabajador en relación de dependencia, esa es la interpretación que cabe darle al término “trabajadores” (aunque el art. 316 no lo diga expresamente).

Las cláusulas típicas hasta aquí descriptas (de bloqueo y de nivelación penal del peligro) conforman los *parámetros elementales* de un “delito de peligro básico” en el ámbito que nos ocupa (de hecho existen tipos penales así diseñados en el Derecho comparado),<sup>1255</sup> en tanto con ellas se prohíbe “la infracción de las normas de seguridad extrapenal, cuando *además* genere un peligro grave (penalmente relevante)”.

Sin embargo, creo que para una mayor eficacia del tipo penal y también en aras de lograr una mayor seguridad jurídica, serán necesarias además, determinadas precisiones sobre el comportamiento típico, que refieran a circunstancias o modalidades de

---

<sup>1254</sup> Sólo hablaríamos de una nueva cláusula, si ésta introdujera un criterio autónomo para la definición del sujeto activo. Pero, como se ha dicho, éste ya está definido por el riesgo penalmente relevante (quienes pueden crearlo).

<sup>1255</sup> Ver el apartado de Derecho comparado en el capítulo I.

conducta con relación al *origen* del riesgo. Es decir, que el tipo penal además de exigir la infracción de la norma de prevención (cláusula de bloqueo) y de determinar el riesgo penalmente relevante y su estadio de evolución (cláusula de nivelación del peligro) debe definir y abarcar *sólo algunas maneras posibles de configurar el riesgo prohibido*.

Nótese que con esta “precisión” sobre determinados orígenes del peligro, se introduce un segundo nivel de “prohibición” -o delimitación- del riesgo: la cláusula de nivelación del peligro prohíbe cierto nivel de riesgo (grave) y ésta, a la que llamaremos “cláusula de especificación de la conducta”, prohíbe *ciertos riesgos graves* que respondan a esos orígenes. De este modo, el primer nivel de delimitación responde a una perspectiva “cuantitativa” y el segundo a una “cualitativa.”

Cabe aclarar que el sentido de esta cláusula de especificación, es distribuir de un modo proporcionado la determinación de la gravedad penalmente relevante del peligro, en la tarea del legislador y en la del juez. En efecto, en el que hemos definido como “tipo de peligro básico”, la determinación de las conductas típicas, que partiendo de la infracción administrativa generan el peligro grave -penalmente relevante-, *recae exclusivamente en la cláusula de nivelación del peligro, que configura un mandato al juzgador*. Sólo corresponde al juez -y su sana crítica- determinar entre *toda* infracción administrativa posible, aquella susceptible de crear el “peligro grave”. Por el contrario, si el tipo prevé además, la fórmula de especificación de la conducta, el legislador habrá efectuado con ella, un primer filtro de aquellas infracciones que considera idóneas para generar el peligro grave. Con este panorama, pueden detectarse dos niveles de valoración del peligro grave: en el primer nivel (cláusula de especificación) el legislador selecciona modalidades de conducta -que representan *ciertas* infracciones administrativas- que *generalmente* son idóneas para producir el peligro grave. En el segundo nivel, la valoración del juez se dirige a constatar la aptitud de esas infracciones (preseleccionadas) para generar el peligro grave *en el caso concreto*. De este modo, la presencia de esta cláusula (especificación) en el tipo, reduce la discrecionalidad del juzgador.

Con esta valoración “bipartita” del peligro penalmente relevante, las cláusulas de especificación de la conducta y de nivelación del peligro, se configuran como las *cláusulas de contenido* (penal) en la estructura del modelo de tipo penal que aquí se postula y que se presenta como “completo” frente al tipo básico descripto.

Ahora bien, la “especificación” únicamente cumple con los objetivos señalados, si tiene la virtud de seleccionar adecuadamente aquellas modalidades de conducta, susceptibles realmente de generar *los riesgos más graves*.

En efecto, esta fórmula de especificación de la conducta representa un elemento indispensable -en la concepción aquí sostenida- para evitar la posible lesión del principio de legalidad y, en ese sentido, otorgar mayor seguridad jurídica al empresario, quien puede conocer de antemano cuáles infracciones integran el catálogo de las abarcadas por el delito (si se cumple además con el plus del peligro grave en el caso concreto) y además facilita la labor del juez, mediante esa primera selección efectuada por el legislador. Se volverá sobre este tema, al tratar la cuestión del art. 316 como ley penal en blanco.

La cláusula de especificación presenta contornos muy flexibles y su diseño puede variar entre la selección de una modalidad concreta de conducta (por ejemplo “no facilitar los medios necesarios”, propia del art. 316), una indicación “abierta” de ellas (con una descripción meramente ejemplificativa) o una enumeración taxativa. También la fórmula puede hacer referencia a otras circunstancias que puedan potenciar la gravedad del peligro de ciertas infracciones administrativas, por ejemplo al área o sector específico de actividad, en el que la infracción se produce.<sup>1256</sup>

Una vez delineados los componentes que aquí se consideran necesarios en la estructura típica del delito de peligro, se analizarán seguidamente qué elementos típicos integran el art. 316.

## **II. Análisis de los elementos típicos del art. 316**

### **II. 1 Introducción**

Como hemos desarrollado en el punto anterior, el delito de peligro que pretenda -según el objetivo del legislador aquí expuesto-, configurar un adelanto eficaz de la barrera de punición para prevenir las lesiones y muertes en el trabajo, debe estructurarse en base a elementos que “filtran” la conducta desde una perspectiva *ex ante*, a diferencia de la amplitud -perspectiva *ex post*- con la que el tipo imprudente de resultado selecciona las conductas típicas -sin definir las de antemano, determinadas a partir del resultado-.

---

<sup>1256</sup> Se abordará este tema al tratar más adelante, la cláusula de especificación de la conducta.

Esos filtros están representados por una cláusula de bloqueo, una cláusula de nivelación penal del peligro, la descripción de los sujetos activos y una cláusula de especificación de la conducta.

El art. 316 dispone que: *“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, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.”*

En la redacción típica pueden identificarse fácilmente esos elementos:

1. cláusula de bloqueo: “con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales”
2. cláusula de nivelación: “de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física”
3. descripción de los sujetos activos: “Los... legalmente obligados”
4. cláusula de especificación de la conducta “no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas”

En lo que sigue, se analizarán los efectos de la estructuración que ha hecho el legislador de esos elementos en el precepto estudiado y si éstos responden a los mandatos de eficacia y seguridad jurídica (principio de legalidad).

## **II. 2 Infracción de la norma de prevención (cláusula de bloqueo)**

### **II.2.a Introducción**

En la medida que la contravención administrativa es un elemento que *integra* el tipo penal, está claro que no puede haber coincidencia conceptual entre ellos. Es así, que este primer componente del delito de peligro estudiado, pone sobre el tapete la problemática sobre la diferenciación entre la infracción administrativa y el delito, y con ello, la relación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador.

Ni el Derecho penal ni el Derecho administrativo sancionador son estancos separados, sino espacios de actuación coordinada en el marco de una política represiva que el Estado puede implementar para cumplir su función constitucional. Existe un espacio propio o inherente al Derecho penal, donde la Administración no tiene cabida -Derecho penal nuclear-, pero también existe otro ámbito en donde la eficacia en el actuar del

Estado no se asegura sólo con la intervención de la Administración, sino que requiere también la participación del Derecho penal con sanciones más graves. Es en ese espacio, donde la sanción administrativa comienza su “relación dialéctica” con las sanciones penales.

En el contexto descrito, no siempre resulta fácil distinguir claramente ambas clases de ilícitos. La falta de límites entre ellos es debida a una relación entre ambos sistemas sancionatorios que está en continuo movimiento, un movimiento que responde a las grandes transformaciones que el Derecho penal viene sufriendo últimamente.

Durante mucho tiempo se concibió a la relación entre ambos sectores como una diferencia cualitativa. Así, la aproximación “clásica” a la cuestión consistía en estimar que mientras el Derecho penal recogía conductas a las que se refiere un juicio de desvalor ético muy pronunciado, en el caso del ordenamiento administrativo sancionador, tan sólo se trataría de provisiones de buen gobierno, de organización de la vida social que, a pesar de no implicar ese juicio de desvalor ético-social, conviene reforzar mediante el mecanismo de dirección de la conducta, de la sanción.<sup>1257</sup>

Sin embargo, esta situación en España cambió radicalmente con la transición al régimen constitucional: el art 25.1 CE no sólo se refiere al delito, sino también a la infracción administrativa, cuando proclama la vigencia del principio de legalidad como derecho fundamental.<sup>1258</sup> Por otra parte, en el tercer apartado del precepto citado, se establece una jerarquización entre las reacciones propias de las manifestaciones del sistema jurídico sancionador, reservando las más graves para el Derecho penal: las sanciones administrativas no pueden llevar aparejadas privaciones de libertad.<sup>1259</sup>

Existiría por lo tanto, una unidad de todo el derecho sancionador, alcanzándose una situación estable mediante una extensión matizada de los principios propios del sistema

---

<sup>1257</sup> CANCIO MELIÁ, Frontera entre sanción administrativa y responsabilidad penal, en *Economist & Jurist*, vol. 19, n°151, 2011, p.31. Sobre la evolución de los criterios de distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, ver RANDO CASSERMEIRO, P., *La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador*, Valencia, 2010, pp.40 y ss. y sus citas.

<sup>1258</sup> CANCIO MELIÁ, *ibídem*. El artículo 25 CE dispone: “1.Nadie puede 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 aquel momento. 2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”.

<sup>1259</sup> NAVARRO CARDOSO, F. *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho penal*, Madrid, 2001, p. 23.



sancionador, desarrollados originalmente en el Derecho penal (de culpabilidad, legalidad y proporcionalidad).<sup>1260</sup>

De la conciencia de que ambas sanciones, la administrativa y la penal, son expresión de un único poder punitivo del Estado, ha ido surgiendo la nueva opinión mayoritaria: la idea de que la diferenciación entre ambos sectores no responde, como se pensaba antes, a una diversidad material, cualitativa, sino a criterios meramente cuantitativos. Por lo tanto, la diferencia entre los dos aspectos del *ius puniendi* sólo vendría dada por divergencias meramente cuantitativas, tanto en el lado de la legislación (un margen amplio para optar por una u otra vía de sanción), como en el ámbito de aplicación (la existencia de cierto margen de oportunidad, en la política de persecución de la Administración, frente al estricto principio procesal de legalidad en materia penal).<sup>1261</sup>

En esta exégesis, siendo el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, manifestaciones de un unitario sistema jurídico -sancionador de control social de determinadas conductas desviadas-, ambos deben responder a las mismas finalidades en torno a su intervención, es decir tanto uno como el otro, persiguen iguales fines: prevenir ciertas conductas ilícitas -fin de prevención- y garantizar la libertad del

---

<sup>1260</sup> CANCIO MELIÁ, *Economist & Jurist*, vol. 19, nº151, p.33. La recepción de los principios del sistema jurídico sancionador por el Derecho administrativo sancionador se conforma como “banco de prueba” del carácter unitario de dicho sistema. En este sentido, todos los esfuerzos del Derecho penal moderno propugnando el máximo de libertad del individuo y el mínimo de intervención del Estado, resultan baldíos, si después el propio ordenamiento permite la existencia de áreas de coincidencia con otro poder estatal, que puede apreciar la misma conducta con técnicas menos rigurosas (NAVARRO CARDOSO, *Infracción administrativa...*,p.30). Sin embargo, la legitimación de los modos administrativos de previsión de sanciones y de aplicación de las mismas, proviene de su respeto a los valores y principios constitucionales, pero no de su mimetismo respecto al concreto modo penal de proceder. No debe concebirse al Derecho administrativo sancionador como un Derecho penal en pequeño si lo que ello comporta es una automática deslegitimación de sus diferencias. La salida al dilema entre un Derecho administrativo sancionador eficaz o legítimo conlleva a impugnar que el baremo de legitimidad pase necesariamente por la imitación del Derecho penal y no por la adecuación directa, sin el mediador penal, a los valores constitucionales. El Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal son parecidos pero diferentes, hay entre ellos una relación “fraternal” y no “paterno-filial” (LASCURAÍN SÁNCHEZ, Por un derecho sólo penal: derecho penal, derecho de las medidas de seguridad y derecho administrativo y sancionador, en *LH Rodríguez Mourullo*, pp. 614 y 621).

<sup>1261</sup> CANCIO MELIÁ, *ibidem*. Como certeramente señala LASCURAÍN SÁNCHEZ, el uso de los adjetivos cualitativo y cuantitativo aportan más confusión que claridad: cuando se dice que hay un punto común de partida diferenciado sólo en lo cuantitativo se quiere decir, con más precisión, que la razón de ambos sectores es la sanción y que es este aspecto material el que les une en comunidad de garantías constitucionales. Destaca el autor que las diferencias cuantitativas desembocan en diferencias cualitativas, en el sentido de que el hecho de que un sector se ocupe de sanciones más leves y que tenga vedadas las penas privativas de libertad y otro de las más graves, prisión incluida, va a comportar toda una serie de diferencias en la configuración de las normas, en su interpretación y en su aplicación, y que la razón de ello está en la conexión que existe entre el análisis de vigencia de los principios y la cuantía de las sanciones. El que se sancione más y el que se sancione lo más grave incide en el *modo* de sancionar. Los principios y garantías que gobiernan el Derecho sancionador no son diferentes porque la sanción sea más grave o más leve, pero sí pueden admitir procedimientos y modos de sanción distintos en función de la lesividad de la consecuencia jurídica impuesta (*LH Rodríguez Mourullo*, p. 619).

individuo -fin de garantía-. Otra consecuencia del carácter unitario del sistema sancionador es que básicamente deben tutelar lo mismo: el bien jurídico, y para la delimitación material de éste, deben tomarse en cuenta unos parámetros básicos, comunes a ambos, por eso un mismo bien jurídico puede ser tutelado por uno u otro orden jurídico.<sup>1262</sup>

Con este panorama, queda claro que de este modo no se avanza en la delimitación -sea en el plano legislativo o en el de la aplicación/interpretación- entre los supuestos concretos que deban atribuirse a uno u otro sector de regulación. En la realidad, tenemos que dentro del conjunto “sistema punitivo” existen dos subconjuntos -Derecho penal y Derecho administrativo sancionador- con unas características diferenciadas, pero a la vez, con unos contornos borrosos en la medida en que las características comunes a ambos subconjuntos son tan importantes como sus diferencias. Ello presupone que ambos subconjuntos, coinciden tangencialmente. Ahora bien, es inviable intentar establecer diferencias basadas en el tipo de bienes a proteger, ya que, como se dijo antes, ambos sistemas punitivos protegen los mismos bienes.<sup>1263</sup>

Esta falta de coherencia jurídico-formal entre ambos ordenamientos, se manifiesta principalmente en el solapamiento de tipos penales y administrativos. Este defecto en la articulación del *ius puniendi*, es fruto de que el legislador no ha acometido la protección de los bienes jurídicos con una visión global, que abarque conjuntamente las instancias penal y administrativa. La consecuencia de ello es que los tipos administrativos y penales coinciden parcial o plenamente, y a veces hasta literalmente, por lo que es imposible encontrar criterios materiales que los distingan.<sup>1264</sup> En este marco, tampoco

---

<sup>1262</sup> NAVARRO CARDOSO, *Infracción administrativa...*, p. 24.

<sup>1263</sup> RANDO CASSERMEIRO, *La distinción...*, pp.248 y 309. El Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal, son dos sistemas que se parecen mucho, pues ambos son sancionatorios y ambos están bajo un mismo paraguas constitucional, bajo un mismo sistema de valores. Pero justamente, sus radicales diferencias cuantitativas -la gravedad de lo que se sanciona- acaban introduciendo diferencias cualitativas en el sistema de imputación y en el modo de proceder al mismo, y ello por razones elementales de funcionalidad y sin que ello suponga el abandono de las garantías esenciales que deben rodear la imposición de una sanción que quiera legitimarse desde una perspectiva democrática. Esta diferencia cuantitativa provoca que, en un Estado democrático en el que rige el principio de proporcionalidad, se encarguen de ilícitos cuantitativamente diferentes y que sean diferentes las exigencias que a cada tipo de sanción les dirigen esos principios comunes. El grado de observancia de un principio y el límite de la inobservancia intolerable, son juicios que dependen de la intensidad de la sanción. Este hecho genera una distinta vertebración del sistema que afecta al quién y al cómo de la sanción: la configuración, interpretación y aplicación de las normas que la establecen (LASCURAÍN SÁNCHEZ, *LH Rodríguez Mourullo*, p. 623/25).

<sup>1264</sup> RANDO CASSERMEIRO, *La distinción...*, pp.473/4. No es razonable desde un punto de vista político criminal que se admita el pleno solapamiento entre una infracción administrativa y una penal. La razón es la jerarquización entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, pero el solapamiento parcial sí es justificable en atención a la naturaleza flanqueante de las infracciones administrativas (NAVARRO CARDOSO, *Infracción administrativa...*, p. 41).

resulta convincente acudir a las estructuras de riesgo para construir las diferencias entre tipos penales y administrativos. Ello por cuanto, es evidente (dato de la realidad) que los tipos penales pueden utilizar las figuras de peligro tanto como los administrativos y además, lo hacen respecto de los mismos bienes jurídicos y de las mismas infracciones. Una solución limitada (procesal) al problema, está representada por el principio *ne bis in idem* que prohíbe la duplicidad sancionatoria por los mismos hechos, aunque en realidad esto es sólo un modo de “neutralizar” los efectos del problema y no atacar sus causas, lo que demandaría una reforma legislativa que contemple en unidad al tipo penal y la norma extrapenal.<sup>1265</sup>

Esta incoherencia legislativa se manifiesta de un modo llamativamente notorio en la relación entre la normativa de prevención de riesgos laborales y el precepto penal del art 316.

## **II.2.b El delito del art. 316 y la norma de prevención administrativa**

En la zona de superposición entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, se encuentran mayormente los delitos de peligro<sup>1266</sup>, y en ese sentido, el art. 316 no es una excepción.

---

<sup>1265</sup> RANDO CASSERMEIRO, *La distinción...* pp. 481 y 509/10. La tesis minoritaria de la diferencia cualitativa entre el delito y la infracción administrativa conduce a la conclusión contraria. En efecto, para esa postura, el injusto del delito responde a la lesión de un bien jurídico, mientras que la infracción administrativa centra su desvalor en otros aspectos como la falta de obediencia a la relación de dependencia con la autoridad estatal o la afectación al funcionamiento global de sectores sociales como el sistema financiero, el sistema crediticio, la administración pública, etc. Por lo tanto, mientras que la pena apunta a prevenir la lesión de bienes jurídicos, lo que la sanción administrativa procura es asegurar el adecuado funcionamiento de los sectores sociales sometidos a regulación. Bajo el prisma de carácter cualitativista, el fundamento de la pena será siempre distinto al fundamento de la infracción administrativa concurrente, por lo que no se presentarán las condiciones para afirmar una situación de *bis in idem*. Aunque el hecho y el sujeto sean los mismos, el fundamento de cada sanción no lo será, lo que lleva finalmente a que no tenga lugar la llamada triple identidad, necesaria para poder activar la prohibición de la doble sanción. De seguirse este razonamiento, el principio del *ne bis in idem* quedará vacío de contenido, en todos los casos en los que por un mismo hecho concurren una pena y una sanción administrativa (GARCIA CAVERO, El principio del *ne bis in idem* material en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa, *Política criminal*, vol. 11, n° 21 (Julio 2016), Art. 2, pp. 21/33([http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_11/n\\_21/Vol11N21A2.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_21/Vol11N21A2.pdf)] p.10). Para la jurisprudencia constitucional española, el principio del *ne bis in idem* material por concurrencia de pena y sanción administrativa es una expresión del principio de legalidad (GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem material y concurso de delitos*, Barcelona, 1995, pp. 75 y ss). En opinión de GARCÍA CAVERO el citado principio se deriva del juicio de necesidad y su naturaleza constitucional resulta no del principio de legalidad, sino del de proporcionalidad, aclarando que este juicio de necesidad no le corresponde hacer al legislador, sino al juez, por lo que no se trata de una cuestión de proporcionalidad abstracta, sino, más bien, concreta. Por lo tanto, no está en manos del legislador decidir por medio de una regulación general si la pena debe imponerse conjuntamente con la sanción administrativa o no, sino que le atañerá al juez, hacerlo a través de un juicio de necesidad en el caso concreto (GARCÍA CAVERO, *ibídem*).

<sup>1266</sup> RANDO CASSERMEIRO, *La distinción...*, pp. 248 y 309.

Con este marco y conforme a lo expuesto en el punto anterior, queda claro que el único recurso conceptual -sobre todo en el momento de legislar- para evaluar la diferenciación estaría en la idea del *principio de subsidiariedad*, es decir, en la consideración de que el Estado sólo debe acudir a las sanciones -más graves- del Derecho penal cuando otras instancias -entre ella el Derecho administrativo-, fracasan en la regulación de la materia.<sup>1267</sup> Según la opinión mayoritaria, esto debería conducir a que los delitos se reservaran a las conductas que lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos protegidos (*peligro grave*), mientras que sólo deberían ser infracciones administrativas aquellos comportamientos que generen un riesgo meramente estadístico o abstracto.<sup>1268</sup> En teoría esta afirmación es totalmente coherente, pero el problema es que de *lege lata*, al trasladar este esquema al análisis de la redacción de los preceptos, encontramos que el uso del término “grave” -para calificar al peligro- no es exclusivo de los tipos penales, sino que también es usado para describir las contravenciones administrativas. Esto puede apreciarse en el ámbito de la seguridad laboral, donde el sistema sancionador administrativo distingue entre las infracciones leves, graves y muy graves.<sup>1269</sup> Con este telón de fondo, el elemento -en principio- “apto” (teóricamente) para sustentar la delimitación, esto es, el “peligro grave”, frente al análisis del Derecho positivo, se ve virtualmente debilitado.<sup>1270</sup>

En el contexto delineado puede apreciarse entonces, la existencia de un “peligro grave penal” y un “peligro grave administrativo”. Ahora bien, ¿cuál es la relación entre ambos “graves”?

La respuesta a este interrogante está asociada a las dos posibles interpretaciones que cabe darle al elemento “infracción de las normas de prevención” del art. 316:

1. *Cualquier* infracción del orden extrapenal puede completar esa exigencia típica; así serían los demás requisitos típicos -especialmente la cláusula de nivelación (peligro

---

<sup>1267</sup> CANCIO MELIÁ, *Economist & Jurist*, vol. 19, n°151, pp. 33/34. En igual sentido, De la MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente...*, pp. 71 y ss.

<sup>1268</sup> CANCIO MELIÁ, *ibídem*.

<sup>1269</sup> LISOS, ver nota 49.

<sup>1270</sup> En ocasiones se entremezclan dos órdenes de criterios: por un lado, el grado de vinculación del Derecho penal con el Derecho administrativo sancionador (dependencia absoluta o relativa) y por otro, la concreta técnica legal utilizada (por ejemplo, asunción de términos de origen administrativo). La diferencia estriba en que mientras la primera clasificación afecta a la propia concepción de la función del Derecho penal, la segunda queda restringida a la utilización de unas concretas técnicas legales (De la MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente...*, p.78). Creo que en el uso del término “grave” para calificar al peligro, tanto en el orden jurídico administrativo como en el penal, se pone de manifiesto la relevancia esencial de la técnica legislativa para lograr en la práctica, reflejar el grado de vinculación de ambos aspectos sancionatorios.

grave)- los encargados de establecer la diferencia esencial del delito respecto de los ilícitos administrativos (“*graves*” de diferente naturaleza).

2. Sólo integran el delito de peligro *ciertas* infracciones administrativas; aquellas que según la normativa extrapenal revisten una determinada gravedad -“*graves* o muy graves”, en los términos de la LISOS- (“*graves*” de igual naturaleza).<sup>1271</sup>

---

<sup>1271</sup>El solapamiento entre el art. 316 y la norma administrativa, se produce respecto de los siguientes incisos de los arts 12 y 13 de la LISOS: art. 12 (infracciones graves): 9. La superación de los límites de exposición a los agentes nocivos que, conforme a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, origine riesgo de daños graves para la seguridad y salud de los trabajadores, sin adoptar las medidas preventivas adecuadas, salvo que se trate de infracción muy grave conforme al artículo siguiente; 16. Las que supongan incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, siempre que dicho incumplimiento cree un riesgo grave para la integridad física o la salud de los trabajadores afectados y especialmente en materia de: a) Comunicación a la autoridad laboral, cuando legalmente proceda, de las sustancias, agentes físicos, químicos y biológicos, o procesos utilizados en las empresas, b) Diseño, elección, instalación, disposición, utilización y mantenimiento de los lugares de trabajo, herramientas, maquinaria y equipos, c) Prohibiciones o limitaciones respecto de operaciones, procesos y uso de agentes físicos, químicos y biológicos en los lugares de trabajo, f) Medidas de protección colectiva o individual, g) Señalización de seguridad y etiquetado y envasado de sustancias peligrosas, en cuanto éstas se manipulen o empleen en el proceso productivo; 23. En el ámbito de aplicación del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción: a) Incumplir la obligación de elaborar el plan de seguridad y salud en el trabajo con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales, en particular por carecer de un contenido real y adecuado a los riesgos específicos para la seguridad y la salud de los trabajadores de la obra o por no adaptarse a las características particulares de las actividades o los procedimientos desarrollados o del entorno de los puestos de trabajo, b) Incumplir la obligación de realizar el seguimiento del plan de seguridad y salud en el trabajo, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales; 24. En el ámbito de aplicación del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, el incumplimiento de las siguientes obligaciones correspondientes al promotor: a) No designar los coordinadores en materia de seguridad y salud cuando ello sea preceptivo, b) Incumplir la obligación de que se elabore el estudio o, en su caso, el estudio básico de seguridad y salud, cuando ello sea preceptivo, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales, o cuando tales estudios presenten deficiencias o carencias significativas y graves en relación con la seguridad y la salud en la obra, c) No adoptar las medidas necesarias para garantizar, en la forma y con el alcance y contenido previstos en la normativa de prevención, que los empresarios que desarrollan actividades en la obra reciban la información y las instrucciones adecuadas sobre los riesgos y las medidas de protección, prevención y emergencia, d) No cumplir los coordinadores en materia de seguridad y salud las obligaciones establecidas en el artículo 9 del Real Decreto 1627/1997 como consecuencia de su falta de presencia, dedicación o actividad en la obra, e) No cumplir los coordinadores en materia de seguridad y salud las obligaciones, distintas de las citadas en los párrafos anteriores, establecidas en la normativa de prevención de riesgos laborales cuando tales incumplimientos tengan o puedan tener repercusión grave en relación con la seguridad y salud en la obra.

Artículo 13 (Infracciones muy graves): 1. No observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras durante los períodos de embarazo y lactancia; 2. No observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y la salud de los menores; 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; 4. La adscripción de los trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales conocidas o que se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo, así como la dedicación de aquéllos a la realización de tareas sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, cuando de ello se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores; 6 Superar los límites de exposición

Bajo las pautas de la teoría diferenciadora cuantitativa, la segunda opción parece ser *a priori*, la correcta. Sin embargo, esta afirmación requiere acreditar dos hipótesis: en primer lugar que ambos peligros graves responden a un mismo criterio de determinación y por otro lado, que exista la posibilidad *real* de diferenciar entre el “peligro grave -y muy grave-” administrativo y el “peligro grave” penal, para poder determinar en qué nivel de gravedad el peligro administrativo (grave) se *transforma* - desde un punto de vista *cuantitativo*- en penalmente relevante (grave penal).

### **II.2.c Peligro grave administrativo y peligro grave penal**

Respecto de la primera hipótesis planteada (criterio de determinación), cabe señalar que el parámetro tenido en cuenta por la LISOS para juzgar la gravedad de la infracción administrativa es “la puesta en peligro de la salud y la integridad física de los trabajadores.” Esta fórmula es casi idéntica a la de la cláusula de nivelación del art. 316 (peligro grave penal). De este modo, puede decirse que ambos peligros graves responden al *mismo criterio* (misma naturaleza “cualitativa”).

Con este telón de fondo, y en referencia a la segunda hipótesis, corresponde ahora dilucidar si cabe interpretar que:

- a. los dos peligros graves (penal y administrativo) son idénticos, o
- b. los dos peligros graves responden a una misma línea, pero el peligro administrativo es menos grave que el penal. Es decir, que a pesar de la similitud en su formulación, existen dos niveles de gravedad del peligro (diferencia cuantitativa).

Seguidamente se analizarán las consecuencias de identificar la infracción de la norma de prevención (cláusula de bloqueo) con las infracciones administrativas graves y muy graves, según estas dos posibles interpretaciones (a y b).

#### a. “identidad de los peligros graves”

Esta tesis, es seguida por cierta corriente jurisprudencial que sostiene que no basta cualquier infracción administrativa para dar vida al tipo penal, porque éste exige “que la norma de seguridad infringida debe poner en “*peligro grave su vida, salud o integridad física*”, lo que nos envía a *infracciones graves* de la normativa laboral que lleven consigo tal creación de grave riesgo. Otra concepción en la línea de bastar

---

a los agentes nocivos que, conforme a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, originen riesgos de daños para la salud de los trabajadores sin adoptar las medidas preventivas adecuadas, cuando se trate de riesgos graves e inminentes y 10. 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 se derive un *riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores*.

para la integración del tipo penal de cualquier infracción de normas de seguridad, extendería indebidamente la respuesta penal en niveles incompatibles con el principio de mínima intervención y de seguridad jurídica... Se está en consecuencia ante *una infracción de una norma de seguridad que se ha reconvertido en tipo penal* por la mayor lesividad que aquella infracción conlleva para el bien jurídico de la vida, salud o integridad del colectivo de trabajadores”.<sup>1272</sup>

Como puede verse, aquí se identifica el “peligro grave” exigido por el art. 316, con el peligro grave propio de las “infracciones administrativas graves”.

Esta postura jurisprudencial merece las siguientes reflexiones:

En primer lugar podría darse aquí una doble valoración en el tipo penal de un único elemento: el (mismo) peligro grave es utilizado tanto para configurar la infracción administrativa grave, como para configurar el delito. Si bien ello no conduciría (*a priori*) a una contravención del principio *ne bis in idem*, en la práctica, esta concepción remite a un modelo de accesoriadad *completamente dependiente*, es decir, donde la infracción grave a la norma extrapenal equivale a la comisión del delito, lo que convierte al art. 316 en un delito de mera desobediencia administrativa y asigna al Derecho penal, una simple función de “gendarme” de la legalidad extra penal.<sup>1273</sup>

En segundo término, esta postura ignora completamente la existencia de la cláusula de nivelación que integra *expresamente* el art. 316, cuya función es, justamente, nivelar el peligro de la contravención administrativa a un peligro compatible con la intervención

---

<sup>1272</sup> El resultado me pertenece. Este párrafo se repite en varias sentencias de las Audiencias Provinciales, que acogen la línea que en este sentido ha marcado la sentencia del TS 1. 29/07/02, entre ellas: SAP Almería 3°. 7/09/05; SAP Madrid 2°.20/07/06; SAP Vizcaya 1°.13/09/07; SAP Burgos 1°. 27/02/12; SAP Madrid 1°. 19/07/12, entre otras.

<sup>1273</sup> HORTAL IBARRA, destaca que sin embargo, tampoco es conveniente un modelo de accesoriadad totalmente independiente de la norma extrapenal, ya que no garantiza una tutela eficaz del bien jurídico. En primer lugar porque este tipo de delitos (art.316) incide en sectores de actividad altamente complejos y sometidos a los continuos cambios derivados del desarrollo tecnológico, lo que exige una permanente adaptación de la normativa al estado de la ciencia y técnica del momento y esa adaptación sólo puede llevarla a cabo la propia Administración, por cuanto es la única que cuenta con los medios e información necesarios para delimitar, de forma precisa, el nivel de riesgo permitido en cada uno de esos sectores de actividad. En efecto, mientras los ámbitos carentes de complejidad pueden ser delimitados por el legislador prescindiendo de la remisión a la norma extrapenal, los sectores en que la incidencia de la técnica es mayor, requieren la ineludible participación de la Administración, por cuanto posee los instrumentos adecuados para ponderar los diferentes intereses en conflicto. Además, en el sistema de accesoriadad independiente, la remisión a la norma extrapenal es reemplazada por una serie de cláusulas incriminadoras, totalmente indeterminadas, que pueden conducir a una expansión sin límites del Derecho penal. También, podría derivar en la utilización de una técnica legislativa casuística que, además de originar muchos problemas interpretativos y concursales, crea importantes lagunas de punibilidad en su afán incontrolado de prever las innumerables conductas susceptibles de lesionar los bienes jurídicos penales protegidos por el delito en cuestión ( *Protección penal...*,pp.98/99). Ver también, De la MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente...*, pp.76 y ss.

del Derecho penal.<sup>1274</sup> Es en la exigencia *típica* de ese “plus” en el riesgo creado por la infracción administrativa (independientemente de su calificación -grave o no-), donde se pone de manifiesto la interpretación correcta de los principios políticos criminales de intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad y no en la exigencia de que el Derecho penal debe intervenir sólo cuando se constate una infracción administrativa grave. La “reconversión” de la contravención administrativa en delito a la que refiere la citada línea jurisprudencial, sólo puede responder a que se haya alcanzado el peligro *extra* requerido por la cláusula penal de nivelación y no al peligro grave exigido por la norma administrativa.<sup>1275</sup>

Desde el punto de vista aquí sostenido, está claro que el art. 316 representa un supuesto de accesoriedad relativamente dependiente, donde la infracción de la norma extrapenal constituye *uno* de los elementos típicos, que junto a la exigencia del peligro grave penal -cláusula de nivelación- deben concurrir para la tipicidad. Esta exégesis adecuada de los principios político criminales mencionados, exige al Derecho penal que ocupe un lugar complementario y no preeminente en la protección de aquellos sectores de actividad en los que existe una duplicidad sancionadora, incriminando únicamente las conductas *especialmente* graves.<sup>1276</sup>

---

<sup>1274</sup> En esta dirección, se debe dotar de relevancia jurídico penal únicamente a aquellos riesgos laborales especialmente graves, por cuanto, de lo contrario, además de dificultar su delimitación respecto de los ilícitos administrativos, se restaría legitimación a la intervención penal en este ámbito del jurídico-laboral (LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, pp.111 y 311). De RIVAS VERDE-MONTENEGRO destaca que en el envío a las “infracciones graves de la normativa laboral” que hace el párrafo reiterado en las sentencias mencionadas, podría interpretarse que la gravedad no hace referencia a una “infracción grave” -en los términos de la LISOS-, sino que lo que está indicando es que la infracción debe dar lugar a una situación de grave peligro para la vida o integridad física de los trabajadores. Así lo hace la SAP de La Coruña, 1º. 5/06/2008, al señalar que para la comisión del delito el sujeto activo “tiene que infringir las normas reglamentarias de prevención de riesgos laborales vigentes para el ramo de la actividad propio de la empresa. Dicha infracción tiene que ser grave, esto es, entrañar un peligro o riesgo de idéntica proporción, para que se dé el adecuado nexo de causalidad que relacione la mera infracción administrativa inicial con la correlativa sanción penal” (*El accidente de trabajo...*, p. 56 y nota 142).

<sup>1275</sup> Además, esta línea judicial ha sido criticada por De RIVAS VERDE-MONTENEGRO, quien considera desafortunada la invocación que las sentencias hacen del principio de intervención mínima del Derecho penal para descriminalizar de modo automático la omisión de medidas seguridad. Aclara que no puede ocultarse que el principio mencionado no se dirige al aplicador de la norma sino que se constituye como un límite del *ius puniendi* del Estado y por lo tanto, está dirigido al legislador, quien sí debe tenerlo en cuenta a la hora de seleccionar las conductas que van a resultar tipificadas (las que representen ataques más graves a los bienes jurídicos). Una vez promulgada la ley, no puede el operador jurídico, invocando dicho principio, rechazar la aplicación de la norma, sino que conforme al principio de legalidad, debe proceder imperativamente a su aplicación (*El accidente de trabajo...*, p. 55).

<sup>1276</sup> HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, pp.98/99. En la accesoriedad relativa, el concepto de “accesoriedad” implica que en la fijación de criterios de cuidado, riesgo y valor entran los puntos de vista del Estado y de su Administración. Esta opción legislativa se caracteriza por el esfuerzo de asegurar una tutela penal inmediata de los bienes jurídicos, describiendo las conductas más peligrosas y degradando la inobservancia de las normas administrativas a meros presupuestos de penalidad. La coordinación con el Derecho administrativo, se producirá en cuanto su infracción sea un elemento del tipo, a la que se le debe



Con esta lógica, la intervención penal en este ámbito, consiste en añadir otro instrumento de reacción, más sólido e intenso en sus penas, que cubra los espacios más complejos por graves en los que el Derecho administrativo se puede mostrar insuficiente en orden a su alcance y a la naturaleza pecuniaria de sus sanciones, fácilmente absorbidas por las estructuras económicas de las empresas.<sup>1277</sup>

Luego de lo expresado, cabe señalar que la interpretación que equipara el elemento típico “infracción de la norma de prevención” con la “infracción administrativa grave”, es inviable si parte de la identificación “cuantitativa” entre peligro grave penal y peligro grave administrativo, porque conduce a anular una de las cláusulas del tipo (la de nivelación del peligro) y conlleva a considerar al art. 316 como un delito de accesoriedad totalmente dependiente.

En base a ello, sólo podría sustentarse esa exégesis de la cláusula de bloqueo (“con infracción grave de la norma de prevención”) partiendo de la posibilidad de distinguir dos niveles de gravedad en ambos peligros, esto es, que el peligro grave penal es más grave que el peligro grave administrativo.

A continuación se analizará si es cierta esa hipótesis.

#### b El peligro penal es más grave -en la misma línea- que el peligro administrativo.

Una manera posible de sustentar esta afirmación sería interpretar al peligro administrativo como peligro abstracto y al peligro penal como concreto. Creo que este es el razonamiento que está detrás de la postura doctrinal -y judicial- casi unánime de la interpretación del art. 316 como de peligro concreto. Sin embargo, esta exégesis se enfrenta con el siguiente escollo: la norma de prevención (LISOS) habla de “peligro grave e inminente”, en base a lo cual puede ser interpretado *también como concreto*.

En efecto, el concepto de “inminencia” -definido en la LPRL- no permite descartar que las infracciones graves y muy graves refieran al peligro concreto. En este sentido, nótese que el art. 4.4 LPRL dispone que: “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.”<sup>1278</sup>

---

agregar un desvalor de acción o de resultado adicional y cualificado (De la MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente...*, pp.75/76).

<sup>1277</sup> MORILLAS CUEVA, *Comentarios al Código Penal Segunda época*, COBO del ROSAL (Dir.), Madrid, 2006, tomo X (vol. 1), p.418.

<sup>1278</sup> Para terminar de complicar el panorama, el criterio de la inminencia -propio del peligro concreto- se ha sostenido jurisprudencialmente para distinguir entre la falta administrativa grave y la muy grave. En esa dirección se ha señalado que esa diferencia radica “en la inminencia del riesgo creado, apelando a criterios de experiencia, lógica y puramente técnicos para determinar la existencia de esa inminencia” (STS, sala de lo Contencioso-Administrativo, 12/11/2001(RJ, 2002, 1769). En ese caso, se confirma la

Por otra parte, el criterio de “gravedad” del peligro en el orden administrativo definido por la LPRL, no parece ser diferente al penal, ya que en su art. 4.2, establece que “Se entenderá como “riesgo laboral” la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo. Para calificar un riesgo desde el punto de vista de su gravedad, se valorarán conjuntamente la *probabilidad* de que se produzca el daño y la *severidad* del mismo”.<sup>1279</sup>

Como puede verse, en el marco descrito, es *prácticamente imposible distinguir cuantitativamente la gravedad penal y la gravedad administrativa del peligro.*

---

consideración de infracción como “muy grave”, de aquella conducta empresarial que se plasma en permitir que los operarios desarrollen su labor “sobre un tejado resbaladizo y en pendiente de planchas de uralita, sin la existencia de tableros de paso preceptivos ni la posibilidad de utilizar con eficacia los cinturones de seguridad” (PÉREZ CAPITÁN, La actuación administrativa en materia de prevención de riesgos laborales, en Siniestralidad laboral y Derecho penal, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 15, 2005, pp. 290/91 y nota 36). Como puede verse, con esa descripción, seguramente esa conducta hubiera sido encuadrada en el art 316 en sede penal, o sea que “muy grave” en el orden administrativo, es indistinguible del peligro concreto (penal). En referencia al derogado art 47.16 LPRL, ARROYO ZAPATERO señala que la distinción entre esa infracción grave y las muy graves, radica tan sólo en que esta última requiere que el riesgo, además de grave sea “inminente”, calificativo que vale tanto como decir “riesgo grave”, con alta probabilidad de realizarse en lesión de modo inmediato y directo (*Manual...*pp. 293 y ss.).

<sup>1279</sup> Ver en este sentido lo desarrollado en capítulo IV.

LOZANO LARES critica que la gravedad del riesgo laboral desde el punto de vista administrativo, se califique mediante la presencia conjunta de estos dos parámetros valorativos tan dispares entre sí, “la probabilidad de que se produzca el daño” y la “severidad del mismo”, con los siguientes argumentos: Si tenemos en cuenta que el riesgo es la posibilidad de que se produzca un daño y el término probabilidad es definido por el diccionario como aquello sobre lo que “hay buenas razones para creer que se verificará”, poco puede objetarse a la consideración de la mayor o menor probabilidad del daño como elemento de valoración de la gravedad del riesgo, si lo que quiere darse a entender es que entre el riesgo (potencia) y el daño (acto) hay grados o niveles intermedios de potencialidad lesiva. Resulta claro que el riesgo podrá ser más o menos grave -o sea, tendrá una mayor o menor potencialidad lesiva- en función de su mayor o menor probabilidad de materialización, por lo que incluso, cabría hacer una escala que fuera desde la mera posibilidad hasta la suma probabilidad, caracterizada ésta por la verosimilitud o certeza de la actualización del potencial lesivo del riesgo (el autor señala que la *probabilidad*, que es más que la mera *posibilidad*, la noción de posibilidad descansa sobre la previsibilidad razonable de un evento dañoso, que debe tener un hombre medio, conocedor de la experiencia: el “riesgo laboral” sin más, es mera posibilidad). Pero no puede decirse lo mismo del segundo de los elementos de valoración introducidos por el art 4.2º LPRL, puesto que la “severidad del daño” es algo que sólo podrá verificarse *a posteriori*, una vez que el daño se materialice. De ese modo, se estaría deslizando una concepción contradictoria con la propia noción de riesgo laboral de la que parte el precepto, puesto que se tiende a poner el acento más en el daño, que en el riesgo mismo. Ese parámetro de gravedad es más propio del cálculo actuarial típico de las operaciones de seguro, que de las técnicas de prevención, lo que induce a confusión si se interpreta de modo que se desdibuje la frontera entre la vertiente preventiva y reparadora del tratamiento técnico-jurídico de la siniestralidad laboral. La existencia del peligro sigue siendo una realidad potencial aun no materializada en un daño concreto, de ahí que lo verdaderamente relevante a efectos preventivos sea la neutralización de ese riesgo devenido en peligro con absoluta independencia de las características, manifestación o gravedad del daño previsible. Si el peligro existe, si el riesgo es inminente y su materialización es probable en un futuro inmediato porque no hay suficientes o eficaces medidas de seguridad, resulta evidente que eso *por sí solo es ya una situación intolerable que ha de ser combatida sin detenerse a valorar la gravedad del daño que su actualización efectiva pudiera provocar* (*El tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral*, Madrid, 2014, pp. 50/52).

Recapitulando, el elemento típico “infracción de la norma de prevención” del art. 316 admite dos interpretaciones posibles: a. Que se integra con cualquier infracción y b. Que se integra sólo con las infracciones administrativas graves (y muy graves).

La segunda opción parece ser la correcta por ser compatible con la teoría diferenciadora cuantitativa, pero requiere que se cumplan dos hipótesis: que ambos peligros graves - administrativo y penal- respondan a un mismo criterio de determinación y que se pueda diferenciar *cuantitativamente* entre ellos, dos niveles de gravedad (el peligro penal es más grave, en la misma línea, que el peligro administrativo).

Luego de todo lo expuesto, cabe concluir que si bien se cumple el primer requisito, no puede decirse lo mismo del segundo.

En efecto, debido al modo en el que la normativa extrapenal ha definido los conceptos claves (peligro, gravedad, inminencia), no existe un criterio, desde el punto de vista semántico que permita delimitar cuantitativamente el peligro grave penalmente relevante del peligro grave -y muy grave- concebido en el orden administrativo/laboral.<sup>1280</sup>

De todo ello resulta, que la identificación del elemento típico “infracción de la norma de prevención” del art. 316 con las infracciones administrativas graves, aunque es la coherente “en teoría” con la postura diferenciadora cuantitativa, es inviable en la práctica por el alto grado de superposición entre las infracciones laborales/administrativas graves y el delito del art. 316, que ha llevado a expresar que

---

<sup>1280</sup> COMPAÑY CATALÁ realiza un análisis comparativo entre el delito del art. 316 y las infracciones administrativas contenidas en los arts. 12 y 13 de la LISOS, estableciendo concretamente en qué supuestos el legislador ha incumplido su obligación de legislar correctamente para evitar casos de *ne bis in idem*. En ese estudio señala que los arts. 12.9, 12.16 a), b),c),f),g), 12.23, a) y b), 12.24 a),b) y e), recogen supuestos que entran de lleno en el terreno del delito, demostrando el error del legislador a la hora de su regulación. En particular, el art. 12.9, presenta una coincidencia casi total con el art. 316. Respecto del párrafo 23 del art. 12, señala que lo que se tipifica a lo largo de las letras enumeradas, no es más que un relleno del elemento “medios” del tipo penal, es decir una descripción de posibilidades o conductas empresariales susceptibles de ser tenidas en cuenta como medios, pudiendo verse allí la tendencia de la Administración a no dejar espacios vacíos, es decir, si el intérprete penal decide que dichas conductas no son “medios” y por lo tanto son atípicas, ahí está la Administración para evitar que queden del todo impune. Esto teóricamente, ya que en la práctica es posible que se aplique antes la infracción administrativa. Con relación al apartado 24, las conductas allí tipificadas, son consideradas por el autor, como delictivas y punibles a través de los arts. 316, 317 y 318 CP. En cuanto al art. 13.3 LISOS - infracciones muy graves- el autor reflexiona lo siguiente: si se llevan a cabo trabajos sin prevención de riesgos laborales que ponen en peligro grave la vida o la integridad física de los trabajadores, hay delito del art. 316 y por lo tanto, obligación de la Inspección de Trabajo de dar traslado inmediato al Ministerio Fiscal conforme lo establecido en el art. 3.2 LISOS. El art. 13.4 muestra incompatibilidad total con el art. 316. El art. 13.6 es igual al art. 12.9, añadiendo solamente la inminencia del daño, provocando así la absoluta imposibilidad de interpretación alguna para evitar incurrir en *ne bis in idem* en caso de aplicarse. Por último, el art. 13.10, con la obsesión sobre evitar las lagunas de impunidad, sería una cláusula de cierre y la única forma posible de interpretación, pasa por prescindir de su existencia (*La protección penal...*, pp. 229/37).

este precepto “*está ciertamente redactado “de espaldas” al derecho sustantivo laboral*”.<sup>1281</sup>

En este contexto, es necesario brindar una solución interpretativa de la cláusula de bloqueo, que tenga en cuenta esta relación casi “simbiótica” entre ambos aspectos del *ius puniendi*.

#### **II.2.d Solución propuesta ante la imposibilidad de distinguir el “peligro grave penal” del “peligro grave administrativo”**

En mi opinión, y con base en las consideraciones expuestas, creo que el único modo de compatibilizar los dos ordenamientos sancionatorios, es interpretar que el elemento típico “infracción de la norma de prevención” se integra con *cualquier* infracción administrativa.

Esto se traduce en la consideración de la cláusula de bloqueo como un elemento “aséptico” desde el punto de vista del peligro, esto es, donde el peligro como elemento configurador de la infracción administrativa (o de su gravedad) *no debe tenerse en cuenta*. Es decir, la fórmula “con infracción de las normas de prevención” es un elemento típico totalmente *ajeno* al concepto de peligro penalmente relevante. En términos de AGUADO LÓPEZ, este requisito constituye únicamente un “límite externo” que ha colocado el legislador para que la conducta sea típica, y que reduce las posibilidades de intervención del Derecho penal para castigar los ataques contra la seguridad e higiene en el trabajo.<sup>1282</sup> En esta exégesis, la función de delimitación del peligro típico está a cargo de la cláusula de nivelación y también, aunque de un modo parcial y limitado, de la cláusula de especificación. Por eso éstas cláusulas han sido denominadas aquí como “*de contenido*” (penal).

De este modo, se pone de manifiesto la diferente naturaleza de la cláusula de bloqueo y de las cláusulas de especificación y de nivelación del peligro: la primera no es una

---

<sup>1281</sup> En ese sentido, ARROYO ZAPATERO señala que si se produce una concurrencia normativa entre el tipo penal (art. 316) y los tipos administrativos muy graves; ni siquiera se puede intentar una segmentación a partir de de la condición dolosa del delito, relegando a la infracciones administrativas a las conductas de creación imprudente del riesgo, pues el art. 317 tipifica penalmente también la comisión imprudente del tipo objetivo del delito doloso contra la seguridad en el trabajo. Nos encontramos en este ámbito ante una relación entre la legislación administrativa y la penal, perfectamente tradicional en el Derecho español y radicalmente censurable: el legislador administrativo laboral y el penal han operado “uno a espaldas del otro”, respecto de los arts. 316 y 317 y la LPRL, piezas legislativas producidas, además, simultáneamente. Desde el punto de vista de la teoría de la legislación, constituye un ejemplo manifiesto de técnicas legislativa gravemente errónea (*Manual...*, pp. 307/308).

<sup>1282</sup> *El delito...*, pp. 191/92.

valoración, sino una *constatación*; por el contrario, las mencionadas en segundo término, sí constituyen elementos valorativos, que cumplen una función de “filtro” de las infracciones administrativas. Ese filtro debe ser decisión exclusiva del legislador *penal* -y en su medida, también del juez penal-, quienes, cada uno en el marco de su función (legislar e interpretar y aplicar el derecho) seleccionan entre *todas* esas contravenciones, las que tienen relevancia penal, *desvinculándose de la valoración que hace la norma extrapenal sobre la gravedad del peligro* (peligro grave administrativo). En efecto, mediante la fórmula “con infracción de las normas de prevención”, el legislador no utiliza la “infracción” como un elemento necesario desde el punto de vista del *desvalor* (es decir, necesario para consignar el ataque antijurídico), sino como un instrumento imprescindible para *limitar* la intervención penal en la materia, esto es, desde el punto de vista *prescriptivo*. No se trata pues, de que sin tal elemento no fuera posible llegar a considerar una conducta *disvaliosa*, sino de que, la única forma de intervenir *limitadamente* en este ámbito -y con ciertas garantías de certeza- es incorporando en la ley penal, esta referencia. Así, el círculo de las conductas penalmente ilícitas queda reducido al de aquellas que den lugar a una afectación al bien jurídico, sólo de determinadas formas (establecidas en la normativa extrapenal), siendo la infracción de la norma de prevención, un *medio* para producir el ataque típicamente antijurídico al bien jurídico.<sup>1283</sup>

Por eso propongo que la exégesis de la cláusula de bloqueo sea que *en principio* toda infracción administrativa (que supere el filtro de la cláusula de especificación: “no facilitar medios”) puede configurar el delito (art. 316), si se cumple con el requisito estrictamente penal del peligro grave -impuesto por la cláusula de nivelación-.<sup>1284</sup> Esta interpretación no genera problemas, porque así concebida la cláusula de bloqueo, la infracción administrativa (sin distinción), aunque es un elemento necesario, no es

---

<sup>1283</sup> DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*, Valencia, 1999, p.190.No se trata sólo de que la valoración de la infracción no vincule al juez, sino que la propia constatación de la infracción, como elemento del tipo, queda en manos de éste, que actúa con independencia de la decisión administrativa. El acta levantada por la Inspección de Trabajo, es sólo el vehículo de la *notitia criminis*, que si bien tiene certeza salvo prueba en contrario (art. 52 LISOS), en el procedimiento penal no tiene más trascendencia que el de mera denuncia de unos hechos que deberán ser probados en el juicio oral (TERRADILLOS BASOCO, *La siniestralidad...*,pp.84/85).

<sup>1284</sup> Existe una corriente jurisprudencial que coincide con esta postura: STS 2º. 26/07/00; SAP Barcelona, 7º. 27/09/04; SAP Castellón 1º. 29/12/05; SAP Pontevedra, 2º. 13/06/07; SAP Madrid, 7º. 22/10/10, entre otras. También un sector de la doctrina arriba a esa misma conclusión: FARALDO CABANA, *El delito...*,p.126, De VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad...*,pp.94/96, BAYLOS/TERRADILLOS, *Derecho penal...*,pp.121/122; MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, DPE, pp.872.

*determinante “per se”* de la ilicitud penal porque no es una condición *suficiente* de la misma. De esta manera, se le otorga al incumplimiento de la norma de prevención, su verdadera dimensión: sólo como una cláusula que *bloquea* la tipicidad de aquellas conductas que aun cuando puedan poner en peligro grave a la salud o vida del trabajador, no serán típicas si no constituyen *además* un ilícito administrativo.<sup>1285</sup>

A diferencia del derogado art. 348 bis a), que hacía alusión directa a la “infracción grave de la norma de prevención”<sup>1286</sup> -y de ese modo el legislador penal “se alineaba” con la valoración de la norma administrativa-, el “peligro grave” del art. 316 y el de la norma extrapenal, si bien se solapan conceptualmente, en la práctica representan dos sistemas de valoración “paralelos” que procesalmente no se interceptan, porque entra en acción el mecanismo del principio *ne bis in idem*.<sup>1287</sup> Sin embargo a pesar de este

---

<sup>1285</sup> AGUADO LÓPEZ resalta que lo relevante para el bien jurídico protegido es que el peligro sea grave y no la infracción, ya que una infracción administrativa leve puede generar un peligro grave y una infracción grave, no necesariamente. “Infracción grave” es un elemento normativo pendiente de valoración o concepto jurídico indeterminado, porque el ordenamiento jurídico no nos proporciona una definición de este elemento a efectos penales. Un indicio vendría dado por los arts. 12 y 13 de la LISOS, que castigan con sanciones administrativas las infracciones graves y muy graves de las normas de seguridad e higiene, pero con ello sólo tendremos el significado de “infracción grave” en el ámbito administrativo/laboral. En el ámbito penal será necesario además, añadir la interpretación judicial para valorar si dichas infracciones administrativas pueden considerarse lo suficientemente graves para merecer respuesta penal (principio de intervención mínima). Es un concepto relativamente indeterminado porque el juez puede delimitar razonablemente qué infracciones son graves, de acuerdo con los conocimientos lógicos, técnicos y de experiencia laboral, junto con la ayuda que proporciona la definición administrativa de infracción grave y muy grave (*El delito...*, pp. 227/ 28). COMPAÑY CATALÁ, brinda un ejemplo, extraído del supuesto de hecho de la SAP Barcelona, 7°. 20/07/2006, en el que una infracción administrativa leve dio lugar a un peligro grave: un empresario que cumplía en general con las medidas de seguridad y que había informado adecuadamente al trabajador de los riesgos de su concreto puesto de trabajo, se retrasa en la pertinente revisión de los rodillos de la máquina, éstos se rompen y atrapan el brazo del trabajador, quien pierde su mano. En sentido similar, también, SAP Barcelona, 7°. 26/04/2004. (*La protección penal...*, pp. 89/90).

<sup>1286</sup> En efecto, la gravedad se desplazó -de modo razonable- desde la infracción administrativa, hacia el peligro para la vida, integridad física o salud de los trabajadores. Así, con el texto de 1995 el legislador acoge el planteamiento realizado por la doctrina, que criticó que el calificativo “grave” viniera referido a la infracción, dado que ello resultaba irrelevante para el bien jurídico protegido y proponía que la valoración de la gravedad recayera sobre el resultado de la infracción de la normativa laboral: ARROYO ZAPATERO (*Manual...*, p. 162) y LASCURAÍN SÁNCHEZ (*La protección penal...*, p. 370).

<sup>1287</sup> El art. 3.2 2 LISOS dispone que: “En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones.” Al legislador y sólo a él corresponde en qué rama de las dos en que se divide el *ius puniendi* queda integrada una infracción o un ataque a un bien jurídico y por lo tanto, la sanción que le corresponde. Si el legislador no cumple con ello, será la jurisprudencia la que deberá argumentar más o buscar una salida más elaborada que justifique la aplicación preferente del Derecho penal. En definitiva, tanto el legislador como el Poder Ejecutivo están obligados a extremar su diligencia, tanto a la hora de tipificar infracciones y sanciones como en el momento de paralización del procedimiento administrativo sancionador. Tratando de encontrar una solución a los casos de *ne bis in idem*, COMPAÑY CATALÁ señala que sería más adecuado dotar de competencia a la jurisdicción penal para imponer en los casos correspondientes, las sanciones administrativas, como en el modelo alemán. Desde el punto de vista legal, es posible que la cuestión quedara solucionada si el legislador estatal siguiera el

cambio legislativo algunos autores entienden que el art. 316, se refiere sólo a las infracciones administrativas graves.<sup>1288</sup>

Ahora bien, cabe aclarar que esta contravención administrativa exigida por art. 316, consiste en un *elemento típico* y no en una condición objetiva de punibilidad. Ello así por cuanto, la remisión a la norma extrapenal no es simplemente un elemento formal o accidental, sino que resulta necesaria para *terminar de describir la conducta prohibida*. La importancia práctica de esta distinción atañe al dolo y a la clase de error que pudiere recaer en este elemento.<sup>1289</sup> En este sentido, considero que el dolo debe abarcar sin lugar a duda, el conocimiento de la infracción administrativa. Esta interpretación es compatible con el objetivo del legislador al crear este delito de peligro: motivar al empresario a cumplir con esas medidas de seguridad. Sin embargo, lo que no debe abarcar el dolo es el conocimiento acerca de si se trata de una la infracción administrativa grave o muy grave.

## II. 2.e El art. 316 como ley penal en blanco

La opinión casi unánime de la doctrina entiende que la remisión a las normas extrapenales efectuada en el art 316, constituye una ley penal en blanco.<sup>1290</sup> En este

---

ejemplo del autonómico vasco e incluyera en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y Procedimiento Administrativo Común 30/1992, un precepto como el que éste ha incluido en el art. 4.2 de la Ley de Potestad Sancionadora del País Vasco 2/1998, que dispone que “En la configuración de los regímenes sancionadores se evitará la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento que delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o que infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras” (*La protección penal...*, pp.227/29 y 265).

<sup>1288</sup> ESCAJEDO SAN EPIFANIO, *Actualidad Penal*, N° 38, pp. 808 y ss.; MORILLAS CUEVA, *Comentarios...*,p. 427 y NAVARRO CARDOSO, quien fundamenta su postura así: “en virtud de que sólo las infracciones graves y muy graves administrativas, son las que mayor relevancia material pueden tener”, (*Los delitos...*,p. 155). Por su parte, no es clara la postura De RIVAS VERDE-MONTENEGRO, quien señala que para valorar el peligro grave en los términos del art. 316, hay que recurrir a los criterios sentados por la LPRL (*El accidente de trabajo...*, pp.98/99). RAMÍREZ BARBOSA sobre este punto señala, en referencia al peligro grave del art. 316, que la conducta omisiva del sujeto legalmente obligado de facilitar los medios de seguridad ha de tener la idoneidad suficiente como para afectar el bien jurídico, es decir, la seguridad o la salud de los trabajadores, de ello concluye que “en consecuencia, la omisión de las normas de seguridad que efectúa el empresario, debe ser de aquellas infracciones contempladas por la LISOS como de carácter grave y muy grave (arts. 12 y 13), las cuales suponen la posible lesión de los intereses del trabajador” (*El delito...*,p. 143/44 y nota 261). En mi opinión, esta conclusión resulta incomprensible luego de que en un párrafo anterior, la autora vinculó al peligro grave (del art. 316) con “la proximidad de la lesión del bien jurídico tutelado y no con la gravedad de la infracción administrativa propiamente dicha” (*El delito...*,p. 143).

<sup>1289</sup> Sobre este tema ver De la MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente...*,p 109 y nota 402.

<sup>1290</sup> AGUADO LÓPEZ, *El delito...*,p. 216; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios...*,p. 1183; FARALDO CABANA, *El delito...*,p. 114; BAYLOS/TERRADILLOS, *Derecho penal...*,p 119; SALVADOR CONCEPCIÓN, *El delito...*,p. 123; ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coord.), *Derecho Penal-Parte Especial*, Granada, 2016, p. 521; CONDE PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios...* ,p. 2407; De VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad...*,p. 82; NAVARRO CARDOSO, *Los delitos...*,p. 153; PURCALLA BONILLA, *Aranzadi Social*, N° 5, p.1662; GALLARDO GARCÍA, *Protección...*, p. 268, PÉREZ MANZANO, *Delitos contra los derechos de los trabajadores*, en

sentido, cabe distinguirla del “elemento normativo del tipo”, que se configura cuando la remisión a normas extrapenales es para interpretar un elemento que ya ha establecido el legislador penal, mientras que la ley penal en blanco, se remite “en bloque” a las normas extrapenales para describir parte del supuesto de hecho.<sup>1291</sup>

Conforme a una interpretación sistemática del art. 316 con relación al art. 1 LPRL<sup>1292</sup> y 5.2 de la LISOS,<sup>1293</sup> el tipo penal no se refiere a todas las normas de seguridad, cualquiera sea su rango, sino que se limita a las normas legales, reglamentarias y convenios colectivos estatutarios (normas jurídicas obligatorias). En este marco, el art. 1 LPRL precisa lo que denomina “normativa de prevención de riesgos laborales”, comprensiva no sólo de dicha ley, sino también de las “prescripciones” -o sea normas jurídicas obligatorias- que recojan otras leyes, reglamentos o convenios colectivos.<sup>1294</sup> Por su parte, el art. 5.2 LISOS castiga expresamente como infracción administrativa, el incumplimiento de las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos.<sup>1295</sup>

---

*Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n° 7, Año III, Bs As, 1997, p.469; COMPAÑY CATALÁ, *La protección penal...*, p. 78; HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, pp. 95 y ss. También la jurisprudencia se ha expresado en este sentido: SAP Baleares, 1°. 17/05/2000; STS 2°. 29/07/2002; SAP Madrid, 1°. 19/07/2012 y SAP Madrid, 17°. 6/10/2010, entre otras.

<sup>1291</sup> AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, p. 216 (con cita de GARCÍA ARÁN).

<sup>1292</sup> El artículo 1, LPRL dispone que "La normativa sobre prevención de riesgos laborales 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 producirlas en dicho ámbito".

<sup>1293</sup> El art. 5. 2, LISOS establece que “Son infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales, las acciones u omisiones de los diferentes sujetos responsables que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud en el trabajo sujetas a responsabilidad conforme a esta ley.”

<sup>1294</sup> También deben considerarse incluidas en la remisión, las normas de origen internacional como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 19 de diciembre de 1966, (arts. 7 b y 12.2 b), la Carta Social Europea del 18 de octubre de 1961 y los Convenios de la OIT, especialmente el n° 148 (del 20/6/77) y el n° 155 (del 22/6/1981), referidos a la protección de los trabajadores contra los riesgos profesionales debidos a la contaminación del aire, el ruido y las vibraciones en el lugar de trabajo, ratificado por España el 24/11/1980 y a la seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, ratificado también, el 26/6/1985, respectivamente. Existen numerosos Convenios de la OIT sobre el tema de la seguridad laboral que también han sido ratificados por España, ver sobre el punto, ROJO TORRECILLAS, *Delitos...*, pp. 252/53. Sobre la incidencia del Derecho comunitario en la protección penal de la seguridad en trabajo, ver HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, pp. 106 y ss.

<sup>1295</sup> Sobre el punto, expresa AGUADO LÓPEZ que el CP, de acuerdo al principio de intervención mínima, no podrá castigar como delito el incumplimiento de normas de rango inferior que ni siquiera constituyen infracción administrativa. Lo previsto en las normas administrativas, servirá de límite para el legislador penal, salvo que éste diga expresamente otra cosa (*El delito...*, p. 218). Señala NARVAEZ BERMEJO que la consagración del principio de legalidad parece exigir que, salvo reenvío expreso, la remisión a los reglamentos que hace el precepto penal deba entenderse referida a aquellos que tengan un cierto rango legal, como los emanados del Consejo de Ministros, en base a las mayores garantías en su elaboración y capacidad de regulación, frente al carácter más limitado o “doméstico” que tienen las disposiciones emanadas de un determinado Departamento Ministerial (*Delitos...*, p. 84).



La técnica de la ley penal en blanco puede ser potencialmente lesiva de dos principios constitucionales: el principio de Legalidad y el de Reserva.

El principio de Legalidad exige que la tipificación del delito y la fijación de la pena se hagan por la norma legal. Sin embargo, el mandato impuesto por este principio no excluye que la norma penal contenga remisiones a normas reglamentarias, por cuanto el artículo 25.1 de la CE, no impide la colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora. Pero esta colaboración entre la norma sancionadora y los reglamentos debe estar subordinada a una serie de requisitos, que sistematiza y recoge la STC de 5 de julio 1990: “que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la STC 122/87, se dé suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada.”<sup>1296</sup>

El segundo principio que podría verse afectado por esta técnica legislativa, es el de Reserva de ley, recogido en el art 81 CE y que exige la utilización de la ley Orgánica para la regulación del desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas y el que, de nuevo, exige que la remisión extrapenal de la norma en blanco ha de ser para mejorar su concreción, pero no para definir el tipo. Ello implica que desde el punto de vista *formal*, es la ley Orgánica la que debe describir el supuesto de hecho, pues la consecuencia jurídica de la mayoría de los delitos como el art. 316, es una pena privativa de libertad que afecta al desarrollo de un derecho fundamental -libertad-.

Desde un punto de vista *material*, la ley debe formularse de manera taxativa, esto es, sin cláusulas valorativas abstractas o poco concretas, cumpliendo así el principio de seguridad jurídica derivado del principio de Legalidad.<sup>1297</sup> Este principio, exige que los ciudadanos puedan conocer en cada momento qué conductas son constitutivas de delito y con qué penas pueden ser sancionadas sus infracciones a las normas.<sup>1298</sup>

---

<sup>1296</sup> STC 127/1990, también, STC 122/87; STC 11/1993; 62/1994; 24/1996 y 120/1998, en el mismo sentido STS 74/2001.

<sup>1297</sup> CONCEPCIÓN SALVADOR, *El delito...*, p. 129; AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, p. 219.

<sup>1298</sup> AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, p. 219, GARCÍA FIGUEROA, F., *Los sujetos activos de los delitos contra la seguridad y salud en el trabajo. Especial consideración al sector de la construcción*, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2011, pp. 104/105. Como bien lo expresa LASCURAÍN SÁNCHEZ, las leyes penales en blanco, son normas remisivas, que dejan una parte de lo que regulan, “en blanco”. Son normas “con blanco” y lo que cabe preguntarse es si lo son “en blanco” de modo que el destinatario no puede conocer de primeras qué está esencialmente prohibido y de modo que

De acuerdo a lo expuesto, los puntos relativos a la discusión generada por art. el 316 como ley penal en blanco, pueden resumirse en dos: su posible falta de taxatividad y la determinación parcial de la conducta típica por parte de un sujeto con insuficiente legitimidad democrática (derecho fundamental a la legalidad penal consagrado en art 25.1 CE).<sup>1299</sup>

En general, la doctrina rechaza ambos cuestionamientos:

Respecto del primero, se ha sostenido que si bien la normativa de referencia es dispersa y variada, se trata de un delito especial y en ellos, los sujetos activos como profesionales del sector, tienen el deber de conocer la normativa que lo rige.<sup>1300</sup> Sobre el punto, destaca De VICENTE MARTÍNEZ que este tipo penal no tiene como destinatario a “la sociedad en general”, sino un círculo de personas determinado, que por su profesión están obligadas a conocer las normas de seguridad aplicables a su trabajo, hasta el punto que su desconocimiento es incompatible con su ejercicio profesional.<sup>1301</sup>

Con relación a la segunda cuestión, la doctrina en general entiende que, como ha reiterado el TC, ello sólo resulta problemático cuando el legislador no ha definido con suficiente precisión los elementos básicos del tipo. Desde esta óptica, se considera que en el art. 316 se ha cumplido ese requisito, tanto con la referencia a la necesidad de creación de un “peligro grave” para los tres bienes jurídicos concretos (vida, salud e integridad física), como con la determinación de la forma que debe revestir la infracción de la normativa a la que se reenvía: “no facilitar los medios necesarios.”<sup>1302</sup> A pesar de esta tendencia general de la doctrina admitiendo la constitucionalidad del precepto,

---

puede no ser el legislador el que finalmente dice lo que está penalmente prohibido. Es decir, son normas “bajo sospecha” de indeterminación, porque callan parte de su contenido, “bajo sospecha” de ilegitimidad del agente normativo, ya que no es el propio legislador el que completa la norma y en ocasiones “bajo sospecha” de desigualdad, cuando remita a una regulación local o comunal (Aspectos constitucionales del Derecho penal del trabajo, en La protección penal de los trabajadores: tipos, instrucción y enjuiciamiento, *Cuadernos de Derecho Judicial*, V-2008, pp. 316/17).

<sup>1299</sup> MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción*, pp.373 y ss.

<sup>1300</sup> MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA *ibídem*; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, p. 342; ARROYO ZAPATERO, *Manual...*, p. 161.; NAVARRO CARDOSO, *Los delitos...*, p. 154; AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, pp. 223/24. En este punto, si bien admite la constitucionalidad del art. 316, en tanto ley penal en blanco, SALVADOR CONCEPCION se muestra particularmente crítica, atendiendo a que nos encontramos ante un caudal de normas administrativas que puede resultar desbordante tanto para los estudiosos de la materia como para los empresarios. De este modo entiende que la remisión del 316 a la norma de prevención no es una técnica positiva (*El delito...*, p. 131).

<sup>1301</sup> *Seguridad...*, p. 83.

<sup>1302</sup> MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción*, pp.373 y ss.; AGUADO LÓPEZ, quien considera que hay una remisión sólo parcial y no total a las normas de seguridad e higiene (*El delito...*, p 223), De VICENTE MARTÍNEZ, *La respuesta...*, p.75; NAVARRO CARDOSO, *Los delitos...*, p. 154; PURCALLA BONILLA, *Aranzadi Social*, N° 5, p.1662; PÉREZ MANZANO, *CDJP* n°7, p. 469; COMPAÑY CATALÁ, *La protección penal...*, p. 78.

algunos autores han cuestionado que la remisión a la normativa extra penal sea “en bloque.”<sup>1303</sup>

A favor de esta técnica utilizada en el tipo penal estudiado, se ha resaltado que -además de ser constitucional-, es la adecuada teniendo en cuenta las características de este especial ámbito de riesgo, donde la seguridad jurídica no sólo queda salvaguardada con una descripción típica que delimita suficientemente los sujetos activos, las modalidades de acción y la clase de peligro exigida, sino que es dicha seguridad jurídica la que justamente exige una remisión expresa a normas precisas de descripción de la frontera del riesgo permitido. Sin ella, quedan difusos los contornos de lo penalmente prohibido, pues al tratarse de un ámbito de riesgo permitido, no se castigan las conductas que ponen en peligro a los trabajadores, sino las que lo hacen excesivamente, más allá de lo razonable.<sup>1304</sup> Además, con la remisión a la norma extrapenal se garantiza un mayor respeto de los principios político-criminales de intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad, al atribuir al Derecho penal un papel “accesorio” y no principal permitiendo que únicamente se castiguen aquellas conductas especialmente graves.<sup>1305</sup>

En la misma exégesis, se ha señalado también que en este sector relativo a la seguridad en el trabajo, si la norma propuesta no condicionara la pena al incumplimiento de una

---

<sup>1303</sup> Sin embargo, parte de la doctrina, cuestiona las remisión *in totum* del artículo 316. REVELLES CARRASCO, destaca en ese sentido la opinión de dos autores: ZUGALDÍA ESPINAR, quien afirma que es necesario "evitar las remisiones en bloque a toda la legislación administrativa sobre la materia, pues, de lo contrario, se convierte en delito cualquier infracción administrativa sobre la materia, con vulneración de los principios de intervención mínima y proporcionalidad del Derecho Penal", y la de GARCÍA ARÁN quien señala que "todas las remisiones en bloque lesionan el contenido material de la reserva de ley y deberían en mi opinión considerarse inconstitucionales". Frente a tales objeciones, REVELLES CARRASCO aclara que lo esencial no es que se produzca una remisión *in totum*, sino que realmente se vea afectada la concreción de la conducta punible por este tipo de remisión, concluyendo que la remisión *in totum* del artículo 316, responde al planteamiento del Tribunal Constitucional. Agrega la autora que, el apoyo en un *corpus* normativo, un sistema codificado de normas de prevención de riesgos laborales otorga practicabilidad a la norma y facilita la difícil tarea de ponderación para el juzgador. Es la puesta en peligro grave para el bien jurídico protegido lo que da sentido a la protección penal en este ámbito de actuación y lo que lo diferencia de la infracción administrativa (El artículo 316 CP como norma penal en blanco y su compatibilidad con el principio de legalidad. Análisis jurisprudencial. *Revista de Derecho Social* – N° 46, Madrid, 2009 p.173 y ss.)

<sup>1304</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, quien señala que este recurso brinda seguridad jurídica al destinatario de la norma, que sólo por integración de normas precisas va a poder conocer los límites de lo penalmente prohibido en un ámbito complejo de riesgo permitido (*CDJ V-2008*, p 317; el mismo, *LH Rodríguez Mourullo*, pp. 565 y ss.). En igual sentido, COMPAÑY CATALÁ, *La protección penal...*pp. 78 y ss.; HORTAL IBARRA, se muestra como un claro partidario de la ley penal en blanco cuando señala cómo contribuye a la mayor eficacia de la intervención del Derecho penal en este ámbito y cita asimismo el ejemplo del delito contra el medio ambiente (*Protección penal...*p.100).

<sup>1305</sup> El concepto de “accesoriedad del Derecho penal” no debe entenderse en el sentido de subordinación al resto de las ramas que conforman el ordenamiento jurídico, sino más bien, en el sentido de “complementariedad”, de tal modo que el Derecho penal intervendría en aquellos casos en que los mecanismos extra penales existentes, no garantizan en su totalidad la protección del bien jurídico, cuando las otras ramas del Derecho no cubren la totalidad del desvalor de determinadas conductas (HORTAL IBARRA, *Protección penal...*pp. 95/7 y nota 201).

precisa normativa que regule el nivel de riesgo permitido y la tipicidad sólo dependiera del grave peligro, el empresario o sus delegados que pueden arriesgar la vida y salud de los trabajadores hasta cierto punto -en esto consiste el riesgo permitido-, no podrán saber con certeza si están cometiendo un delito, con un daño de su elemental seguridad jurídica, que es un daño en sí y por el efecto que genera de desaliento de actividades socialmente provechosas.<sup>1306</sup>

Una cuestión particularmente discutida es la remisión del delito de peligro a la infracción de los convenios colectivos.

## **II.2.f Remisión a la infracción de los convenios colectivos**

La referencia en el art. 1 LPRL, dentro de la normativa de prevención de riesgos laborales, a las “normas convencionales”, plantea el debate acerca de si la infracción de los convenios colectivos puede ser típica en términos del art. 316. En este sentido, es necesario distinguir entre los convenios colectivos extra-estatutarios, que limitan su eficacia a los trabajadores y empresarios representados por las partes negociadoras y los convenios colectivos estatutarios, que obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación y durante el tiempo de su vigencia (publicados en el Boletín Oficial).<sup>1307</sup>

Con buen criterio, la mayor parte de la doctrina acepta la remisión a los convenios colectivos estatutarios, con fundamento en que el art. 5 de LISOS, hace referencia, al definir la infracción administrativa, al incumplimiento de las “cláusulas normativas de los convenios colectivos.”<sup>1308</sup> Ello por cuanto, en la medida en que poseen al igual que las leyes y reglamentos, eficacia vinculante general *-erga omnes-*, son normas jurídicas auténticas, sometidas al principio de publicidad, garantía esencial del principio de

---

<sup>1306</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *CDJ V-2008*, pp. 316/17.

<sup>1307</sup> Regulados en el Título III del Real Decreto Legislativo 1/1995, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), art. 82.3 y 90.3.

<sup>1308</sup> HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, p. 120; De RIVAS VERDE-MONTENEGRO, *El accidente...*, pp. 49 y ss.; AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, pp. 212 y ss.; De VICENTE MARTÍNEZ, *La respuesta...*, p. 76; FARALDO CABANA, *El delito...*, p. 119; BAYLOS/TERRADILLOS, *Derecho penal...*, p. 120; SALVADOR CONCEPCIÓN, *El delito...*, p. 125; ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coord.) *DPPE*, p. 521; OLAIZOLA NOGALES, *InDret n°2, 2010*, p.21; HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, pp. 119 y ss.; NARVAEZ BERMEJO, *Delitos...*, p. 84; NAVARRO CARDOSO, *Los delitos...*, p. 154; PÉREZ MANZANO, *CDJP n°7*, p. 470; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, p. 364, en referencia al anterior art. 348 bis a). Por su parte RAMÍREZ BARBOSA, expresa que si bien el art. 316 constituye una norma penal en blanco, “ésta completa su contenido con las normas de prevención de riesgos laborales y no con disposiciones convencionales”, de lo que parece desprenderse la exclusión de los convenios colectivos, pero sin un fundamento claro (*El delito...*, pp. 111 y 394).

seguridad jurídica.<sup>1309</sup> Tal remisión se ha considerado justificada, puesto que la negociación colectiva y su instrumento, el convenio colectivo, constituye una herramienta idónea para adaptar los principios generales impuestos en la ley a las necesidades concretas de cada uno de los sectores productivos y, además, la temporalidad que caracteriza al convenio colectivo, permite a los agentes sociales modificar y perfeccionar las cláusulas establecidas, a la luz de de las experiencias adquiridas durante su aplicación.<sup>1310</sup>

En este sentido, señala TERRADILLOS BASOCO que la introducción del convenio colectivo de eficacia normativa general, regulado en el ET, es una consecuencia de la definición de lo que constituye el bloque de normatividad en materia de prevención de riesgos laborales, tal como lo imponen el art 1 LPRL y art 5.2 LISOS, destacando que los arts. 311 y 312 CP tipifican explícitamente ataques a derechos de los trabajadores reconocidos por “disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”, con lo que remiten a un universo normativo superior, incluso, al del art 1 LPRL.<sup>1311</sup>

Sin embargo, se han planteado reservas frente a la remisión de los convenios colectivos, porque de ese modo se corre el riesgo de que esa remisión se convierta en una mera habilitación de instancias no legislativas para definir delitos.<sup>1312</sup> En este sentido ha señalado AGUADO LÓPEZ que no se puede dejar la integración de los tipos penales en

---

<sup>1309</sup> HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, pp. 119/20. El autor aclara que no puede decirse lo mismo de las normas técnico jurídicas de la industria porque sólo se publican en colecciones de carácter privado, impidiéndose su conocimiento, por lo que concluye que el papel que cabe atribuir a la infracción de las normas técnicas de industria, es indiciario o complementario en la concreción de la relevancia jurídico-penal de la conducta (*Protección penal...*, pp. 122/23). En similar sentido, FARALDO CABANA expresa que también integran el bloque normativo de prevención de riesgos laborales, las normas jurídico-técnicas pertenecientes al ámbito industrial que inciden en las condiciones de trabajo, en tanto formen parte o desarrollen la normativa aplicable, cuando es necesario tenerlas en cuenta como instrumento que permite afirmar o negar la existencia de una infracción de las normas de prevención. El límite de lo exigible al empresario ha de trazarse en el nivel técnico o tecnológico del momento: cuando es descubierto y reconocido por los órganos profesionales competentes una máquina, sustancia, proceso, etc., susceptible de sustituir al aplicado hasta ese momento, ofreciendo mayores condiciones de seguridad, el empresario debe proceder a esa sustitución, sin que lo ampare el hecho de que cuando abrió la empresa o instaló la máquina, estaba reconocida como la más segura o adecuada a las normas de prevención y por lo tanto fue aprobada por la Delegación de Industria. Por su parte, los Reglamentos técnicos son de obligado cumplimiento y tienen naturaleza reglamentaria, siendo aprobados por el Gobierno como Reales Decretos o por el Ministro del ramo como Órdenes ministeriales. También hay que tener en cuenta el derecho supranacional aplicable en la materia, entre ellos, el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales del 19 dic de 1966 (arts. 7.b y 12.2.b), la Carta Social Europea del 18 octubre de 1961 (art. 3) y Convenios y Recomendaciones OIT. Concluye la autora que “estamos ante una remisión normativa dinámica” (*El delito...*, pp. 122/4 y nota 288).

<sup>1310</sup> HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, pp. 117 y ss; OLAIZOLA NOGALES, *InDret n°2, 2010*, p. 21.

<sup>1311</sup> *La siniestralidad...*, p. 84.

<sup>1312</sup> BAYLOS/TERRADILLOS, *Derecho penal...*, p. 120; FARALDO CABANA, *El delito...*, p. 119; AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, pp. 225 y ss.; De RIVAS VERDE-MONTENEGRO, *El accidente de trabajo...*, pp. 52/53.

manos de las normas de carácter privado -empresarios y trabajadores- aunque su ámbito de aplicación sea general y además, el principio de intervención mínima requiere que el legislador únicamente castigue como delitos aquellos ataques que se consideren más graves para los bienes jurídicos más importantes, éstos estarán representados por la lesión de las condiciones mínimas establecidas en las leyes y reglamentos. Las condiciones de seguridad e higiene previstas en los convenios colectivos, en la medida que éstos sólo pueden mejorar las disposiciones de carácter mínimo -arts. 3.3 y 85.1 ET- su infracción no podrá considerarse tan grave. Estos últimos ataques deben ser sancionados por el Derecho administrativo. Concluye la autora que de *lege ferenda* hubiera sido más adecuado limitar la remisión a las leyes y reglamentos y excluir los convenios colectivos estatutarios -intervención mínima-.<sup>1313</sup>

Contrariamente a ello, para LASCURAÍN SÁNCHEZ, el que la remisión deba o no deba abarcar los convenios colectivos es una cuestión que debe analizarse, no desde la perspectiva del principio de intervención mínima, sino del principio de proporcionalidad de la intervención penal. El autor citado, no cree que su admisión encuentre obstáculos de constitucionalidad desde la perspectiva del principio de igualdad, puesto que la diferencia de tratamiento jurídico penal es marginal y justificada. Es marginal porque el propio presupuesto de las leyes penales “con blanco” es el de la descripción de todos los rasgos esenciales del comportamiento delictivo en la propia norma penal y la normativa convencional pasa a someterse a los criterios interpretativos propios de la norma penal. Está además justificada la discriminación jurídica desde la propia Constitución, por cuanto ésta bendice el que haya regímenes jurídicos distintos en función de los agentes sociales que generan la norma, y en función de las razones materiales que laten tras esa diversificación.<sup>1314</sup>

Por su parte, MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA consideran que la remisión a convenios colectivos, aun los de eficacia limitada o de ámbito inferior al estatal, no afecta al principio de igualdad, aunque se diera el caso de que los trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación del convenio gocen de mayor protección que otros -los no comprendidos-, porque esa diferencia de trato vendría justificada por las específicas necesidades del sector afectado. Además, teniendo en cuenta que el

---

<sup>1313</sup> *El delito...*, p 225 226. En similar sentido, De RIVAS VERDE-MONTENEGRO, quien señala que el sólo incumplimiento del convenio, una vez respetadas las leyes y reglamentos, no permite apreciar la infracción de la normativa laboral de prevención de riesgos laborales que exige el art. 316, para considerar cometido el delito (*El accidente de trabajo...*, pp. 52/53).

<sup>1314</sup> *LH Cobo del Rosal*, pp. 585/86.

convenio colectivo debe respetar los mínimos legales (art. 2.2 LPRL), nada se opone a que algunos trabajadores negocien con el empresario, mejoras en su seguridad, ya que esa posibilidad existe en todas las empresas. En el razonamiento de los autores mencionados, tampoco se vulneraría la exigencia de taxatividad, ya que ella está pensada para casos de hetero-normación, o sea para normas que se aprueban sin la participación inmediata del sujeto a quien afectan. Radicalmente distinto es el caso de los convenios de empresa que, desde el punto de vista del empresario, son un supuesto de auto-normación. En estos casos, las razones de seguridad jurídica no se oponen a la admisión de estos convenios e incluso, podría decirse que es de esperar que el empresario que no observa una gran diligencia a la hora de informarse sobre sus obligaciones legales o reglamentarias, ponga mayor empeño en conocer aquello que firma.<sup>1315</sup>

## **II.2.g Condiciones de legitimidad del art. 316 como ley penal en blanco**

En mi opinión, la ley penal en blanco es la técnica legislativa adecuada para este ámbito de riesgo y comparto los argumentos a su favor brindados por la doctrina. A los que cabe añadir, que la protección de la seguridad de la vida y salud de los trabajadores supone una realidad muy compleja, que admite situaciones muy variadas y probablemente de no posible reducción a una redacción legal concreta y unívoca. Tratar de redactar un tipo que incluyera de forma concreta *todos* los posibles supuestos de afectación a estos bienes jurídicos, suficientemente graves para merecer reproche penal, sería una tarea inútil por un doble motivo: primero porque resultaría un tipo sin duda excesivamente largo, y de difícil aplicación, y en segundo lugar, porque sin duda habría

---

<sup>1315</sup> *Derecho penal de la construcción...*pp. 375 y ss. En contra de esta opinión se expresa De RIVAS VERDE-MONTENEGRO, quien señala que en ese supuesto, sí se quebraría el principio de igualdad, al dar lugar a potenciales diferencias de trato injustificadas (*El accidente de trabajo...*,p. 51). En un sentido similar a la postura de LORENZO MARTÍN/ORTÍZ DE URBINA, se expresa COMPAÑY CATALÁ, al postular la remisión a los convenios colectivos, sean o no estatutarios. El fundamento de su posición radica en que dado que una de las partes en el convenio es el empresario y por tanto hipotético sujeto activo del delito, no se entiende en una interpretación lógica, que el mismo se comprometa con los trabajadores o sus representantes al establecimiento de determinadas medidas de seguridad y que después pueda escudarse en el carácter meramente obligacional de la cláusula para eludir su responsabilidad. Señala también que el convenio colectivo extra estatutario, aunque la doctrina entienda que no tiene el mismo rango normativo que el estatutario, es más que un mero acuerdo de voluntades. El empresario además de estar obligado por la normativa de prevención, al regular condiciones de seguridad mediante el convenio, adquiere una posición de garante, al venir obligado, al menos contractualmente, a actuar ante una fuente de peligro, deber que no le es dado modificar unilateralmente para tratar de eximirse de responsabilidad (*La protección penal...*,pp.70/72).

supuestos que merecerían reproche penal y en los que el legislador no hubiera pensado, quedando por tanto, excluidos injustificadamente de la aplicación de la norma.<sup>1316</sup>

En efecto, en un ámbito de riesgo como éste, donde hay un primer nivel de protección (administrativa), está claro que el legislador penal no puede considerar específicamente todas las situaciones que podrían conducir a un riesgo penalmente relevante, sin el reenvío normativo a ese primer estrato sancionador. Ahora bien, ello implica buscar otra noción de precisión, *más compleja* que en el resto de los tipos penales, y que sea compatible con la exigencia de taxatividad.

Este señalamiento se traduce, respecto de la redacción del tipo, en dos estrategias que representan dos niveles diferenciados de “precisión”: el primero se refiere al significado preciso de las palabras -uso de términos sin vaguedad ni ambigüedad- (determinación semántica) y el segundo a una *determinada estructura típica*. Esta segunda estrategia es inevitable cuando hay una remisión a otras normas (ley penal en blanco) y consiste en un sistema de cláusulas, cuyos contornos se vienen delineando, que imponen los límites necesarios a la interpretación de la conducta que -según el propósito del legislador-, pueden (deben) configurar el delito (delimitación de la competencia de otras instancias, no legislativas en la determinación del delito).

Dicho esto, para expedirse acerca de la constitucionalidad del reenvío normativo del art. 316, es necesario efectuar ciertas precisiones que se relacionan con su particular configuración. Veamos.

Si tenemos en cuenta las expresiones que sobre el punto ha vertido la doctrina, parece que el cuestionamiento principal sobre la legitimidad del art. 316 estaría vinculado *sólo* con la complementación del tipo a través de reglamentos e instrumentos normativos sin el rango formal de “ley”. En este sentido, está claro que esa remisión será admisible siempre que la ley penal contenga el núcleo del tipo y fije los límites de una remisión que no suponga -por su indeterminación- una deslegalización efectiva, tanto en su faceta formal, relativa al rango necesario de las normas sancionadoras, como material, predeterminación normativa de conductas y sanciones.<sup>1317</sup>

Sin embargo, la técnica del reenvío normativo puede generar otro problema relacionado también con la eventual afectación del principio de legalidad, al que no se le ha prestado

---

<sup>1316</sup> MENÉNDEZ, A., El delito ambiental básico a la luz de la reciente jurisprudencia, en *Estudios penales en homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, pp. 635 y ss., con relación al delito ambiental.

<sup>1317</sup> De la MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente...*, p. 82.



debida atención, y tiene que ver con una posible *delegación subrepticia en la toma de decisiones penales básicas, a favor del juez*.<sup>1318</sup>

En efecto, el requisito de que el tipo penal debe contener el “núcleo” de la conducta prohibida, conlleva un mandato “doble” para el legislador y consiste en el impedimento de delegar su potestad legislativa no sólo al Poder Ejecutivo -teniendo en cuenta que remite también a reglamentos-, sino también al Judicial. En este contexto, una ley con una “remisión total” es *indeterminada* porque lleva implícita una renuncia del legislador a su misión de definir los comportamientos punibles y *una posible remisión al juez para que proceda a tal labor*.<sup>1319</sup> Desde esta óptica, la necesidad de que la ley penal contenga un núcleo claro, bien determinado, suficientemente estable y que cubra la mayor parte del campo de aplicación de las normas, tiene que ver *también* con la precisión en los mensajes normativos del legislador y la máxima vinculación del juez al tenor de dichos mensajes, a la hora de aplicar sus decisiones.<sup>1320</sup>

El principio de legalidad puede verse entonces como expresión del principio de separación de los tres poderes, lo que debe traducirse en un adecuado equilibrio entre la función legislativa de crear el delito, la del ejecutivo de aportar una precisión -pero no definición- de la conducta prohibida y la del juez de valorar -pero tampoco definir- el comportamiento típico.

---

<sup>1318</sup> En el principio de legalidad, se pueden distinguir una dimensión técnica y una política. En el primer aspecto, dicho principio proporcionaría la esencial garantía de la seguridad jurídica: que los ciudadanos sepan -en la medida de lo posible- qué conductas pueden realizar y cuáles no, con qué penas pueden ser sancionadas sus infracciones a las normas, en qué marco procesal y con qué condiciones de ejecución. El segundo aspecto, se refiere a la necesaria vinculación entre las decisiones incriminatorias y la representación básica de los ciudadanos: tiene por objeto fundamental, el problema de la legitimación democrática de las disposiciones definitorias de los delitos y las penas y de las decisiones que aplican tales normas. Dentro de esta vertiente política, puede distinguirse además, entre un aspecto formal y uno material. El primero atiende al rango de las normas reguladoras de la materia penal, es decir sólo por ley - e incluso por ley cualificada, en tanto expresión de la voluntad general-, podrán introducirse las restricciones del ámbito de libertad de los ciudadanos, que representan las penas (en efecto sólo en un procedimiento de las características del legislativo puede esperarse la debida atención a los criterios de la mayoría de la población, a la vez que la consideración de los puntos de vista de las minorías). El segundo aspecto, en cambio, se refiere al grado de precisión con que el legislador cumple su función de establecer tales normas penales y al grado de vinculación existente entre dichas normas y las decisiones de los jueces (SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bs As, 2010, pp. 402/04).

<sup>1319</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 406. El principio de legalidad enlaza con su reserva a favor del Poder Legislativo de las decisiones básicas en materia penal, con el principio de separación de poderes, pues se impide que sean los poderes Ejecutivo o Judicial los que decidan acerca de aquellos extremos. Esto sólo se puede lograr con leyes lo suficientemente precisas que eviten que tal decisión quede en manos del juez (NAVARRO FRÍAS, I., *Mandato de determinación y tipicidad penal*, Granada, 2010, p.37).

<sup>1320</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, pp. 407/9. El espacio cedido al juez de decisión de la frontera de lo punible, crea la tensión entre seguridad y justicia (entendida ésta como adaptación del derecho a las necesidades sociales) (DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales*, p. 29).

Este equilibrio sólo puede lograrse mediante un adecuado funcionamiento de las tres cláusulas que estructuran el art. 316: de bloqueo, de especificación y de nivelación y no sólo con esta última, como parecen entender algunos autores.<sup>1321</sup> Se ha dicho en esa dirección, que el elemento central del hecho típico es la creación de “peligro grave” para la vida, salud o integridad física de los trabajadores, “de este modo se respeta la exigencia del TC de que el núcleo de la conducta prohibida se mantenga en el CP, en la medida en que la remisión a las normas de prevención de riesgos laborales acota, pero *no fundamenta* el ámbito de lo punible.”<sup>1322</sup>

Frente a esa argumentación, cabe señalar que no se trata aquí de “fundamentar” el ámbito de lo punible, lo que sí le corresponde claramente a la cláusula de nivelación del peligro (principio de intervención mínima del Derecho penal), sino de la necesidad de *determinar* la conducta, es decir de un *límite material de la reserva de ley*, que no se logra únicamente con la exigencia del peligro grave, *sino fundamentalmente a través de la cláusula de especificación*.

En efecto, este límite material se traduce en una *necesaria* selección por el legislador de ciertas infracciones, las que sean aptas desde un punto de vista abstracto, para crear el peligro grave. Ello por cuanto, la calificación del peligro grave no debe depender solamente de las “condiciones que, *en el caso concreto*, rodean cualquier infracción administrativa (remisión *in totum*)” y que le corresponde valorar al juez, sino, en primer lugar, de determinadas características de esas infracciones, *desvaloradas por el legislador en el tipo* (lo que se ha llamado aquí: primer nivel de determinación del peligro grave). Esa selección puede hacerse describiendo una cierta modalidad de conducta como hizo el legislador del art 316: “no facilitar los medios”, sin adentrarnos aquí a analizar el acierto o no de esa manera de especificar la conducta, en lo que se profundizará al abordar la cláusula de especificación.<sup>1323</sup>

Nótese que sin la cláusula de especificación, la decisión de qué conducta infractora de la norma de prevención puede convertirse en delito, recaería exclusivamente en cabeza del juez, ya que los elementos “definitorios” del ilícito penal serían “la infracción administrativa” y la “creación de peligro grave”, lo que no se trata de un incremento de la potestad legislativa en manos del ejecutivo, sino de la creación de un *excesivo ámbito de decisión judicial*, pues en definitiva, es el juez quien debe realizar la prognosis de

---

<sup>1321</sup> SALVADOR CONCEPCIÓN, *El delito...*, p.124; De VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad...*, p. 83.

<sup>1322</sup> De VICENTE MARTÍNEZ, *ibídem*.

<sup>1323</sup> Ver más adelante, el desarrollo de la “cláusula de especificación”.

peligro y delimitar el ámbito del riesgo permitido, así como conjugar ambos conceptos (peligro creado/incremento del riesgo).<sup>1324</sup>

La exigencia relativa al “núcleo de la conducta típica”, se traduce en que sea el tenor literal del tipo el que ofrezca el marco de las interpretaciones posibles, es decir, el conjunto de posibles significados que pueda invocar un juez para justificar jurídicamente una decisión. Está claro que esto no se logra sólo con la exigencia típica del “peligro grave”: su determinación es un mandato para el juez y está dentro de su margen de valoración, pero sin una cláusula de especificación, el *sustrato factico* generador de ese efecto (peligro grave) quedaría en manos de la norma extrapenal, esto es, “el conjunto de los posibles significados” no estarían dados ya por el legislador penal y así, el espacio conceptual de la esencia del delito quedaría entre la norma extrapenal y la valoración del peligro grave. El delito quedaría definido como “la infracción administrativa que *según la interpretación que hará el juez*, genere peligro grave”. En ese esquema, es evidente que el empresario, aunque conozca -o deba conocer- la normativa administrativa/laboral, no sabrá con la precisión que requiere el principio de taxatividad, cuál es la conducta prohibida.

Por eso es tan importante la cláusula de especificación -y su diseño adecuado-, en tanto representa un límite a la discrecionalidad judicial. En los tipos que no contengan dicha cláusula -o ésta cumpla una función deficiente-, se desdibuja la línea divisoria entre la función legislativa -tipificadora- y la judicial -interpretativa-, con la supresión de la barrera necesaria entre la instancia creativa y la aplicativa del Derecho que ello supone. Ahora bien, no basta con que el legislador haya redactado una fórmula de especificación, sino que además ésta debe interpretarse *restrictivamente*, de lo contrario su función limitadora se desvanece. Esa interpretación restrictiva es necesaria, sobre todo cuando la cláusula de especificación es de contenido vago o demasiado abarcativo (como “no facilitar los medios”).<sup>1325</sup>

No obstante la relevancia señalada de la fórmula de especificación, la configuración del núcleo del tipo depende de la *actuación conjunta* de las tres cláusulas: en primer lugar la cláusula de bloqueo representa la accesoriidad del Derecho penal como fórmula de coordinación con el resto del ordenamiento jurídico, necesaria en estos ámbitos de

---

<sup>1324</sup> De la CUESTA AGUADO, *RDP*, 2007-2, pp.125 y ss.

<sup>1325</sup> Veremos más adelante, qué ocurre en la práctica con la función limitadora de la cláusula de especificación del art. 316, con la interpretación amplia que le dan tanto la doctrina, como la jurisprudencia.

intervención punitiva en los que ésta surge *a partir del riesgo permitido*.<sup>1326</sup> Pero si bien la cláusula de bloqueo asegura la no contradicción entre ambos sectores regulatorios, es independiente de la consideración del “peligro grave administrativo”. De ese modo, “abre la puerta” a la remisión total, al universo de *todas* las infracciones administrativas. Esta remisión total requiere un límite material,<sup>1327</sup> que resultará del funcionamiento coordinado de las cláusulas de especificación y de nivelación. Estas dos fórmulas fijan el contenido de desvalor penal: la de nivelación establece la *clase* de desvalor, que podrá ser de acción o de resultado, porque ello se relaciona con el estadio de evolución del peligro exigido (peligro abstracto o concreto) y *fundamenta* la intervención penal -accesoria-. Por su parte, la cláusula de especificación selecciona las conductas en las que, *a priori, ese desvalor puede concretarse*. De este modo, el primer nivel de delimitación responde a una perspectiva “cuantitativa” y el segundo a una “cualitativa.” Se requieren ambas fórmulas, pero el límite material de la remisión está mayormente a cargo de la cláusula de especificación.<sup>1328</sup> Como se señaló antes, el sentido de la cláusula de especificación, es distribuir de un modo proporcionado la determinación de la gravedad penalmente relevante del peligro en la tarea del legislador y en la del juez. Luego de lo expuesto puede apreciarse que el que hemos definido como “tipo de peligro básico” (que no contiene la fórmula de especificación de la conducta), en el que la determinación de la conducta típica (partiendo de la infracción administrativa que genera el peligro grave -penalmente relevante-), recae exclusivamente en la cláusula de nivelación del peligro, es cuestionable desde el punto de vista de su constitucionalidad (puede representar una lesión al principio de legalidad).

En la lógica aquí expuesta, se ha expresado AGUADO LÓPEZ, señalando que en el art. 316, los elementos que permiten distinguir el delito de la infracción administrativa -núcleo esencial del injusto-, son ambas fórmulas: “no facilitar los medios” y la

---

<sup>1326</sup> En este sector de incriminación, las fórmulas típicas de remisión cumplen la función principal de explicitar en el tipo precisamente *aquél ámbito de riesgo*, de forma que se facilita la labor judicial -y se trata de obtener mayor seguridad jurídica (De la CUESTA AGUADO, *RD*, 2007-2, pp.125 y ss.). El Derecho penal sólo puede actuar a partir del reconocimiento y admisión de estos ámbitos de riesgo y la determinación de si el riesgo creado entra dentro del permitido o es jurídico penalmente relevante, corresponde al juez.

<sup>1327</sup> Con la interpretación que aquí se postula de la cláusula de bloqueo, en el sentido de que no remite sólo a las infracciones graves administrativas, está claro que no es función de dicha cláusula limitar la remisión a la normativa extrapenal, sino únicamente habilitarla (en otras palabras, el reducir las infracciones administrativas a las graves, podría representar un límite).

<sup>1328</sup> Aunque es correcto el argumento relativo a que el empresario, en tanto sujeto al que se dirige el tipo penal, conoce -o debe conocer la normativa administrativa/laboral-, ello no suple la deficiencia en la descripción de la conducta típica, es decir, no podría justificar una remisión total a la norma de prevención.

exigencia de “peligro grave”, por eso concluye que la remisión a la normativa extrapenal es parcial y no total y es constitucionalmente válida.<sup>1329</sup>

Recapitulando, la técnica de remisión normativa requiere (para su admisibilidad) dos requisitos que representan la delimitación de la función legislativa frente a los otros dos poderes del Estado: que la norma penal indique por sí misma la *esfera y contenido* de desvalor que el precepto pretende imponer, es decir *el hecho que considera merecedor de sanción por el desvalor que representa*:

A. limitando la norma administrativa de remisión a una función exclusivamente técnica de enunciación y actualización de los hechos u objetos que presentan tal significado de desvalor, actualización que no se conseguiría sin la remisión, pues ello conduciría a una casuística inviable respecto de materias fluctuantes, como la de los riesgos laborales, cuya dinámica resulta incompatible con el tiempo que exige la actividad parlamentaria, además de que la enunciación de tipo técnico sea expresión de criterio localizable ya en la norma penal de fuente legislativa.<sup>1330</sup>

B. limitando la función del juez a la determinación de la peligrosidad concreta (en base a las condiciones que rodean el supuesto de hecho bajo su jurisdicción) de la conducta configurada sobre una primera selección de aquellas infracciones administrativas que el legislador ha considerado especialmente disvaliosas, por ser aptas (desde un punto de vista abstracto) para generar el “peligro grave”.

Con base en las consideraciones expuestas, entiendo que el legislador penal ha cumplido con estas exigencias en el art. 316. Sin embargo, será importante determinar si este sistema de cláusulas, más allá de estar previstas expresamente en el tenor literal, funcionan como verdaderos límites en la práctica. Para ello será necesario profundizar más en el estudio de la cláusula de especificación y la interpretación que le ha dado tanto la doctrina como la jurisprudencia.

### **II.3 Fórmula del sujeto activo: “Legalmente obligados”**

---

<sup>1329</sup> AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, pp. 223, 224. En similar sentido, MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción*, pp.373 y ss.; De VICENTE MARTÍNEZ, *La respuesta...*,p.75; NAVARRO CARDOSO, *Los delitos...*,p. 154; PURCALLA BONILLA, *Aranzadi Social*, N° 5, p.1662; PÉREZ MANZANO, *CDJP* n°7, p. 469; COMPAÑY CATALÁ, *La protección penal...*,p. 78.

<sup>1330</sup> De la MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente...*, p. 83. La ley penal en blanco muestra que en ocasiones el Derecho penal no puede defender directamente determinados bienes jurídicos, sino que ha de hacerlo a través de normas jurídicas no penales, por lo que adquiere un carácter auxiliar y secundario -garantizador- que debe asumir pues, de lo contrario, se convertiría en meramente simbólico y en jurídicamente inseguro (De la MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente...*, pp.84).

### II.3.a Introducción.

El art. 316 CP delimita el ámbito de sujetos activos del delito con la expresión “*los que con infracción de normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios...*”. De este modo, el legislador sorprende al intérprete con una fórmula “enigmática” para la determinación de los eventuales autores y no con una mera descripción, que según se señaló sería lo ideal.

La presencia de esta fórmula ha llevado a la doctrina casi unánime a considerar al art. 316 como un delito especial. Para “decodificar” quienes pueden ser autores, habrá que determinar primero a qué ley nos remite (“legalmente”) y en segundo término, comprobar dentro los sujetos mencionados por la ley, quienes son los “obligados”.

Respecto del primer punto, entiendo que sólo se puede considerar autores a los sujetos a los que la normativa laboral con *rango de ley* les impone un deber más o menos específico de seguridad, pero no a los señalados por una norma reglamentaria o convencional ampliadora de los sujetos obligados.<sup>1331</sup> Será capital, como en toda la materia de seguridad y salud en el trabajo, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.<sup>1332</sup>

En definitiva, habrá de determinarse, quiénes son los sujetos legalmente obligados a cumplir la normativa de prevención de riesgos laborales, “facilitando los medios garantizadores de la seguridad y salud adecuadas”. Como puede verse, a la hora de determinar el círculo de sujetos activos, el legislador ha optado también por remitirse a la normativa extrapenal, acentuando el carácter de norma penal en blanco del art. 316 CP.

Esta técnica remisiva ha sido criticada por parte de la doctrina.<sup>1333</sup> Incluso se la ha considerado contraria al principio de legalidad.<sup>1334</sup>

---

<sup>1331</sup> En este sentido, LORENZO MARTÍN/ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción*, p.437 y ss. En general, los autores no se han expedido sobre este punto, algunos entienden que para la determinación del sujeto activo basta una ley en sentido material: De VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad...*, p.72; TERRADILLOS BASOCO, *La siniestralidad...*, p. 58; SALVADOR CONCEPCION, La responsabilidad *en cascada* ante las medidas de prevención de riesgos laborales, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ra. Época, n°12, 2014,, pp. 245/6.

<sup>1332</sup> Los destinos iniciales de la remisión legal deben ser, además de la LPRL, la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), y otras más específica, siempre con rango de ley.

<sup>1333</sup> TERRADILLOS BASOCO, considera a la remisión como un “escollo teórico” (*La siniestralidad...*,p.57), PÉREZ MANZANO, *CDJP* n°7, p.468; AGUADO LÓPEZ, *El delito...*,pp. 270/77; SALVADOR CONCEPCIÓN, *El delito...*,p.62, la misma, *RDPC* 3ra. Época, n°12, 2014, pp.245/46. LASCURAIN SÁNCHEZ, señala, en referencia al art. 348 bis a), que la fórmula “legalmente obligados” no sólo supone un inoportuno recurso a la técnica de la ley penal en blanco, sino que podría dar pie a una injustificada inclusión en el tipo de comportamientos de sujetos ajenos a la línea de poder empresarial. Destaca también que en este caso, el objeto de descripción no es tan complejo y cambiante como para hacer inútil cualquier intento de cláusula general: lejos de aportar claridad al concepto,

En este sentido se ha destacado que el tipo penal hace referencia a las “normas de prevención” pero sin determinar qué normas, entendiéndose incluidas en esa expresión la LPRL, sus disposiciones de desarrollo y los convenios colectivos de aplicación. De este modo, lo que podría interpretarse como un afán del legislador de especificar y adaptar a cada actividad en concreto lo que de forma genérica ha sido dispuesto en la LPRL, “no puede dejar de verse también como una dispersión normativa masiva que conlleva a un difícil conocimiento de la misma, tanto para el sujeto activo, como para el juzgador”.<sup>1335</sup>

Una interpretación matizada de este recurso remisivo ha sido ofrecida por AGUADO LÓPEZ, quien entiende que configura un “elemento normativo de carácter interpretativo”, porque las normas extrapenales de seguridad e higiene a las que se remite no constituyen un elemento típico, sino que sólo sirven para interpretar un elemento que ya contempla la fórmula del tipo. Es decir, al no incorporar la norma de prevención automáticamente en el tipo, se pueden aplicar los principios que rigen la interpretación penal para determinar el sujeto activo en este precepto.<sup>1336</sup>

### **II.3 .b Sujetos obligados según la normativa extrapenal**

#### **A. El empresario.**

El principal y obligado primario en materia de seguridad y salud en el trabajo es el empresario, tal y como surge del art. 14 LPRL<sup>1337</sup>, que establece su deber general de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales como reflejo del derecho de éstos -art. 14.1 LPRL-. Evidentemente, ese deber incluye ante todo la puesta a

---

introduce ambigüedad (*La protección penal...*p.292), el mismo, respecto del art. 316, *CDJ V-2008*, p.318. En ese sentido, ARROYO ZAPATERO propone la fórmula: “*Quienes por haber asumido o haberles sido confiada la realización de una actividad laboral con mando sobre otros y con función de vigilancia y cuidado, sean responsables de la seguridad en el trabajo...*” (*La protección penal...*p.257). En contra, HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, pp. 249/250, defendiendo el empleo de esta técnica legislativa para delimitar la autoría en estos delitos.

<sup>1334</sup>En este sentido AGUADO LÓPEZ, *El delito...*,pp. 270/77; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *CDJ V-2008*, p.318. GARCÍA FIGUEROA ha señalado que la fórmula típica, no cumple con los requisitos señalados por el TC (SSTC 122/1987 del 14/7; 127/1990 del 5/7; 62/1994 del 18/2), ya que no existe, a diferencia del caso de la determinación de las medidas de prevención, dificultad para la determinación de la autoría en el tipo. Señala este autor, que la prueba de ello está en el art 318, que determina la autoría en el caso de las personas jurídicas. Concluye que de este modo se conculca la doble garantía, a la reserva de ley y la exigencia de taxatividad que consagra el derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE) (*Los sujetos activos...* , pp. 82 y ss. y p. 104/5).

<sup>1335</sup> SALVADOR CONCEPCION, *RDPC 3ra. Época, n°12, 2014*, pp. 245/6

<sup>1336</sup> *El delito...*,pp. 316/7. Se inclina también por esta interpretación, MORILLAS CUEVA, *Comentarios...*, p.429.

<sup>1337</sup> Asimismo, en los arts. 19 y 36 ET, art. 2 LISOS, así también lo ha declarado la Fiscalía en reiteradas oportunidades, la última en circular n° 4/2011, pp. 5/6.

disposición de los trabajadores de los medios idóneos para garantizar su seguridad, sean materiales o inmateriales. Sin embargo, a pesar de referirse insistentemente al “empresario”, la LPRL no lo define, (aun cuando le ha dedicado un capítulo entero -nº 4- a las definiciones). Por su parte, el ET brinda una definición más bien “formalista”,<sup>1338</sup> que ha motivado a la doctrina a elaborar un concepto amplio y material, teniendo presente las razones que fundamentan la atribución del deber genérico y originario de seguridad al empresario, que a su vez justifican la delimitación de otros posibles autores del delito.<sup>1339</sup> La jurisprudencia también se ha expresado en el sentido de considerar al empresario como principal obligado en materia de seguridad.<sup>1340</sup>

Se ha destacado, con razón, que el empresario se encuentra en la posición más óptima para proporcionar a los trabajadores los medios de protección que garanticen el mantenimiento de los riesgos laborales dentro de los niveles permitidos y, consecuentemente, para responder de aquellas puestas en peligro grave de su vida, integridad física o salud imputables al incumplimiento de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales.<sup>1341</sup>

#### B. Otros sujetos obligados:

La nota común respecto de los “obligados distintos al empresario”, radica en que mientras que éste tiene un deber genérico de protección referido a todos los medios

---

<sup>1338</sup> El art. 1.2 ET incluye bajo el nombre “empresario” a todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciben la prestación de servicios de los trabajadores así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas.

<sup>1339</sup>“Son aquellas personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas, que ostenten el poder de dirección sobre los trabajadores (SALVADOR CONCEPCION, *RDPC 3ra. Época, n°12, 2014*, pp. 238). “Aquel sujeto, no necesariamente coincidente con el dueño o titular de la empresa, encargado de la administración efectiva de todas aquellas áreas de competencia de las que dependa la gestión material de la actividad cotidiana de la empresa” (GÓMEZ MARTÍN, V. El enigmático art. 318 CP: diez cuestiones controvertidas, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Bs As, 2009, p. 241. “Quien tiene el poder de organización”, (GARCÍA FIGUEROA, *Los sujetos activos...*pp. 108/09), AGUADO LÓPEZ, reformula el concepto del ET desde el ámbito punitivo y define al empresario como “todo aquel que organiza y dirige la prestación de servicios por parte del trabajador, pudiendo ser tanto empresario individual como colectivo, de naturaleza civil o mercantil, de Derecho público (...) o privado, tenga o no personalidad jurídica propia” (*El delito...*, pp. 277/78). “El titular de la relación laboral o la parte contratante del trabajador por cuenta ajena en el contrato laboral, siendo entonces aquella persona que recibe la prestación laboral de quien le une una relación contractual” (SALVADOR CONCEPCIÓN, *El delito...*, p.56). “El empresario es el que crea el riesgo con el inicio de la actividad y el que habrá de responder entonces por resultados perjudiciales que de ahí se deriven, porque al crear un riesgo para un bien jurídico, se coloca en esa posición de garante por injerencia o actuar precedente” (ARROYO ZAPATERO, *La protección penal...*, pp. 138 y ss.).

<sup>1340</sup> SAP Castellón, 1º. 10/06/2005; SAP Madrid, 7º. 5/06/06; SAP Cádiz, 1º. 24/10/07; SAP Las Palmas, 1º. 18/01/12, entre otras.

<sup>1341</sup> HORTAL IBARRA, *Protección penal...*,pp. 250/51; ARROYO ZAPATERO, *Manual*, p. 65; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, p. 234; el mismo *LH Cobo del Rosal*, p. 575; AGUADO LÓPEZ, *El delito...* p. 267.



preventivos, aquéllos tienen funciones más específicas y sus obligaciones son más restringidas.<sup>1342</sup> Estos sujetos pueden clasificarse del siguiente modo:

#### B.1. Órganos específicos de representación de los trabajadores:

a. Comités de seguridad y salud, integrados por los delegados de prevención, el empresario y sus representantes,<sup>1343</sup> b. Delegados de prevención: son los representantes de los trabajadores, con funciones específicas en materia de prevención de riesgos laborales,<sup>1344</sup> c. Inspectores de trabajo.<sup>1345</sup>

#### B. 2. Trabajadores designados y Servicios de prevención:

Con el fin de cumplir con el deber general de prevención, el art 14.2 LPRL le obliga al empresario, además de a adoptar cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, a constituir una “organización específica” para que la acción preventiva se lleve a cabo de un modo eficaz, conforme a los principios rectores que de dicha acción recoge el art. 15 LPRL. A la hora de organizar la acción preventiva, el empresario puede recurrir a diversos sistemas que se encuentran plasmados en el capítulo V de la LPRL. El art 30.1 y 5 de la citada ley y el art 10.1 RSP recogen cuatro modalidades de la organización preventiva:

1. Asunción personal por el empresario,<sup>1346</sup> 2. Designación de trabajadores,<sup>1347</sup> 3. Recurso a un servicio de prevención,<sup>1348</sup> que puede ser: a. Servicio de prevención propio<sup>1349</sup> o b. Concertación de servicios de prevención ajenos.<sup>1350</sup>

---

<sup>1342</sup> MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción*, p. 446.

<sup>1343</sup> Art 38 LPRL: se constituyen en las empresas que cuenten, al menos, con 50 trabajadores. Sus facultades son: a. conocer la situación relativa a la prevención de riesgos, b. conocer cuántos documentos sean necesarios para el ejercicio de sus funciones, c. conocer y analizar los daños producidos en la salud e integridad, d. conocer e informar la memoria y programación anual de los servicios de prevención.

<sup>1344</sup> Art. 35 LPRL: Sus funciones son: acompañar a los técnicos en las evaluaciones de carácter preventivo, tener acceso a la información y documentación relativa a las condiciones de trabajo, ser informados por el empresario de los daños producidos en la salud de los trabajadores, recibir las informaciones obtenidas por el empresario, relacionadas con la prevención, realizar visitas a lugares de trabajo para funciones de vigilancia y control; recabar del empresario la adopción de medidas preventivas; y proponer al órgano de representación de los trabajadores, la adopción del acuerdo de paralización de actividades del art.21.3.

<sup>1345</sup> Sus funciones se contemplan en el art 9 LPRL y se concretan en vigilar el cumplimiento de la normativa, asesorar e informar a las empresas y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir la normativa; informar a la autoridad laboral sobre los accidentes graves; comprobar y favorecer el cumplimiento de las obligaciones de prevención; y ordenar la paralización de los trabajos en caso de riesgo grave e inminente.

<sup>1346</sup> En empresas pequeñas de menos de 6 trabajadores, el empresario puede asumir personal y directamente las funciones de prevención (ver art 30.5 LPRL y art.11.1RSP).

<sup>1347</sup> El art 30.1 LPRL y 12.1RSP, permiten al empresario, previa consulta a los representantes de los trabajadores (art. 33.1.b, LPRL), designar a uno o varios trabajadores para que se encarguen de la actividad preventiva en empresas de más de seis y menos de quinientos trabajadores o cuando se trate de actividades catalogadas de especial riesgo por el Anexo 1 del RSP, en empresas de más de seis y menos de 250 trabajadores

### II.5.c Responsabilidad penal de los sujetos que no son “el empresario”

La ley de prevención (LPRL) refiere a dos categorías de personas obligadas: el empresario por un lado y los demás sujetos, por el otro (órganos de representación, trabajadores designados y servicios de prevención).

MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA clasifican a todos los sujetos mencionados por la norma extrapenal entre los obligados *originarios*, que serían (además del empresario), los representantes de los trabajadores y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (aunque sus deberes específicos no incluyen la prestación de los medios preventivos indicados) y los *delegados* del deber de seguridad del empresario (trabajadores designados y servicios de prevención), a través de quienes la norma se asegura de que el empresario, como deudor principal y originario de la seguridad, adopte todas las medidas logísticas imprescindibles para cumplir su deber. Aclaran que esto no debe entenderse como un rechazo frontal de la responsabilidad de los trabajadores o técnicos encargados de tareas de protección frente a riesgos laborales, quienes pueden ser sujetos “legalmente obligados” en los términos del art. 316, pero con

---

<sup>1348</sup> Las dos últimas modalidades de organización de la acción preventiva, pasan por recurrir a un servicio de prevención específico. Dichos servicios aparecen definidos en el art 31.2 LPRL como “el conjunto de medios humanos y materiales necesarios para realizar las actividades preventivas a fin de garantizar la adecuada protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, asesorando y asistiendo para ello al empresario, a los trabajadores y a sus representantes y los órganos de representación especializados”. Las funciones de estos servicios se contemplan en el art 31.3 LPRL, conforme al cual, deben estar en condiciones de proporcionar a la empresa el asesoramiento y apoyo que precise en función de los tipos de riesgo en ella existentes y en lo referente a: “el diseño, implantación y aplicación de un plan de prevención de riesgos laborales que permita la integración de la prevención en la empresa; la evaluación de los factores de riesgo que puedan afectar a la seguridad y la salud de los trabajadores, la planificación de la actividad preventiva y la determinación de las prioridades en la adopción de las medidas preventivas y la vigilancia de su eficacia; la información y formación de los trabajadores; la prestación de los primeros auxilios y planes de emergencia; la vigilancia de la salud de los trabajadores en relación con los riesgos derivados del trabajo.”

<sup>1349</sup> El empresario puede constituir un servicio de prevención propio cuando lo estime conveniente, pero está obligado a ello cuando: a. se trate de empresas con más de 500 trabajadores, b. cuando tenga entre 250 y 500 trabajadores y desarrollen alguna de las actividades de especial riesgo contenida en el Anexo1, y c. que tratándose de empresas no incluidas en los supuestos anteriores, así lo decida la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y, en su caso, de los órganos técnicos en materia de prevención de las Comunidades Autónomas, en función de la peligrosidad de la actividad desarrollada o de la frecuencia o gravedad de la siniestralidad en la empresa, salvo que se opte por el concierto con una entidad especializada ajena a la empresa. Este servicio de prevención propio, constituye una unidad organizativa específica y sus integrantes dedicarán de forma exclusiva su actividad en la empresa a la finalidad del mismo.

<sup>1350</sup> Se trata de una o más entidades especializadas, ajenas a la empresa. Pese a que el empresario puede recurrir voluntariamente a esta modalidad, resulta obligatoria cuando (art 16 LPRL): a. la designación de uno o varios trabajadores resulte insuficiente para la realización de la actividad de prevención y no esté obligado a constituir uno propio, b. cuando la autoridad laboral decida que es obligatoria la constitución de un servicio de prevención y no se opte por uno propio, según dispone el art 14.c del RSP, c. cuando el empresario o el servicio de prevención propio hayan asumido parcialmente la actividad preventiva, en los términos de los arts. 11.2 y 15.4 del RSP.

los requisitos propios del sujeto en el que se delega un deber (si está en su competencia el “facilitar medios”).<sup>1351</sup>

Creo que este razonamiento (aunque en general no se exprese), es el fundamento subyacente en la opinión de la doctrina mayoritaria penal -y de la jurisprudencia-, que considera como sujetos activos del art. 316, junto al empresario, a otras personas mencionadas en la normativa extrapenal, *siempre que éstas tengan poder decisorio y funciones ejecutivas en materia de prevención de riesgos laborales* (cuando además la función asignada consista en la prestación de medios, en el sentido del art. 316). Con este criterio, se entiende que los técnicos en prevención<sup>1352</sup> pueden ser autores del delito de peligro, aunque ello dependerá de que el empresario haya hecho una auténtica delegación de funciones.<sup>1353</sup> Sobre el punto, no cabe hacer distinciones entre los técnicos del servicio propio y del ajeno.<sup>1354</sup>

---

<sup>1351</sup> MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción...*, pp. 441 y ss. Sobre el punto, DOPICO GÓMEZ-ALLER señala que es la propia ley la que da cobertura “legal” a la delegación como modo imprescindible de gestionar los riesgos laborales (al menos en empresas que superen un mínimo tamaño), así, la LPRL (arts. 30 y 31), prevé que esos deberes de facilitar los medios sean delegados por el empresario y asumidos por trabajadores de la empresa especialmente cualificados o Servicios externos de prevención de riesgos laborales, por lo que nada obsta a considerarlos sujetos activos idóneos del art. 316, si se cumplen el resto de los requisitos: son destinatarios de la obligación legal y lo son por asunción, uno de los mecanismos previstos por la ley obligarse (RGDP N°9, pp. 14/15). Es decir, para el autor, el art. 318.1 es superfluo, porque no hace falta otro tipo penal (además del art. 316) para que dentro de los “legalmente obligados” se integren también, los delegados del empresario (en tanto ese mecanismo está previsto por la LRPL).

<sup>1352</sup> Los técnicos son el personal cualificado integrado, generalmente en los servicios de prevención propios o ajenos, con titulación formativa, contratados específicamente por el empresario para garantizar la adecuada protección de la seguridad y salud en el trabajo, así como asesorar y asistir al empresario y trabajadores o sus representantes en los temas de su especialidad. En este sentido, puede decirse que la función del técnico es la de hacer efectivo el deber general del empresario de proteger la seguridad y salud de los trabajadores (a diferencia de los “trabajadores designados”, que no son técnicos en prevención de riesgos laborales, sino meros vigilantes de la seguridad sin funciones ejecutivas, cumpliendo la mayoría de los casos, funciones de nivel básico (art 35 RSP). El desempeño de dicha función del técnico, con todo lo que conlleva, supondrá fricciones con el empresario, que pretende paliarse otorgando a aquel, una serie de garantías, plasmadas en el art 30.4 LPRL, para que pueda actuar de un modo independiente, sin presiones externas. Esta independencia del técnico también le hace asumir una mayor responsabilidad en su ámbito de competencia, aunque no por ello exime al empresario como titular del deber de protección de la seguridad y salud laboral, como establece el art 14.4 LPRL, dado que ambas labores son complementarias (PÉREZ ALONSO/ZUGALDÍA ESPINAR, Responsabilidad penal del empresario y del técnico en prevención de riesgos laborales, en DONNA (dir.) *Revista de Derecho Penal, Delitos de peligro-II*, 2008-1pp. 199 y ss.)

<sup>1353</sup> HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, pp. 257/59 y ss.; De VICENTE MARTÍNEZ, *La respuesta...*, p.64; AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, pp. 329/30; RAMÍREZ BARBOSA, *El delito...*, p. 169, MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción...*, p.420; PÉREZ ALONSO/ZUGALDÍA ESPINAR, *RDP, 2008-1*, pp. 199 y ss.; SERRANO-PIEDecasas, J. La responsabilidad del empresario, personal técnico y de los servicios de prevención en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo, *Revista Penal n° 10*, 2002, pp. 104/5; TERRADILLOS BASOCO, *La siniestralidad...*, p.76; GARCÍA FIGUEROA, *Los sujetos activos...*, pp.133 y ss. Sobre el punto, LASCURAÍN SÁNCHEZ se plantea lo siguiente: la pregunta es pues, si el técnico de prevención es un asesor de seguridad o un decisor de seguridad y así preguntado, en abstracto, la respuesta es relativa: depende. Depende de lo que se encargue al miembro del servicio de prevención. La realidad es que algunas empresas conforman sus servicios de prevención como meros asesores del personal ejecutivo, en

Según este criterio, ni los delegados de prevención ni los miembros de los comités de seguridad y salud son considerados como posibles autores del delito de peligro, ya que ellos sólo se limitan a recibir la información por parte del empresario, a ser consultados por éste, cuando procede, pero se dedican a trabajar en la actividad profesional que les corresponde según el puesto de trabajo que ocupan en la empresa. En definitiva, tienen funciones de consulta e información y carecen de poder de decisión y mando respecto de la adopción de medidas de prevención de riesgos para la vida y salud de los trabajadores, lo que excluye la posibilidad de que sean “legalmente obligados.”<sup>1355</sup> Similar razonamiento cabe respecto de los inspectores de trabajo.<sup>1356</sup>

---

otras como personal ejecutivo transversal en materia de seguridad y en muchas otras, su perfil es mixto, conformado por tareas generales de asesoramiento y por ciertas tareas ejecutivas, singularmente las de vigilancia y las de calificación especializada. Pero, aun cuando se entendiera que los miembros del servicio de prevención son obligados legales de seguridad, en el sentido del art 316, el autor considera que su responsabilidad no debería depender de esa sola condición, sino además, de la preexistencia de una delegación válida (Seis tesis sobre la autoría en el delito contra la seguridad de los trabajadores, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Bs As, 2009, p.217.) En igual sentido, SAP Madrid, 16°. 10/01/07. GOMEZ RIVERO aclara que este criterio se fundamenta en el hecho de que el CP de 1995 haya excluido del ámbito típico la referencia de los sujetos obligados a exigir o a procurar las condiciones de seguridad en el desempeño del trabajo, de tal modo que cualquier otra pretensión de interpretación amplia habría de calificarse como claramente extensiva del ámbito típico y con ello, tacharse de inadmisibles (La responsabilidad penal por los riesgos y resultados lesivos en el ámbito de la construcción, en TERRADILLOS BASOCO (dir.), *La siniestralidad laboral. Incidencia de las variables “genero”, “inmigración” y “edad”*, Albacete, 2009, pp.47/8). Por su parte, ROJO TORRECILLA parece no contemplar la posibilidad de que los servicios de prevención ostenten funciones decisorias, respecto de los que señala que “tienen como función asesorar y asistir al empresario, trabajadores y sus representantes y a los órganos de representación especializados” (*Delitos...*, p. 241). GÓMEZ MARTÍN, entiende que podrán responder como colaboradores (*Protección penal de los derechos de los trabajadores*, p.251). No son muchas las sentencias condenatorias a técnicos de prevención, entre ellas: SAP Cádiz 1°.24/10/07; SAP Valencia 4°.23/06/09, SAP Barcelona, 5°.23/07/2007, SAP Sevilla, 7°. 17/02/2009. GARCÍA FIGUEROA señala que esta escasez de condenas, puede deberse a que normalmente las fiscalías no los incluye en sus escritos de acusación, como se halla dispuesto en la Circular n°4/2011 de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada en materia de siniestralidad laboral (*Los sujetos activos...*, p.135, nota 161).

<sup>1354</sup>En ese sentido, PÉREZ ALONSO/ZUGALDÍA ESPINAR entienden que distinguir entre ambas especies de técnicos carece de justificación material y es discriminatorio, ya que se trate de servicio propio o ajeno, siguen teniendo el mismo estatuto legal y las mismas funciones preventivas (*RDP, 2008-I*, p. 204/5). SALVADOR CONCEPCION plantea la siguiente distinción: el servicio de prevención propio, se puede interpretar como un departamento perteneciente a la empresa, sometido al poder disciplinario del empresario, quien conserva una responsabilidad residual del correcto funcionamiento de este servicio y de que, mediante el mismo, se logre facilitar al trabajador los medios preventivos necesarios. A diferencia de ello, entiende que el servicio de prevención ajeno a la empresa son órganos de asesoramiento, con lo que en principio, su función no será de facilitar los medios, sino sólo de prestar el asesoramiento necesario para su correcta elección, puesta en marcha y seguimiento (*RDPC 3ra. Época, n°12, 2014*, pp.241/42). HORTAL IBARRA plantea que el hecho de que el servicio de prevención ajeno no se integre en la organización interna de la empresa deviene fundamental a la hora de determinar la extensión del deber de vigilancia que residualmente retiene el delegante en relación a la actuación correcta del delegado: la “reducción” que sufre la obligación de supervisión en este caso, también tiene su causa en la mayor especialización de la que goza el delegado (*Protección...*, p. 274/5).

<sup>1355</sup> De VICENTE MARTÍNEZ, *La respuesta...*, p. 62/3, la misma en *Seguridad...*, p. 77. En sentido similar, GARCÍA FIGUEROA, *Los sujetos activos...*, p.124 y nota 148; RAMÍREZ BARBOSA, *El delito...*, pp. 267/270; AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, pp. 329/30; FARALDO CABANA, *El delito...*, p.

Es decir, más allá de la fórmula “legalmente obligados”, lo cierto es que tanto la doctrina como la jurisprudencia, terminan equiparando al sujeto activo del art. 316 con *quienes ostentan el poder de dirección*.<sup>1357</sup>

### II.3.c Legalmente obligados y la figura del “encargado”

La normativa de remisión (fundamentalmente LPRL) sólo hace referencia a la delegación de las funciones de seguridad específicas y concretamente respecto de

---

99 y ss., NARVAEZ BERMEJO, *Delitos...*,p.86; ROJO TORRECILLAS, *Delitos...*,p. 241, TERRADILLOS BASOCO, *La siniestralidad...*,p.75. En igual sentido, SAP Cantabria, 1º. 19/02/07.

<sup>1356</sup> LASCURAÍN SANCHEZ, aborda la cuestión sobre si la potestad de los inspectores de trabajo y representantes respecto de la paralización de la actividad indebidamente peligrosa, los convierte en legalmente obligados, concluyendo que no porque, el “medio” (en términos del art. 316) ha de ser “para la actividad” y no para suspenderla. Sin embargo, entiende que la paralización es un medio para la seguridad de la actividad, posterior al riesgo grave e inminente (*Protección penal de los derechos de los trabajadores...*, p.211). HORTAL IBARRA, destaca que la obligación de paralización, en tanto manifestación concreta del deber de vigilancia, no adquiere relevancia jurídico penal a los efectos del delito contra la seguridad en el trabajo (*Protección penal...*, p. 298). RAMÍREZ BARBOSA, descarta que puedan ser sujetos activos del delito del art 316, porque están facultados para paralizar, pero no obligados a ello (citando art. 9.1.f y 44, 21.3 y 36.2 LPRL) (*El delito...*,pp. 283 y ss.), en coincidencia con AGUADO LÓPEZ, *El delito...*,p.335.

<sup>1357</sup>Particularmente clara en ese sentido se muestra SALVADOR CONCEPCIÓN, quien señala que tendrán que ser declarados penalmente responsables aquellos que en el desarrollo de la empresa tengan dominio de la seguridad y con esto, efectivo control de las fuentes de peligro. En definitiva quien tenga realmente la competencia y pueda ejercerla respecto a la cuestión de la seguridad e higiene en el trabajo, será la persona responsable, será sujeto activo quien tenga un “cerco de autonomía con facultad para facilitar los “medios necesarios” (*RDPC 3ra. Época, n°12, 2014, pp.248/49*). De VICENTE MARTÍNEZ, destaca que el art. 316 no alude sólo al empresario: “Legalmente obligados”, es una fórmula suficientemente amplia para permitir declarar al TS que son todas aquellas personas que desempeñan o ejercen funciones de dirección o de mando en una empresa y tanto sean aquellas superiores, intermedias o de mera ejecución y tanto las ejerzan reglamentariamente como de hecho, están obligadas a cumplir y a hacer cumplir las normas destinadas al mantenimiento de la seguridad y prevención de riesgos laborales (STS 2º. 12/05/1981). La jurisprudencia anterior a la LPRL entendía que la responsabilidad penal por el incumplimiento de las normas de seguridad es exigible “no sólo al empresario, sino a cualquier persona de la organización de éste”, ya se trate de la alta dirección, como de media o de la función de ejecución del capataz, o sea cualquier persona que asume la realización de una tarea con mando sobre otros y con función general de cuidado y vigilancia, tienen la obligación de conocerlas, cumplirlas y hacerlas cumplir (STS 2º. 7/06/88). Agrega la autora que, actualmente la LPRL, art. 14, establece el deber de seguridad del empresario en la protección de los trabajadores a su servicio frente a los riesgos laborales. Pero ese precepto no tiene más efectos que los de configurar el sujeto activo de la infracción administrativa. En lo penal, el concepto de autor es autónomo, por tanto el sujeto activo del art. 316 es tanto el empresario, como quienes -bajo sus órdenes- han de ocuparse concretamente de ese deber. El fundamento de ello (al igual que en el caso del empresario) es la posición de *potestad de dirigir la empresa y organizar las condiciones en las que debe prestarse el trabajo*, o sea, su posición de garante frente a la seguridad del trabajador (*La respuesta...*,p.57/59). En igual sentido, AGUADO LOPEZ, *El delito...*,pp. 311 y ss.; FARALDO CABANA, *El delito...*,p. 87 y ss., NAVARRO CARDOSO, *Los delitos...*, p.39; De VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad...*,p. 76 y ss., RAMIREZ BARBOSA, *El delito...*, p.169. En este sentido ha expresado ARROYO ZAPATERO que los legalmente obligados son el empresario y sus encargados. La determinación de quiénes sean en concreto las personas a las que como encargados se imputa el deber de seguridad no se rige por criterios formales (denominación del cargo en la norma legal o estatutaria), sino fácticos, atendiendo a quienes de hecho son los encargados, es decir, *los que efectivamente asumen y ejercen el poder de dirección empresarial* (*Manual...*,p. 156). También en este sentido, SAP Tarragona, 2º 15/06/07; SAP, Vizcaya 1º 30/05/08; SAP Alicante, 3º.7/06/11; SAP Baleares, 1º.2/02/ 12; SAP Barcelona, 6º.14/11/ 05, entre otras.

determinados sujetos (trabajadores designados y servicios de prevención). Sin embargo, en la realidad de las empresas existen delegaciones que no encuadran totalmente en éstas, ya sea que el empresario delegue competencias no específicas de seguridad, como ocurre con la figura de quien la doctrina y jurisprudencia han denominado “encargado” (delegado de “gestión”) o que delegue la función específica de seguridad, pero en otros sujetos diferentes a los mencionados por la ley extrapenal, en cuyo caso se trataría de un “encargado (específico) de seguridad”.

Ahora bien, los criterios de determinación de autoría en los términos del art. 316 en estos casos de delegación, generan el problema de la compatibilidad con la fórmula “legalmente obligados”, ya que justamente se trata de casos no contemplados específicamente por la ley de remisión. Esta cuestión no ha sido abordada de un modo sistemático ni con claridad por la doctrina (sobre todo teniendo en cuenta los diferentes significados que los autores atribuyen a términos como “delegado” y “encargado”), y no todos los autores se han manifestado sobre este punto.

Así por ejemplo, MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, entienden que esta clase de delegación no convierte *sin más* al delegado en “obligado legal” a facilitar los medios conforme a la normativa extrapenal del reenvío, tal y como caracteriza el art. 316 CP al sujeto activo del delito: no hay en este caso una *obligación legal* de delegar, pues no se trata de los trabajadores o servicios de prevención a los que ya se ha aludido. Esas situaciones de disociación entre actuación (quien realiza el hecho es un *extraneus*) y titularidad de la cualidad definidora de la autoría (el *intraneus* no actúa), se solucionan, según estos autores, recurriendo a los arts. 31 y 318 CP.<sup>1358</sup>

---

<sup>1358</sup> *Derecho penal de la construcción* ...p.452. El art. 318 CP establece que: “Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello”. Para estos autores, este precepto guarda una semejanza innegable con el art. 31 CP, aunque también presenta algunas claras diferencias: de un lado, limita su aplicación a los hechos atribuibles a personas jurídicas, mientras que el precepto general, incluye los realizados en nombre de una persona física. Por otro lado, incluye a los encargados entre los sujetos susceptibles de ostentar la condición de sujeto activo, pero no menciona a los administradores de hecho, provocando algunas incertidumbres interpretativas. Para finalizar, el último inciso introduce una fórmula sin paralelo en el art. 31, declarando la responsabilidad de quienes, conociendo los hechos tipificados y pudiendo remediarlos, no adopten medidas para ello (ibídem, p. 457). Según MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, carece de sentido la referencia tradicional al “encargado”, más allá de la terminología que se use: la condición de autor de un delito contra la vida o la salud de los trabajadores exige que, si no se trata del empresario -obligado principal y originario-, se den los presupuestos de la delegación, que fundamentan la extensión del deber de garantía al sujeto no obligado inicialmente y que la omisión producida se inserte dentro del ámbito competencial del sujeto. Sin embargo, los autores agregan que además del poder de mando, es necesario acreditar que *la competencia atribuida al sujeto incluyen deberes específicos de seguridad* (ibídem, pp.459/60). Como se verá más adelante, no creo que sea necesario ese último requisito, para delimitar al autor del art. 316, siendo suficiente en ese sentido, que tenga el poder de dirección o mando.

Con una postura diferente, LASCURAÍN SÁNCHEZ entiende que el art. 316 con la fórmula “legalmente obligados” únicamente se refiere al empresario, pero no a sus delegados, a ellos sólo se puede llegar, en su caso, a través de los arts. 11, 318 y 31 CP -aunque sin distinguir a qué clase de delegados-.<sup>1359</sup> Por su parte, AGUADO LÓPEZ, considera que, a pesar de que el art. 14 LPRL alude en exclusiva al empresario, en el art. 20.1 ET se permite al empresario delegar su poder de dirección y con ello se recoge indirectamente a la figura del “encargado”<sup>1360</sup> como responsable en materia de seguridad y salud en el trabajo, de modo que también es un “obligado legal”. Por esa razón, estima que no es necesario recurrir a los arts. 31 o 318 CP para predicar la condición de obligado legal del administrador o encargado.<sup>1361</sup>

### II. 3. d Propuesta de interpretación de la fórmula “legalmente obligados”

La fórmula del art. 316 sólo alude en su expresión a los “legalmente obligados”, no menciona expresamente a los delegados, ni utiliza algún término que transmita la idea de que éstos deban tener poder de dirección, sino que esta exigencia sólo surge de la interpretación de la doctrina, pero lo cierto es que nadie explica a través de qué razonamiento se llega a esa conclusión.

En mi opinión, en el art. 316 existen dos vías o caminos para determinar al sujeto activo: el que corresponde al empresario -poder de organización- y otro para el resto de los “legalmente obligados”. Ahora bien, según una interpretación literal, esta expresión

---

<sup>1359</sup> *Protección penal de los derechos de los trabajadores...*, pp. 214/5. En similar sentido, GARCÍA FIGUEROA interpreta que los técnicos de prevención son los “encargados de servicio” a los que se refiere el art. 318. La diferencia con el art. 31, es que éste no contempla a los “encargados de servicio” (técnicos de prevención) pero eso no quiere decir que no estén abarcados por el art. 31, sino que se considera incluido en la interpretación material de “administrador de hecho” (*Los sujetos activos...*, p. 130). Por su parte HORTAL IBARRA, en contra de la doctrina que entiende superflua la cláusula de extensión de la autoría del art. 318, entiende que la expresión “encargados del servicio responsables de los mismos”, casa perfectamente con la figura de los trabajadores designados o los técnicos integrados en los servicios propios o ajenos, que mediante el acto de delegación asumen la función del control de los riesgos laborales. Aunque luego agrega que quizás el legislador pensó en la figura del “encargado”, utilizada por la doctrina y jurisprudencia (*Protección penal...*, p.290 y nota 699).

<sup>1360</sup> Como se aclaró en el capítulo anterior, el término “encargado” utilizado por gran parte de la doctrina - y la jurisprudencia- hace referencia a lo que en este trabajo hemos denominado “delegado”, en el sentido de que el empresario le ha delegado una función con poder de decisión (ver lo desarrollado en el capítulo V).

<sup>1361</sup> *El delito...*, pp. 261, 263 y 292. Frente a esta argumentación, MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA han señalado que sin embargo, una cosa es que la legislación laboral admita la delegación del poder de dirección, incluyendo las funciones de protección frente a los riesgos laborales, y, por tanto, que esa delegación no sea contraria a la ley y pueda ampliarse el círculo de sujetos responsables de la seguridad de los trabajadores; y otra afirmar que la posibilidad de que exista un delegado con tales atribuciones equivalga a la obligación legal del encargado (*Derecho penal de la construcción*, p. 448, nota 262).

típica incluiría a *todos los que tengan asignada -por ley- alguna función o tarea de seguridad con o sin poder de decisión*, porque la fórmula no distingue entre delegados o meros ejecutores, sólo refiere a “obligados” y en rigor, en ambos casos lo son. Es la doctrina -y la jurisprudencia- quienes hacen la distinción, excluyendo del concepto a los “meros ejecutores.” Es decir, a pesar de que el tipo penal utiliza como criterio la *fuerza legal* (el legalmente obligado) de la posición de garante (como sustento de la autoría), lo cierto es que en la práctica se recurre a un criterio *material* para subsanar ese error (“el que tenga poder de dirección u organización”).

Creo que el criterio al que recurre la doctrina y la jurisprudencia es correcto y encuentra su explicación en el esquema aquí brindado sobre el funcionamiento de las dos esferas de organización que conviven en el proceso productivo (la del empresario y la del trabajador).

Como ya se ha explicado, en la interacción del trabajador con el riesgo se ponen de manifiesto dos aspectos que le son propios: dependiente o subordinado (laboralmente) por un lado, y titular (autónomo) de los bienes jurídicos que están expuestos a ese riesgo, por otro. Estas dos fases o aspectos están entrelazados: el trabajador sólo ejerce su soberanía y actúa como titular autónomo, si como dependiente (de la organización ajena) se le “habilita” para ello, es decir se le provee del fondo de conocimientos necesario para asociar el riesgo con las medidas de seguridad correspondientes (previstas y provistas). Si falta alguno de estos requisitos, no se habilita al trabajador en tanto titular que puede autoorganizarse respecto de su vida y salud, porque se le arrebatara su soberanía, y la organización de ese supuesto tramo de libertad -vida/salud- pasa a ser asunto del empresario (organizador del foco de riesgo).

De acuerdo a este razonamiento, el sujeto activo del art. 316 debe ser (además del empresario) quien ostente *la competencia -originaria del empresario- sobre la indemnidad de los bienes jurídicos del trabajador, para poder delegársela a éste* (junto al encargo de la tarea laboral específica) y de ese modo, asegure un funcionamiento coordinado durante el desarrollo de la actividad laboral de esta competencia delegada, con la esfera de competencia no delegable del empresario (organización del proceso productivo). Pero, ¿quiénes ostentan esa competencia?

El ámbito de competencia del trabajador -relativo a su vida/salud- como se explicó antes, está integrado en el del empresario -empresa- en tanto *organizador* del proceso productivo. En efecto, la autorresponsabilidad del trabajador durante su actividad laboral se configura en el ámbito peligroso de otro (esfera contenida) y está, por lo



tanto, subordinada a ciertas condiciones que dependen del *organizador* del ámbito en el que la tarea se desenvuelve (esfera continente).

Ese es entonces, el criterio rector determinante de la autoría en el delito del art. 316: el “organizador”. En este contexto, el organizador puede ser el empresario o en quien éste delegue sus funciones (competencia).

Ahora bien, es necesario aquí hacer una aclaración que la doctrina española no hace en el marco de la interpretación de los sujetos activos del delito estudiado. Veamos.

El empresario como organizador del proceso productivo es un garante de control de dicho foco de peligro y tiene por lo tanto a su cargo, el deber de seguridad. Las normas de prevención asignan deberes al empresario como concreción del principio fundamental *neminem laedere*: se imponen estos deberes a quien tiene potestad de dirección o de supervisión del trabajo de otros; si el proceso de producción es peligroso, la adecuada contención de esos peligros corresponde a quien produce.<sup>1362</sup>

Organización (libertad de) y deber de seguridad son cara y contracara de la posición de empresario como “iniciador” del foco de peligro (empresa). Pero estas dos facetas *pueden desdoblarse* por efecto del mecanismo de la delegación.

En efecto, si el empresario delega la organización del proceso productivo -o una parte de éste-, el delegado asume junto con la gestión, *necesariamente* el deber de seguridad porque se convierte en un nuevo garante de control del foco de peligro y el deber de seguridad -o en otros términos, la competencia sobre la indemnidad de los bienes jurídicos del trabajador- es *inescindible* de esa posición de garante.

Pero el empresario, también puede delegar *sólo* la función de seguridad, es decir desvinculada de la “gestión” de la actividad productiva (esto sucede por ejemplo, en el caso de los servicios de prevención), en ese supuesto, el delegado de seguridad asume la competencia sobre la indemnidad de los bienes jurídicos de los trabajadores porque aunque no tenga la gestión del proceso productivo, *sí organiza una faceta de éste*: su *inocuidad*, esto es, la función de mantener la actividad de producción dentro del riesgo permitido, entonces es también y en definitiva, *una especie de organizador*.

De este modo, tanto el delegado de gestión como el de seguridad, ostentan la competencia sobre la indemnidad de los bienes jurídicos de los trabajadores y pueden entonces, ser sujetos activos del art. 316.

---

<sup>1362</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Derecho penal de la construcción*, p. 550.

Por el contrario, el mero ejecutor de una tarea de seguridad (o sea, cuando se encarga una actividad relacionada con la seguridad, pero no la *función* de seguridad, con poder de decisión, por ejemplo, el caso del trabajador designado), no tiene la competencia sobre la indemnidad de los bienes jurídicos del trabajador y por lo tanto, tampoco puede delegársela a éste. En esta lógica, si el ejecutor incumple esa tarea de seguridad poniendo en peligro la vida o salud de los trabajadores no podrá ser autor del delito de peligro (art. 316), aunque sí puede ser autor (o partícipe) del delito imprudente de resultado -si éste se produce-.<sup>1363</sup>

Los “encargados” o delegados tienen el deber de garantizar la seguridad del trabajo en el establecimiento o en el área en que ostenten autonomía, es decir responden en la medida en que son competentes por concretos sub-focos de peligro que integran ese foco de peligro global que es el proceso productivo.<sup>1364</sup> Por el contrario, los ejecutores de tareas sólo están obligados a cumplir el deber de cuidado correspondiente -acotado al *desarrollo de su propia actividad* y responden sólo por el eventual resultado imprudente (homicidio y lesiones) que la infracción de dicho deber pueda ocasionar, pero no por el mero peligro, porque el art. 316 requiere la infracción del *deber de seguridad* y sólo debe cumplirlo quien *organiza* (tanto el proceso productivo como alguna de sus facetas, entre ellas su inocuidad). Esa es la pauta que diferencia el delito imprudente de resultado respecto del delito de peligro, en tanto delito especial.

Dicho esto, puede verse claramente ahora, que la LPRL sólo hace referencia al empresario y a los delegados *específicos* de seguridad, pero no al delegado de gestión (“encargado”). En este punto creo que es correcta la postura de AGUADO LÓPEZ en el

---

<sup>1363</sup> Es importante aclarar que el “ejecutor que incumple una tarea de seguridad”, puede llegar a convertirse en un “organizador de hecho”, aunque son dos categorías diferentes. Es decir, una cosa es no cumplir una tarea puntual y otra asumir la actitud de “*dominus*”, esto es, tomar decisiones arrogándose la competencia sobre seguridad, que corresponde a su superior (teniendo acceso -aunque no necesariamente de modo legítimo-, a los elementos necesarios para ejercer la competencia usurpada). Hay una diferencia sutil entre ambas categorías y en la práctica no será tan fácil distinguirlos. Un criterio para diferenciar ambos casos podría ser que, el que quiere arrogarse la competencia seguramente buscará, deliberadamente, sustraerse del control o supervisión del superior. En ese caso, es probable que el superior/mandante no infrinja ningún deber de vigilancia/intervención, por lo tanto no sería autor del delito del art. 316: solo habrá un autor, el ejecutor “devenido” competente por arrogación.

<sup>1364</sup> El fundamento de la posición de garante es en el empresario, el ejercicio de su autonomía, libertad de empresa y en el delegado, su autonomía para aceptar libremente la delegación: la asunción voluntaria del ejercicio del poder de dirección por delegación del empresario. Con la aceptación de la delegación, el encargado se coloca en posición de garante de la seguridad de los trabajadores y por lo tanto, está obligado a adoptar todas las medidas de seguridad que le sean exigibles. En cualquier caso, lo decisivo para que exista una posición de garante, es la asunción real de poder de dirección, como manifestación clara de que ha aceptado el riesgo creado por el empresario (y no su “forma”) (AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, pp. 320 y ss.).

sentido de que esta clase de delegados está incluida en el concepto material de empresario que se desprende del art. 20 ET y ello, en tanto el fundamento de la posición de garante frente a la seguridad de los trabajadores es el mismo en el empresario y en el delegado de gestión: son *organizadores del proceso productivo*. Desde esta óptica, no es necesario recurrir a los arts. 31 y 318 CP para fundamentar esta inclusión.

### **II.3.e Consecuencias de la delegación de competencias en la determinación del sujeto activo**

La asunción de la acción preventiva por los técnicos en la materia, internos o externos a la empresa o, en general, por terceras personas en la organización del trabajo no constituye un mecanismo que permita eludir responsabilidades al empresario, sino un instrumento para asegurar que éste cumpla con sus deberes (LPRL, art. 14.4). Desde este punto de partida, los supuestos de delegación de competencias conducen a plantear la responsabilidad del delegado, por cuanto éste asume una posición de garantía; pero también hacia el delegante, quien al mismo tiempo retiene deberes residuales de garantía, aunque transformados.<sup>1365</sup>

Siguiendo ese esquema, en el capítulo anterior se analizó la responsabilidad del empresario y de su colaborador -distinguiendo entre delegado de funciones y mero ejecutor de tareas- respecto del resultado imprudente de resultado (lesión/homicidio). Allí se concluyó que:

En el caso de encargo de tareas, el mero ejecutor, aunque no tiene poder de decisión sobre el ámbito de competencia en el que se desarrolla su actividad -ni gestiona ni tiene obligación de control-, al ser un sujeto *autorresponsable*, es posible que del incumplimiento de sus obligaciones (si se aparta de los parámetros que configuran su actuación y orienta su conducta hacia un actuar delictivo), se derive su responsabilidad por el resultado lesivo así causado. En ese supuesto, también podrá configurarse responsabilidad del mandante/empresario por el resultado delictivo, que deriva de su propio ámbito de competencia (no delegada), pero *causado directamente por la infracción de su ejecutor*. Ello, siempre que se constate una *relación de imputación* entre el resultado delictivo (imprudente) acaecido y la *infracción de un deber de control* (esto es, si cumpliendo con ese deber hubiera podido evitar el riesgo ocasionado por su subordinado -comisión por omisión-). Pero su posible responsabilidad (del

---

<sup>1365</sup> Ver todo lo desarrollado en este tema en el capítulo V.

empresario/mandante) en comisión por omisión, no se fundamenta en un deber de control de una fuente de peligro (en la modalidad de “responsabilidad por la conducta de terceras personas”), sino en la *activación de su ámbito de competencia* a través del concreto encargo. Esto es, el ámbito de competencia inicialmente asumido por el mandante/empresario, se *actualiza y concreta* con el encargo de la ejecución de una tarea a uno de sus colaboradores, que lo hace responsable por el *resultado* derivado de la conducta del ejecutor, pues eso sí entra en su ámbito de competencia. Estaríamos aquí ante un supuesto de *autoría accesoria* -ya que el resultado típico se produce por la concurrencia del comportamiento defectuoso de ambos- pero éstos mantienen aquí la *individualidad* en su responsabilidad (no se trata de un caso de imputación conjunta -coautoría-, sino de una imputación por el comportamiento materialmente independiente de cada uno de ellos).

A diferencia del supuesto anterior, en la delegación de funciones -con transformación de competencias-, el delegado es el titular de los deberes primarios de garante y el delegante de los deberes secundarios o residuales de garante. Ambas posiciones de garantía tienen idéntico objetivo, el de evitar que de la actividad delegada surja algún *output* lesivo. En el caso del delegante, esta función de garantía se lleva a cabo controlando a su delegado y se proyecta sobre la actividad que éste desarrolla. El fundamento de la responsabilidad del delegante por la actividad delictiva del delegado reside en que el desarrollo de la actividad del segundo tiene lugar en el ámbito de organización del primero, de forma que a éste le sigue incumbiendo, pese a la delegación, el cumplimiento de los deberes de vigilancia y supervisión relativos a que de su propio ámbito de organización no surjan peligros para terceros (también en forma de actividades lesivas, que puedan partir del delegado en el marco de aquel ámbito).

En esta lógica, sólo es legalmente posible exigirle responsabilidad al delegante infractor de su deber de control *en tanto el delito acaecido también le pertenezca*. Esto es, que el hecho delictivo también se explique -en términos de creación de riesgos e imputación de resultado- por su comportamiento infractor.

Ahora bien, sobre la base de la relevancia del ámbito de competencia que mantiene el delegante tras la delegación, su contribución al hecho delictivo a través de la infracción de su deber de control es de *menor intensidad* que la del delegado. Los deberes de supervisión tienen, respecto al ámbito de actividad común entre delegante y delegado, una naturaleza *secundaria o accesoria*. En esta medida, la calificación de la intervención del delegante se aproxima a las estructuras de la *participación* en el delito.

Por otra parte, la responsabilidad del delegado infractor es más *intensa* que la del delegante, ello se traduce en que la infracción del delegado tiende hacia la responsabilidad a título de *autoría*. En suma, el empresario/delegante que no controla (infracción deber de vigilancia), o que aun controlando no actúa consecuentemente respecto de la evitación de la irregularidad detectada (infracción deber de intervención), contribuyendo o facilitando así la conducta delictiva de su delegado, responde por el resultado lesivo que se produzca, ya que de ese modo el empresario infringe su deber de cuidado. Y debe responder como *partícipe en comisión por omisión* del delito imprudente (de resultado) cometido por el delegado.

Sentado lo expuesto, corresponde ver ahora si estos criterios se aplican también al caso de encargo de tareas y delegación de funciones, pero con relación, no ya a un delito de resultado imprudente, sino al delito de peligro (art. 316).

### **II.3.f “Encargo de tareas” en el ámbito del delito de peligro (art.316)**

Como se ha explicado antes, dentro de la función de seguridad, puede haber delegación o el simple encargo de la ejecución de una tarea de seguridad (por ejemplo, cuando se le ordena a un trabajador que coloque las bandejas de seguridad en un edificio en construcción). En este último caso, el ejecutor no tiene autonomía ni poder de decisión, sólo un mandato concreto a cumplir. Aunque esto es claro en teoría, no siempre es fácil distinguir en la práctica al “encargado o ejecutor” del delegado de seguridad. En este sentido, una pauta de distinción puede ser el hecho de que, además de esa función de seguridad, su rol principal en la empresa sea otro.

Ahora bien, si en ese contexto, el mero ejecutor no cumple con la actividad ordenada, poniendo en peligro al resto de los trabajadores, no puede ser autor en los términos del art. 316, conforme a los parámetros de determinación del sujeto activo que aquí se sostienen (organizador). En efecto, al no ser un “organizador”, *no puede delegarle al trabajador la competencia sobre sus bienes jurídicos vida/salud*. Pero lo cierto, es que su conducta habrá generado que los trabajadores estén expuestos al riesgo sin estar habilitados para autoorganizarse en la protección de sus bienes jurídicos. A diferencia de lo que ocurre con el delito de resultado imprudente -lesiones y homicidio-<sup>1366</sup>, donde el ejecutor del encargo, al incumplir con el deber de cuidado -al que todos están obligados- puede ser autor del delito lesivo, aquí el ejecutor no está obligado por el

---

<sup>1366</sup> Ver lo desarrollado en el capítulo V.

deber de seguridad que sólo le atañe al empresario (y a quien delegue su competencia), en tanto *organizador* del proceso productivo. Aquí el ejecutor, no tiene el deber de seguridad, sino únicamente un encargo concreto y lo incumple. Bajo tales pautas, el ejecutor sólo puede ser un *colaborador* en el delito del art. 316.

También se plantea aquí la responsabilidad de quien le encargó la tarea al ejecutor: el empresario (o delegado) que ostenta la competencia primaria por evitar el peligro grave, aun cuando éste haya sido generado *a través* de la conducta de otro (ejecutor). Creo que en el contexto descrito el empresario (o delegado) puede, bajo ciertas condiciones, ser responsable del delito del art. 316, en calidad de autor. Para ello debemos poder constatar que el efecto que el art. 316 trata de evitar, es consecuencia de una *infracción de un deber de control del empresario o delegado*. Así, en la medida en que la evitación del riesgo ocasionado por su subordinado estuviera al alcance de su concreto deber de control incumplido, se le podría imputar el delito como autor, aun cuando no se trate de un resultado lesivo, (en comisión por omisión), sino de un *efecto* (peligro grave en tanto peligro abstracto-concreto, partiendo de la interpretación aquí propuesta) que estaba en su competencia evitar. El *efecto* consiste en que “el trabajador interactúe con el riesgo sin estar habilitado para autoprotgerse”<sup>1367</sup> y sólo puede ser evitado por el empresario/mandante, ya que es el único que puede transmitirle la competencia al trabajador sobre sus bienes jurídicos, ya sea directamente *-intuitu personae-* o indirectamente a través de un “instrumento”<sup>1368</sup> que responde a sus directivas porque no tiene autonomía (ejecutor).

En este contexto, con un razonamiento análogo al que se ha hecho respecto del resultado imprudente ocasionado por el ejecutor,<sup>1369</sup> la fuente de la responsabilidad del empresario se hallaría en la *activación de su ámbito de competencia* a través del concreto encargo. Esto es, el ámbito de competencia inicialmente asumido por el empresario, se *actualiza y concreta* con el encargo de la ejecución de una tarea a uno de sus colaboradores. De esa forma, aquel no es responsable *directamente* de la conducta de su ejecutor pero sí *del efecto* que de ella pueda derivarse, pues eso sí entra en su ámbito de competencia. Aunque el “peligro grave” (en los términos del art. 316) no

---

<sup>1367</sup> Nótese que no se trata de un ingreso del trabajador al radio del peligro (peligro concreto), sino del momento previo. Se trata de un “estado de descontrol de peligro”, según se explicó en el capítulo IV. Se profundizará en ello al tratar más adelante la cláusula de nivelación.

<sup>1368</sup> Cabe aclarar que si bien el ejecutor es un individuo autorresponsable y sería autor del delito imprudente de resultado si se dan las condiciones señaladas, lo cierto es que desde el punto de vista del cumplimiento del deber de seguridad que le corresponde al empresario, el mero ejecutor es sólo parte de una “modalidad” de cumplimiento de dicho deber (por el empresario), ya que no recae sobre él ese deber.

<sup>1369</sup> Ver lo desarrollado en el capítulo V.

configure un resultado (ni de lesión ni de peligro concreto), sí puede considerarse como un “efecto”, en tanto, situación de peligro abstracto-concreto.<sup>1370</sup>

### II.3.g “Delegación de funciones” en el ámbito del delito de peligro (art. 316)

En primer lugar, la delegación de competencias requiere ciertos requisitos para que sea eficaz. En efecto, si el empresario delegó en colaboradores o técnicos de prevención inidóneos o no los dotó de los recursos necesarios (humanos, materiales, organizativos o informativos), no verá modificada su posición de garante, sino que su deber de protección se mantiene inalterado. En ese contexto, ante la puesta en peligro generada por el incumplimiento de la facilitación de medios necesarios, en los términos del art. 316, el empresario será *autor* del delito citado. Ello por cuanto, su obligación de control de los riesgos laborales no se ve ni total ni parcialmente transferida al “supuesto delegado” que, por otro lado, no asume ese deber y no responderá como autor en el caso de que hubiera asumido voluntariamente la posición sin estar capacitado o no hubiera demandado la dotación de medios pertinente (no estará “legalmente obligado” a facilitar los medios preventivos oportunos).<sup>1371</sup>

A diferencia del caso anterior, cuando hay delegación adecuada de funciones (en sujeto idóneo y con la dotación de los elementos que requiere una delegación eficaz), ya sea específica de seguridad o de gestión (el “encargado” en términos de la jurisprudencia y doctrina española), el delegado que incumple la obligación de facilitar los medios necesarios, sí puede ser autor del art. 316, por cuanto ostenta la competencia de garante, necesaria para transmitirla al trabajador y habilitar su esfera de autoorganización para protegerse frente al riesgo. Pero, ¿cabe al delegante alguna responsabilidad?

El contenido del deber de seguridad del delegante se transforma en virtud del mecanismo de la delegación de competencias y se concreta en el deber de supervisar y

---

<sup>1370</sup> Puede interpretarse que las “condiciones riesgosas creadas”, constituyen el llamado “resultado intermedio” que puede adjudicarse a los delitos de peligro abstracto, bajo determinadas comprensiones acerca del concepto jurídico penal de acción. En este sentido, se ha sostenido también que los tipos de peligro abstracto describen una acción o una *situación* que resulta causalmente de ella, las que se consideran generalmente peligrosas para el bien jurídico protegido por la norma (KISS, *El delito de peligro abstracto*, pp. 39 y 49).

<sup>1371</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ trata este supuesto y parece decantarse por la solución de imputar la modalidad imprudente del tipo de peligro, por entender que se trataría de un caso de culpa por asunción (*La protección penal...*, p. 272). HORTAL IBARRA señala que cuando los técnicos no han compelido al delegante a que les facilite los medios para cumplir adecuadamente la función, podrían responder cumulativamente con el delegante por las puestas en peligro grave de la vida y salud de los trabajadores. Por su parte, cuando de forma reiterada hubieran denunciado esta falta de medios al delegante, sólo responderá éste (*Protección penal...*, pp. 270/73).

vigilar al delegado en el desempeño de sus funciones y, cuando éste no las desarrolle correctamente, intervenir. Si el empresario/delegante detectó un defecto en el sistema de prevención de su empresa, sin duda debe responder de las puestas en peligro de sus trabajadores fruto de su no intervención con medidas de formación, información, sanción o sustitución del encargado de las labores de prevención, ¿pero a título de autor o de partícipe?

Un sector de la doctrina entiende que lo hará a título de autor. En ese sentido, LASCURAÍN SANCHEZ justifica esa postura porque el delegante ha infringido el único deber de garantía que retenía, abandonando su prioritaria cuota de dominio sobre su propio y peligroso ámbito.<sup>1372</sup>

En mi opinión y según la lógica que se viene planteando, sólo es legalmente posible exigirle responsabilidad al delegante infractor de su deber de control *en tanto el delito acaecido también le pertenezca*. Esto es, que el hecho delictivo también se explique por su comportamiento infractor (deber de vigilancia/intervención). Ahora bien, trasladando aquí el criterio sentado respecto del delito imprudente de resultado, teniendo en cuenta la relevancia del ámbito de competencia que mantiene el delegante tras la delegación, su contribución al hecho delictivo a través de la infracción de su deber de control, será

---

<sup>1372</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, p. 275. Posición compartida por MARTÍN LORENZO/ ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción*, p. 452, También, en este sentido, RAMÍREZ BARBOSA, expresa que cuando el garante no impida que el delegado cometa el delito del art. 316, podrá incriminarse su conducta a título de autor, puesto que al momento de descentralizar las funciones que tenía asignadas en materia de seguridad en el trabajo, se ha comprometido a evitar el riesgo que la actuación del tercero pueda implicar para la vida y salud de los trabajadores, o sea ambos responden como coautores (incumplimiento conjunto del deber de proporcionar los medios de seguridad necesarios, que genera un resultado de peligro grave). En ese sentido, entiende que no se precisa que los coautores ejecuten “conjuntamente” el hecho delictivo, lo que en este ámbito sería la no entrega de los medios de seguridad (*El delito...*, pp. 201/2) Esta autora sustenta su razonamiento en la postura de MUÑOZ CONDE, quien destaca que a diferencia de lo que sucede en los delitos comunes, en el ámbito de la criminalidad económica no es necesario que el coautor intervenga en la fase ejecutiva, por el contrario, lo que fundamenta la exigencia de responsabilidad es el dominio funcional del hecho, lo cual puede darse en la fase preparatoria cuando configura la ejecución o está vinculada con ella y que debe apreciarse como un todo en una consideración conjunta del hecho (*Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 2002, pp.865 y ss.). En una posición similar, TERRADILLOS BASOCO sostiene que no cabe excluir la posibilidad de autoría, cuando -dolosamente- el delegante conoce y acepta las limitaciones del delegado y los previsibles efectos -incluso eventuales- que de aquellas pueden esperarse. La omisión del delegante es estructuralmente semejante a la prevista, con carácter general en el art. 11 CP, sin que sea un obstáculo que se trata de un delito de peligro, ya que la puesta en peligro debe considerarse un resultado (*La siniestralidad...*, p.64). GARCÍA CAVERO también entiende que en ese caso el empresario es autor, ya que considera que se trata de un delito de infracción de deber, por tanto, el grado de dominio del hecho no es determinante de la autoría, sino el no haber cumplido con el deber positivo atribuido al empleador o a su representante. En consecuencia, el incumplimiento del deber de vigilancia del delegante, si se da con el nivel de conocimiento requerido para el dolo, permitirá una imputación como autor del delito (*DPE-PE*, pp. 1305 y ss.). En un sentido similar, NUÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal de la empresa*, pp. 54 y ss.



normalmente de *menor intensidad* que la del delegado. Los deberes de supervisión tienen, respecto del ámbito de actividad común entre delegante y delegado, una naturaleza *secundaria o accesoria* que determinan que la intervención del delegante deba ser calificada en general como *participación* en el delito de peligro y no como *autoría*.<sup>1373</sup>

Sin embargo, un sector de la doctrina entiende que si bien la infracción de los deberes de vigilancia por parte de los órganos superiores o directivos de la empresa constituye una conducta de participación, puede llegar a entenderse como *autoría* en virtud de la aplicación del segundo apartado del art. 318 CP, en tanto, dispone que “cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y *a quienes conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello.*”<sup>1374</sup>

La interpretación del citado precepto no es pacífica en la doctrina. Pero en general hay coincidencia en que no puede ser entendido como una regla relativa a la responsabilidad en comisión por omisión, ya que no respeta los presupuestos generales sentados en el art. 11 CP, por eso es criticable redacción.<sup>1375</sup>

---

<sup>1373</sup> Entienden que el delegante responde como partícipe: FARALDO CABANA, *El delito...*, p.113; AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, p.342 y ss.; PÉREZ ALONSO/ZUGALDÍA ESPINAR, *RDPE, 2008-1*, pp. 195 y ss. En opinión de HORTAL IBARRA, cuando la delegación se perfeccionó y el delegado incumple, a diferencia de lo que ocurre en del delito imprudente de resultado, el delegante no será responsable de las puestas en peligro graves imputables al deber de vigilancia, porque el legislador del 95, a diferencia de su precedente legal art 348 bis a), ha decidido restarle toda eficacia jurídico penal al mismo, convirtiéndolo en un mero ilícito administrativo/laboral -o en su caso un delito de homicidio y/o lesiones imprudente, en el que responde como partícipe (*Protección penal...*, p. 271).

<sup>1374</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE*, p. 887 y ss.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, *RGDP N°9*, pp.25 y ss. Ante esta exégesis, OLAIZOLA NOGALES señala que en el art. 318.2 no se trata de elevación de una conducta de participación a *autoría*, ya que cuando el empresario conoce que el delegado no ha facilitado los medios, recaerá sobre él la obligación de facilitarlos y si no lo hace estará incumpliendo el deber que impone el art. 316. Desde este punto de vista, la regla del art. el 318.2, sólo sirve para reforzar esta interpretación (*InDret n°2, 2010*, p.20).

<sup>1375</sup> En este sentido, HORTAL IBARRA destaca que dicho precepto podría representar una posible extensión de la *autoría* a los sujetos que tienen la facultad de paralizar la actividad laboral ante un peligro grave e inminente para la seguridad de los trabajadores (representantes legales de los trabajadores, inspectores de trabajo y coordinadores de seguridad), por lo que la cláusula resulta incorrecta porque coloca como garantes a personas que pese a tener el conocimiento de la situación de riesgo creada por la omisión de las medidas de seguridad por parte del obligado legal, carecen de dominio funcional suficiente para adoptarlas y evitar la puesta en peligro. Además, porque el precepto otorga relevancia penal a una conducta (no paralizar la actividad laboral) que según la redacción del art. 316 y la interpretación que el autor hace de “medios”, no la tiene (*Protección penal...*, p. 297/8). La interpretación extensiva de esa cláusula es rechazada por la doctrina en general (LASCURAIN SÁNCHEZ, *LH Cobo del Rosal*, p. 579; MARTINEZ BUJAN PEREZ, *DPE*, p. 887 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra la vida y salud...*, p. 69 y ss.; OLAIZOLA NOGALES, *InDret n°2, 2010*, p. 19., MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción...*, pp. 435/6; DOPICO GÓMEZ-ALLER, *RGDP N°9*, pp. 20 y ss. Por su parte, TERRADILLOS BASOCO aclara que “pudiendo remediarlo”, hace referencia sólo a quienes por su situación en la empresa gozan de capacidad fáctica y de la obligación jurídica de actuar.

LASCURAÍN SÁNCHEZ señala que esta regla no va más allá, tratando de atribuir responsabilidades a “todos los que conozcan” el hecho típico del art 316 y que pudiendo hacerlo no hayan adoptado medidas para “remediarlo”, por eso propone que el “quienes” de la segunda regla del art. 318 debe referirse también a los “administradores o encargados del servicio”.<sup>1376</sup> Una posición similar adopta AGUADO LÓPEZ, quien destaca que “es pacífico en la doctrina que sólo pueden ser responsables de esa omisión el administrador y el encargado, no otros miembros de la empresa, pues son los que normalmente poseen, salvo prueba en contrario, los instrumentos adecuados (poder de dirección y autonomía) para poder evitar el resultado”.<sup>1377</sup>

En mi opinión, es correcta la interpretación que hace parte de la doctrina en el sentido de que el art 318.2 refiere a los casos de infracción del deber de control/intervención del empresario/delegante, permitiendo que éste pueda responder como autor. Descartando el recurso a este tipo penal, la conducta del empresario/delegante no puede calificarse en principio como autoría, *salvo determinadas excepciones*.

En efecto, sólo cabría descartar de plano la autoría, partiendo desde el punto de vista de la teoría objetivo formal, que exige la coincidencia del comportamiento del sujeto con la descripción de la acción en el tipo penal. Según este esquema, el empresario delegante *nunca* sería autor del delito de peligro porque, aunque infrinja el deber residual de vigilancia/intervención, no se le puede imputar la “no facilitación de medios” descrita en el art. 316 y por lo tanto, siempre sería un partícipe del delito de peligro. Sin embargo, en la actualidad, la evolución doctrinal y jurisprudencial del concepto de autoría tiende a acomodarla a una nueva realidad poco conocida para las teorías formales: la del establecimiento económico organizado, en base a la división del trabajo y a la jerarquización de responsabilidades. En este sentido, la teoría del “dominio del hecho” es un importante punto de partida, aunque requiere ciertas precisiones.<sup>1378</sup>

El fundamento de la eventual autoría por la no evitación del delito de peligro, por parte del delegante, sólo puede residir en el *dominio* que éste ejerce en la configuración de la actuación típica. Sin la prueba de tal poder de configuración, el garante no responde como autor, a pesar de la infracción del deber (residual). La infracción del deber de vigilancia por parte del empresario y el peligro que se deriva de dicha conducta, no es

---

De ese modo entiende que el ámbito máximo de aplicación del art. 318 vendría fijado por los criterios del art. 11 CP (*La siniestralidad...*, p.78/9). En el mismo sentido: De VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad...*, p.80/81; BAYLOS/TERRADILLOS, *Derecho penal...*, p.61.

<sup>1376</sup> *Protección penal...*, p 214.

<sup>1377</sup> *El delito...*, p. 290.

<sup>1378</sup> SERRANO- PIEDECASAS, *RP n° 10*, p.102/3.

suficiente *per se* para castigar a éste a título de autor (ello, fuera de la hipótesis prevista por el art. 318.2).

En efecto, es el ejercicio configurante del proceso de actuación, de quien ostenta el dominio junto al deber legal, el que decide la autoría. Desde esta óptica, puede reconocerse la *autoría mediata* por omisión al superior, *si su dominio actual de configuración de la situación típica es relevantemente superior al ejercido por el delegado*, es decir, por el autor inmediato. Una tal supremacía cabe afirmarla cuando, en base a una mayor información, el delegante sabe más sobre el peligro para el bien jurídico que el propio delegado (quien a pesar de ese déficit de información, también podrá ser responsable).<sup>1379</sup> Si el conocimiento de las circunstancias con significado típico está repartido por igual entre empresario y delegado (*dominio compartido*), se cumplirán las condiciones para apreciar la *coautoría* (si la aportación esencial al hecho del subordinado y la del empresario, no ejerciendo su deber de control, han sido realizadas mediando acuerdo y tienen el mismo rango) o *autoría accesoria* (cuando en esas condiciones, no ha mediado acuerdo).

En base a lo expresado, fuera de estos casos especiales de dominio superior del delegante (autoría mediata) y de dominio compartido con el delegado (coautoría o autoría accesoria), habrá que recurrir a la aplicación del art. 318.2 para imputar el delito de peligro (art. 316) a título de autor, al delegante que infringió su deber residual de vigilancia/infracción respecto del delegado que no “facilitó los medios” de seguridad necesarios a los trabajadores, configurándose así el “peligro grave”, en los términos del art. 316.

## **II. 2.h Propuesta de la fórmula de descripción del sujeto activo**

El art. 316 tipifica una omisión específica e impone un tamiz por el que debe pasar el sujeto activo y que hace alusión no al fundamento, sino a la *f fuente* de su posición de garante: la ley.<sup>1380</sup> Como se ha señalado, esta técnica legislativa ha sido criticada con razón por la doctrina, en virtud de los efectos que genera.

---

<sup>1379</sup> SERRANO- PIEDECASAS, *ibídem*.

<sup>1380</sup> De todas las posibles fuentes de garante (ley, contrato, actuar precedente, vigilancia de una fuente de peligro...), el legislador en el art. 316 escoge sólo una: la ley. “Es pues, la ley extrapenal, (arts. 14 y ss. de LPRL, en relación con el empresario y el art 20.1 ET, en relación con el delegado), la que recoge el deber de seguridad en el trabajo y las personas que están “legalmente obligadas” (AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, pp.. 235/258).

La base del problema tiene que ver con un error de diseño del tipo penal que afecta el funcionamiento y coordinación de las cláusulas, que según el esquema aquí propuesto, deben integrar el tipo de peligro.

En efecto, mediante la remisión a la norma de prevención, la cláusula de bloqueo “enmarca” el riesgo típico (fija su límite inferior) y la cláusula de especificación delimita la *génesis* de ese riesgo penalmente relevante (que se genera *sólo* por ciertas infracciones administrativas). Finalmente, con la cláusula de nivelación, que señala el estadio de evolución del riesgo típico (peligro grave: en la interpretación aquí propuesta, peligro abstracto-concreto), termina de configurarse la conducta prohibida. Como se viene señalando, las cláusulas que aportan el *contenido típico* del riesgo son las de especificación y de nivelación, en cambio la cláusula de bloqueo sólo fija un límite externo.

Una vez delimitado el riesgo penalmente relevante (en base a estos tres elementos típicos), el sujeto activo debe determinarse en base a quién es *aquel* que puede (o está en condiciones de) generar ese riesgo típico descrito y que el delito de peligro quiere evitar. Esta *simetría* entre “riesgo x” y “quien puede generar el riesgo x” es fundamental para la eficacia del tipo penal. Ahora bien, si analizamos detenidamente cómo resuelve el art. 316 la cuestión de la autoría, veremos que no respeta esa coherencia.

En primer lugar, una vez definido el riesgo que se quiere prohibir, al tipo penal sólo le resta *describir* al sujeto activo y no introducir una nueva cláusula, en el sentido de “disposición que exige ciertas condiciones para determinar la autoría”. Ya no hace falta introducir un nuevo criterio de determinación, porque *el sujeto activo debe ser el reflejo de las cláusulas de contenido* (de especificación y de nivelación) y *de la de bloqueo*.

Sin embargo, con la fórmula “legalmente obligados”, el art. 316 introduce un *criterio nuevo*, diferente, que no responde a esas cláusulas, sino a una pauta externa, “extra tipo”, ya que si la determinación del sujeto activo queda en manos de la norma extrapenal, el criterio no tendrá que ver con el riesgo definido en el tipo -penalmente relevante-, y con quien puede generarlo, sino en realidad con quien puede ser *autor de la infracción administrativa*. Esta “discordancia” se refleja en los esfuerzos de la doctrina y jurisprudencia al tratar de delimitar entre los “legalmente obligados” quienes -según la ley administrativa- deben “facilitar los medios”, ello por cuanto el criterio del autor no responde -como debiera- a la cláusula de especificación de la conducta en tanto *elemento típico* (sino a la ley extrapenal).

Estos problemas se generan porque, una vez utilizada la remisión a la norma de prevención para definir el riesgo *típico*, el precepto penal no debe volver a remitirse a ella, porque de ese modo se rompe la simetría -y la coherencia- entre el riesgo definido y quien debe considerarse sujeto activo *del delito* (y no de la infracción administrativa). Con esta perspectiva, el art. 316 es un tipo asimétrico, ya que al usar la fórmula “legalmente obligados”, y referirse a una *determinada fuente* de la posición de garante del foco de control (siendo esta posición, el presupuesto real para que pueda generar el riesgo típico), quedan fuera del tenor literal potenciales sujetos activos que si bien ostentan esa posición (garante), no responden a la fuente seleccionada por el legislador (ley extrapenal). En este sentido, son significativos los intentos de la doctrina y la jurisprudencia para incluir en el art. 316 al “encargado” (delegado de gestión) que no es un delegado “legal” (como los técnicos de prevención) pero que también puede (debe) ser considerado un autor potencial del delito, *por la misma razón que el empresario*. Con este objetivo, los autores recurren a estrategias de interpretación “amplia” del término “empresario” usado en la normativa extrapenal e incluso a otros tipos penales, para lograr la inclusión del “encargado” entre los potenciales autores del art. 316 (arts. 31 y 318 CP).

Desde esta óptica, no comparto la postura de HORTAL IBARRA en tanto considera correcta la remisión a la ley extra penal para determinar al sujeto activo del art. 316. El autor citado señala dos argumentos a favor del reenvío normativo: 1. la delimitación de la relación de autoría por medio de la técnica de la ley penal en blanco constituye una manifestación más del carácter complementario que cumple la protección penal en este ámbito del ordenamiento jurídico laboral: es coherente con ello que la determinación de la autoría pivote sobre los sujetos que, según la normativa extrapenal, están obligados a garantizar la seguridad y salud de los trabajadores que prestan sus servicios bajo su dirección y 2. esta interpretación no responde al deseo de atribuir un carácter fundamentador a la normativa extra penal en la delimitación de la autoría, sino más bien a la necesidad de destacar una “realidad” a la que el Derecho penal no puede dar la espalda: el hecho de que únicamente determinados sujetos se encuentran en disposición de garantizar el mantenimiento de los riesgos laborales dentro de los niveles legalmente permitidos.<sup>1381</sup> En apoyo de su postura, el nombrado cita a CORCOY BIDASOLO, quien ha señalado que en los delitos especiales propios, en los que se condiciona la

---

<sup>1381</sup> HORTAL IBARRA, *Protección...*, p. 249/50.

relación de autoría a la previa conculcación de un deber extra penal, este último no sólo se erige en un límite a la hora de determinar el círculo de los posibles autores, sino que está en el fundamento de la infracción penal.<sup>1382</sup>

Frente a la argumentación reseñada, cabe destacar que ambos señalamientos del autor (1 y 2) no son incompatibles con la determinación de la autoría del delito del art. 316 mediante un *criterio material*, propio del Derecho penal y no conllevan necesariamente a “ceder” dicha delimitación a la ley extrapenal. Este es el sentido que corresponde darle a la reflexión de CORCOY BIDASOLO citada por el autor, según la cual, lo que precisamente define la autoría es la infracción del *deber extrapenal*, (que es algo escindible y previo a la *norma* extrapenal) y la determinación de quien tiene ese deber, debe recaer en criterios propios del Derecho penal -materiales- y no formales -normas extrapenales-, como se desarrollará seguidamente. Nótese que el rol de la cláusula de bloqueo, en tanto *elemento del tipo penal*, es justamente indicar que sólo puede ser autor quien tiene ese deber de seguridad y por tanto puede infringirlo. Con esta lógica, ésta cláusula también bloquea la autoría (además de la conducta típica), en el sentido de que excluye de la categoría de sujeto activo, a quien no deba cumplir con el deber extrapenal. Pero esto es esencialmente diferente a sostener que “es la norma extrapenal, la que decide quienes tienen el deber extrapenal”, que implica invertir los términos del razonamiento correcto.

### **II.2.i Criterio definitorio propuesto: el “organizador”**

Como se ha expresado antes, el criterio correcto -simétrico y coherente- de autor, teniendo en cuenta el riesgo definido en el art. 316 debe ser el del “organizador” (del proceso productivo, o una de sus facetas).

Cabe destacar, que es éste el criterio que en la práctica utiliza la doctrina y la jurisprudencia en su exégesis del “legalmente obligado”. Según esta interpretación, es en definitiva quien tenga realmente la competencia y pueda ejercerla, con relación a la cuestiones de la seguridad e higiene en el trabajo, la persona que habrá de ser declarada responsable.

Es por eso que ha llegado a decirse que este “rodeo” del tipo penal del art. 316, debe terminar en “el empresario y sus delegados”, cosa que se podría haber dicho directamente.<sup>1383</sup>

---

<sup>1382</sup> *Delitos de peligro...*, p. 340.

<sup>1383</sup> LASCURAÍN SANCHEZ, *LH Cobo del Rosal*, p. 579/80.

Sin embargo, aun con esa fórmula recomendada, tampoco se solucionarían todos los problemas de simetría típica, ya que no constituye la descripción completa de *todos* los posibles sujetos activos.

Ello por cuanto, en muchos casos no hay claridad sobre el contenido y límites de la competencia delegada al subordinado que realiza actividades operativas. En la mayoría de las estructuras empresariales complejas suelen darse competencias de contornos difusos, que generan tanto superposiciones de ámbitos de decisión, como vacíos o lagunas. Esta situación es muy común por ejemplo, en el sector de la construcción, donde los empresarios no asisten al lugar donde se desarrolla la actividad laboral y los arquitectos, por su parte delegan funciones “vagas” a los llamados “encargados” o “apoderados” que sí están permanentemente a pie de obra. En ese contexto, surge la problemática acerca del desempeño fáctico de ciertos ejecutores, que muchas veces y ante la necesidad de tomar decisiones urgentes, inconsultamente deciden cuestiones que escapan a su esfera de decisión asignada y se arrogan *de hecho* (es decir, “usurpan”) competencias que en principio (formalmente), no tienen.

En el capítulo anterior, en el marco del análisis de un caso emblemático de la jurisprudencia argentina, ha quedado explicado que cuando bajo tales circunstancias se produce un resultado lesivo, quien se arrogó la competencia sobre la indemnidad de los bienes jurídicos de los trabajadores y no cumplió con el estandar de seguridad correspondiente, es responsable penalmente por el homicidio o lesión imprudente que de ese modo cause.<sup>1384</sup> Bajo los parámetros descriptos antes, también debería ser responsable por el “peligro grave” (art. 316) que esa omisión genere, cuando no se produzcan tales resultados lesivos.

Sin embargo, este “organizador de hecho”, no pasaría el tamiz del “legalmente obligado” del art. 316 (en rigor, tampoco el de la propuesta “el empresario y sus delegados”). Esta situación pone de manifiesto otra deficiencia de la fórmula típica que deja fuera del tenor literal supuestos que no son tan inusuales en la dinámica de la empresa y sobre todo en el ámbito de la construcción. Nótese, que cuando la usurpación de la competencia por parte del “organizador de hecho” se produce sin infracción de los deberes de supervisión del empresario, el delito de peligro no puede ser imputado a ninguno de los dos, creándose una laguna. Esto ocurre porque el diseño del art. 316, no respeta la simetría que debe existir entre el riesgo penalmente relevante definido en el

---

<sup>1384</sup> Ver lo desarrollado en el capítulo V.

tipo y quienes pueden generarlo con su conducta. Por eso, la técnica legislativa correcta debe describir el sujeto activo, teniendo en cuenta a quienes son garantes de control del foco de peligro (proceso productivo) y no a cierta fuente (ley) de la que deriva esa posición de garantía.

Ello por cuanto, es el “organizador” quien tiene la competencia originaria de la indemnidad de los bienes jurídicos del trabajador y quien puede por ende habilitarlo, cumpliendo el estandar de seguridad para que éste se “organice en la organización peligrosa de otro”, donde “el otro” es antes que todo el organizador (fundamento), sin distinción de fuente en la que se origine su posición; ya sea la ley, el contrato o la *conducta precedente* (caso del organizador de hecho). Y en esta exegesis, organiza tanto el empresario y en quien éste delega su competencia (delegado), como aquel que *sin delegación*, se arroga ese poder de decisión y “reconfigura” el ámbito de organización, excluyendo *de hecho* a los garantes por ley y/o por contrato, (empresario y delegados). A la luz de estas pautas, quien en el ámbito de la empresa “actúa” como organizador y toma decisiones relevantes en ese sentido, debe responder también por el peligro, según un criterio material y simétrico de autoría.

En la sentencia del caso Ardystil, sólo se presentó acusación contra los gerentes de las diferentes mercantiles, salvo en el caso de la empresa que le da nombre, en la que junto a la empresaria se acusó igualmente al que según los escritos de acusación era el encargado y actuaba como jefe del negocio cuando aquélla no se encontraba en el centro de trabajo. Este “supuesto delegado” del empresario resultó absuelto en la sentencia de instancia, de conformidad con la siguiente argumentación: “Se trata de analizar si Luis Francisco se encontraba en la empresa Ardystil, en igual o similar posición de garante que la dueña, Irene, frente a los demás trabajadores. *Si se encontraba en igual posición, en virtud de las funciones asumidas, le incumbiría similar deber de cuidado que a aquélla y su omisión podría constituir el mismo delito por el que se condena a Irene.* De lo hasta aquí dicho resulta que Luis Francisco tenía encomendadas ciertas funciones organizativas por delegación puntual y casi diaria de Irene, que también solía encontrarse presente en la empresa, así como de transporte y almacenaje, puesto que no pintaba ni limpiaba. Pero no consta gozara de poder de decisión autónomo ni que por tanto asumiera facultades dirección ni una posición de dominio ejecutivo por delegación de la dueña, con obligación de asumir deberes de cuidado y seguridad propios del empresario, ni que ostentara la facultad de suspender o paralizar los trabajos por riesgo sobrevenido. Tampoco consta la existencia de instrucciones escritas de Irene atribuyendo facultades y deberes en materia de prevención de riesgos laborales ni consta el nombramiento de Luis Francisco como vigilante de seguridad. Tan sólo la referencia de Mercedes en el plenario a que: “Cuando se estropearon (las mascarillas) había de papel, le pidieron a Luis Francisco una renovación a lo que se negó porque los trabajadores no las usaban... Ni Luis Francisco ni Irene intervinieron en las mezclas, solo dirigían la empresa”, constituye una declaración claramente inculpatoria para Luis Francisco, ya que parece atribuirle *una facultad decisoria autónoma respecto a la adopción de medidas de protección personal para los trabajadores, al negarse a hacer el pedido de nuevas mascarillas.* Ahora bien, no se interrogó a Mercedes sobre el



alcance de tal negativa, esto es, si Luis Francisco únicamente llevaba a cabo la confección material de los pedidos y efectuaba directamente los mismos sin la supervisión y aprobación de Irene o si por el contrario debía someterlos a la decisión de la dueña. No constando, como antes se apuntaba, que Luis Francisco gozara de tales facultades de decisión y dominio ejecutivo dentro de la empresa, procede su libre absolución”.<sup>1385</sup> Nótese la similitud con el caso “Escudero” de la jurisprudencia argentina, tratado en el capítulo anterior. Más allá de que por cuestiones probatorias se absolvió a Luis Francisco, el núcleo de la imputación – basado en la declaración de la trabajadora Mercedes- consiste en arrogarse la competencia sobre la decisión de una cuestión esencial para la seguridad de los trabajadores: la relativa a la compra de las mascarillas.

## II.2.j Fuentes a las que responde el concepto de “organizador”

El organizador puede responder a las tres fuentes mencionadas en el art 11 CP (ello, más allá de posibles solapamientos). El empresario responde, en principio a la ley (de prevención), el delegado al contrato y el “organizador de hecho”, a la injerencia.

En efecto, la “asunción” es un acto intersubjetivo en el que el delegado asume válidamente lo que el delegante le transmite válidamente, por lo que el delegante es quien decide *en quien* delega, asumiendo a su vez ciertos riesgos de errar *in eligendo*.<sup>1386</sup> Por el contrario, la conducta precedente peligrosa es una usurpación, un inmiscuirse -una injerencia- en una esfera ajena sin que su titular haya consentido en ello: por eso, los riesgos que en la delegación eran consentidos por el delegante, aquí corren por cuenta del usurpador “injerente”.<sup>1387</sup>

Como puede verse, la asunción no es el único medio de entrar en la posición del *dominus* del foco de peligro. También se puede entrar “indebidamente” a gestionar un elemento peligroso de una esfera ajena. Ahora bien, quien tras injerirse de modo tal que usurpa el control del foco de peligro, entrando en la posición de *dominus*, *adquire sus mismos deberes*, ya que no se puede liberar de esas tareas a quien indebidamente - inconsultamente- usurpa esa posición.<sup>1388</sup> Es por eso que el organizador de hecho o “usurpador”, *también debe cumplir el deber de seguridad laboral*. Nótese que a pesar de estar obligado a cumplir el deber de seguridad -en virtud de su comportamiento anterior “usurpador”- no está mencionado por la normativa de prevención, lo que pone

---

<sup>1385</sup> SAP Alicante, 3°.30/06/2003.

<sup>1386</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *RGDP* N°9, p.16, nota 46. El autor señala que no es infrecuente concebir a la asunción como un “actuar precedente peligroso” que genera un deber de seguridad para el delegado (cita en ese sentido a LASCURAIN SÁNCHEZ, *LH Cobo del Rosal*, p. 578). Sin embargo, no coincide con ese aserto, porque la conducta precedente peligrosa es una usurpación, un inmiscuirse en una esfera ajena sin que su titular haya consentido en ello, por ello los riesgos que en la delegación eran consentidos por el delegante, aquí corren por cuenta del usurpador (*ibidem*).

<sup>1387</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *ibidem*.

<sup>1388</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia...*, pp. 788/89.

de manifiesto la *independencia* de criterios (penal-material y administrativo-formal) con relación a la determinación de la autoría. En este supuesto de sujeto activo, puede verse claramente como el “deber de seguridad” es escindible de la “norma” de seguridad extrapenal, *por eso el autor del delito de peligro no puede estar definido por esa norma*. Así las cosas, puede ocurrir que, conforme a un criterio material -propio del Derecho penal-, se atribuya a alguien el deber de seguridad extrapenal (usurpador), aunque la normativa extrapenal no lo mencione como posible autor del ilícito administrativo/laboral, desde un punto de vista formal. En el escenario descrito, obsérvese que la consideración del “organizador de hecho” como autor, no sólo respeta la coherencia de las cláusulas de contenido (puede generar el riesgo prohibido), sino también la de bloqueo, ya que tiene el deber de seguridad y por tanto puede “infringir” la norma de prevención. Lo que impide su inclusión como autor del delito del art. 316, es la fórmula, “legalmente obligados”.

Por otra parte, el *dominus* originario (empresario) es quien elige en quién delegar la función, con lo que puede seleccionar el nivel de aptitud y capacidades del sujeto: en esa medida el propio delegante asume con frecuencia el riesgo del límite de esas capacidades del sujeto.<sup>1389</sup> Sin embargo, en el caso del usurpador de competencia, los límites de sus capacidades de gestión de la fuente de peligro (proceso productivo), correrán por su cuenta (pues el legítimo titular no ha consentido en ellas).<sup>1390</sup> En este sentido, el empresario no tiene la responsabilidad *in eligendo*, pero sí le compete el deber de supervisión genérico del funcionamiento de la actividad productiva (en tanto garante de control del foco de peligro). Desde esta óptica, -y en el marco de una redacción típica que abarcara también como autor al organizador de hecho-, si el empresario, observando de modo diligente ese deber hubiera podido detectar la “usurpación” y evitar la omisión del organizador de hecho generadora del peligro grave, debería responder como partícipe del delito de peligro (sin perjuicio de la exégesis que aquí se ha dado del art. 318.2). La referida participación no se sustenta en este caso en una infracción del deber residual de control o supervisión, ya que no hubo delegación (usurpación de competencia), sino en el deber genérico de supervisión del empresario (funcionamiento del proceso productivo).<sup>1391</sup>

---

<sup>1389</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión...*, p. 121.

<sup>1390</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia...*, p. 792, nota 343.

<sup>1391</sup> Ver lo desarrollado en el capítulo V.

Por las características especiales de este ámbito de riesgos (laborales), quien usurpa la posición de control del foco peligroso (proceso productivo), usurpa también la gestión de la protección del amenazado (trabajador), ello por la especial relación entre ambas esferas de organización. En efecto, al usurpar la gestión del proceso productivo -o una faceta de él- usurpa también la competencia originaria sobre la indemnidad de los bienes jurídicos de los trabajadores. Sin embargo, si será relevante a efectos de delegar esa competencia al trabajador (habilitarlo) que el organizador de hecho pueda transmitir el mensaje adecuado que permita a los trabajadores asociar el riesgo con las medidas de seguridad (como parte de lo que aquí se ha definido como estandar de seguridad). Para ello el injerente *debe presentarse como autoridad, como el jefe o “patrón” (dominus del foco de peligro)* y no como un mero ejecutor de una tarea laboral.<sup>1392</sup> Bajo tales pautas, de cara al trabajador (amenazado por el riesgo que organiza el usurpador), es indiferente -anecdótico-, la vía o fuente por la que el organizador ha llegado a esa especial posición de garante -injerencia, contrato o ley-. Por eso es necesario incluir en el tipo penal de peligro al “organizador injerente”.

En base a todo lo expresado, la propuesta de tipo penal que aquí se brindará, contemplará en la descripción del sujeto activo al empresario, al delegado y al organizador de hecho (por arrogación). En la figura del delegado se entienden incluidos, tanto el de gestión del proceso productivo (“encargado” para la doctrina y jurisprudencia españolas), como los específicos, esto es, en quienes el empresario delegue funciones concretas de seguridad -por ejemplo, técnicos de prevención-. Con esa descripción se responde a un criterio material, y por lo tanto independiente (aunque sin desconocerlo) del criterio de la ley de prevención para la determinación de los autores de las infracciones administrativas.

Por último, cabe considerar el caso del empresario dueño del centro de trabajo en el que desarrollan tareas laborales, trabajadores bajo las órdenes de otros empleadores (supuestos muy común en el ámbito de la construcción, con las empresas contratistas y

---

<sup>1392</sup> En este sentido, puede verse que la delegación de la competencia al trabajador para que se autoorganice en protección de sus bienes jurídicos frente al riesgo, constituye un proceso complejo que contiene una fase objetiva -tomar decisiones- y otra subjetiva -la representación que el trabajador tenga de quien se presenta frente a él como el “decisor” con relación a cuestiones que puedan afectar su seguridad- Creo que ambos aspectos son importantes para que la delegación de la competencia “habilitante” del trabajador, se perfeccione. Por eso, el mero ejecutor de una medida de seguridad no puede delegar esa competencia -ni objetiva ni subjetivamente-. Sobre este punto, ver lo desarrollado en el capítulo V, sobre el fallo argentino “Escudero”, donde se menciona la cuestión relativa a las “interpretaciones subjetivas” de los trabajadores, generadas por la actitud de quien reacciona como el “jefe”.

subcontratistas). En tales casos, el empresario principal no tiene la obligación de proporcionar a los trabajadores de las empresas contratadas o subcontratadas los medios de seguridad necesarios para que realicen su labor, pues sólo tiene esa obligación para con sus propios trabajadores. Sin embargo, tiene respecto de los trabajadores “ajenos”, un deber de prevención parcial, que no está referido a la actividad especializada que estos trabajadores realizan, *sino a los riesgos del centro de trabajo en donde físicamente prestan sus servicios*. El fundamento de esta extensión del deber no radica en el vínculo laboral con dichos trabajadores, sino en un aspecto meramente organizativo, esto es, en que el empresario realiza una actividad explotativa en la que se generan riesgos para terceras personas (trabajadores de contratistas y subcontratistas, así como de trabajadores de otros empleadores con los que se llevan a cabo labores coordinadas).<sup>1393</sup> Por eso se trata de un deber parcial y en ese sentido, debe informar a los contratistas y subcontratistas de los riesgos existentes en el centro de trabajo, y como organizador “general”, debe controlar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por parte de las empresas empleadoras, pero en el marco de su deber de supervisión *genérico* del funcionamiento del proceso productivo en su establecimiento.<sup>1394</sup>

### **II.3 Fórmula de especificación de la conducta en el art. 316: “No facilitar los medios”**

#### **II.3.a Introducción**

Como se ha señalado antes, existen dos opciones de técnica legislativa respecto de esta cuestión: que el tipo de peligro remita a la infracción de la norma extrapenal y contemple sólo el requisito del peligro grave como único modo de selección de tales ilícitos administrativos (cláusula de nivelación) o que además, agregue el requisito de un especial *modo comisivo* (cláusula de especificación). La primera solución, es más abarcadora y virtualmente acaba con posibles “lagunas de punibilidad”, pero -como se ha señalado al hablar de la ley penal en blanco-, puede ser objetada como poco respetuosa del mandato de taxatividad y de reserva de ley en materia penal.<sup>1395</sup> La segunda opción es, en ese sentido más adecuada, pero conlleva la difícil tarea de encontrar una expresión idónea para recortar el ámbito de los ilícitos administrativos

---

<sup>1393</sup> En este sentido, GARCÍA CAVERO, *DPE-PE*, pp. 1305 y ss. en un sentido similar, SAP Las Palmas, 1º. 18/01/12.

<sup>1394</sup> Ver lo desarrollado en el capítulo V, sobre la clasificación de los deberes de vigilancia.

<sup>1395</sup> ARROYO ZAPATERO, *Manual*, p. 161; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal*, pp. 327 y ss. MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DEURBINA, *Derecho penal de la construcción...*, p. 410.

laborales, dejando fuera todas aquellas conductas que, en principio, no sean susceptibles de crear el “peligro grave”.

### II.3.b Interpretación de la cláusula de especificación en el art. 316

Esta segunda técnica ha sido la utilizada por el legislador al redactar el anterior art. 348 bis a), exigiendo que la infracción de las normas administrativas debía producirse mediante una conducta consistente en “no exigir o facilitar los medios o no procurar las condiciones” para que los trabajadores pudieran trabajar con las medidas de protección legalmente exigibles.<sup>1396</sup> Sin embargo, en la reforma de 1995, modificó esa fórmula, reduciéndola en el art. 316 a la de “no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas”. Esta expresión es menos abarcadora que la anterior y “de hecho, lo es tanto que, entendida literalmente, resulta problemática y, entendida sistemáticamente, lo resulta sólo algo menos.”<sup>1397</sup> En este sentido, hubiera sido más atinado haber mantenido en la redacción del tipo como modalidad de la conducta, el “no procurar las condiciones de seguridad”, si se quería dotar al precepto de eficacia político-criminal.<sup>1398</sup>

Una parte de la doctrina coincide con estas apreciaciones, sin embargo, otro sector considera que la expresión actual abarca el mismo significado que la anterior fórmula y, por tanto la eliminación de las expresiones “no exigir” y “no procurar las condiciones de seguridad”, no suponen un cambio en la conducta típica. En esta dirección, se ha planteado inclusive, que se trata de una mera “simplificación gramatical” según la cual, el legislador ha equiparado “no facilitar” a no exigir ni procurar las condiciones.<sup>1399</sup> También se ha interpretado que el legislador no ha querido restringir los “medios” - respecto del art. 348 bis a)-, ya que no ha cambiado ese término, aunque sí lo ha hecho con el verbo: antes usaba el verbo procurar o exigir y ahora sólo facilitar.<sup>1400</sup>

---

<sup>1396</sup> Art. 348 bis a) “Los que estando legalmente obligados no exijan o faciliten los medios o procuren las condiciones para que los trabajadores desempeñen una actividad con las medidas de seguridad e higiene exigibles, con infracción grave de las normas reglamentarias y poniendo en peligro su vida o integridad física, serán castigados con la pena de arresto mayor o multa de 100.000 a 500.000 ptas.”

<sup>1397</sup> MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción*, p.411.

<sup>1398</sup> En ese sentido, LASCURAIN SÁNCHEZ, señala que esa expresión hubiera sido más comprensiva (*LH Cobo del Rosal*, pp. 583/4).

<sup>1399</sup> SAVADOR CONCEPCIÓN, *El delito...*, pp. 104/5.

<sup>1400</sup> COMPAÑY CATALÁ, *La protección penal...*, pp.67/8. El autor menciona que un argumento gramatical a favor de entender comprendidos todos los términos anteriores en el actual “facilitar” puede hallarse en la SAP Barcelona, 10°. 27/01/03, donde se sostiene que el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, hace equivalente el verbo facilitar a los de proporcionar o entregar (*ibídem*).

Este mismo debate se ha visto reflejado en la jurisprudencia: para una línea judicial se ha producido una reducción de la conducta típica, pero para otro, la nueva redacción no ha cambiado nada.<sup>1401</sup>

En el panorama descrito, puede decirse que la problemática generada con la nueva fórmula plasmada en el art. 316, se centra básicamente en dos cuestiones:

1. la amplitud que haya de darse a la expresión “medios”, en particular si ésta incluye los llamados “medios inmateriales.”
2. el debate acerca de si esta fórmula incluye o no la infracción del deber de vigilancia de que los medios facilitados sean efectivamente usados por los trabajadores.

### **II.3.c Interpretación del término “medios”**

Existen tres posturas doctrinarias frente a esta cuestión:

- a. Interpretación restrictivo-formal: vincula a la expresión “medios” únicamente con el incumplimiento de la obligación de proporcionar a los trabajadores los equipos de protección individual, que coincide con el contenido que la doctrina mayoritaria atribuyó a la conducta de “no facilitar los medios” en el marco del derogado art 348 bis a).<sup>1402</sup>
- b. Interpretación extensivo-material: parte de una interpretación teleológica de medios, que comprende en dicha expresión a la totalidad de las obligaciones en que se concreta el deber extrapenal de seguridad previsto en el art. 14.2 LPRL, argumentando sus sostenedores, que dicha interpretación es la única que garantiza la eficacia de la intervención penal en el ámbito de la prevención de los riesgos laborales.<sup>1403</sup>

---

<sup>1401</sup> Respecto de la primera postura: SAP Barcelona, 25/06/99; SAP Toledo, 1º.3/06/03; SAP Madrid, 17º. 6/10/03, y de la segunda: SAP Castellón, 3º. 3/09/02; SAP Vizcaya, 1º26/11/02.

<sup>1402</sup> ARROYO ZAPATERO, *La protección penal...*, pp.142 y ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, pp.330 y ss.; el mismo, *LH Cobo del Rosal*, p. 584, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE*, pp.870/71. Sobre el punto, PÉREZ MANZANO señala que la reticencia mostrada por los tribunales para interpretar de forma extensiva la fórmula del Código anterior, puede ser un indicio de que la interpretación que puede realizarse de la nueva fórmula, sea restrictiva, de manera que queden fuera conductas de un claro significado negativo para la protección del bien jurídico, como son la creación de peligros que proceden de la ausencia de una adecuada selección o formación de los trabajadores o de la imposición de un ritmo de trabajo inadecuado (*CDJP* nº7, pp. 471/2).

<sup>1403</sup> AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, p.197; TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra...*, p.84; De VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad...*, p.87; SERRANO-PIEDecasas *RP nº 10*, p. 99 y ss. Puede incluirse también aquí la postura de ROJO TORRECILLA, *Delitos...*, pp. 256/7; MORILLAS CUEVA, *Comentarios...*, p. 437, PURCALLA BONILLA, *Aranzadi Social*, Nº 5, pp. 1673 y ss.; COMPAÑY CATALÁ, *La protección penal...*, pp. 67/8; GALLARDO GARCÍA, *Protección...*, pp.118/9.

La discusión entre estos dos extremos también se proyectó sobre la jurisprudencia, donde se fue imponiendo como postura mayoritaria, la interpretación extensiva.<sup>1404</sup>

Frente a estas dos posturas, HORTAL IBARRA señala que la posición restrictiva es inadmisibles porque identificar “medios” con los equipos de protección individual, impide la incriminación de otras conductas idóneas para lesionar los bienes jurídicos protegidos, como la falta de formación e información en materia de prevención de riesgos laborales. Pero tampoco es correcta la postura extensiva, porque si bien proporciona una mayor operatividad al delito contra la seguridad de los trabajadores, ello no puede hacerse en detrimento del respeto a un principio básico del Derecho penal, como es el de legalidad, ya que esa interpretación supera el tenor literal del tipo y además, de ese modo, se dificulta más la distinción entre el delito y la infracción administrativa. Asimismo, la exégesis extensiva resulta contraria a la voluntad legislativa refrendada en la redacción típica del 316: restringir la intervención penal en el ámbito de los riesgos laborales. En este sentido, la doctrina no puede enmendar mediante la interpretación, el presunto error que ha cometido el legislador en el momento de proceder a modificar el riesgo típicamente relevante, de la misma forma que tampoco debe hacerlo el juez, al momento de aplicar el artículo al caso concreto. Finalmente destaca que esta interpretación tan amplia de medios, es contraria a los principios de intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad, porque conduce a la incriminación de todas las obligaciones que conforman el deber extra penal de seguridad.<sup>1405</sup>

Luego de tales señalamientos, HORTAL IBARRA introduce una postura intermedia, a la que denominó: “Interpretación teleológica-funcional”, concluyendo que la solución es una tercera exégesis de “medios”, capaz de compatibilizar la eficacia de la intervención penal y el principio de legalidad, que garantice la incriminación de las puestas en peligro grave de la vida, integridad física y salud de los trabajadores, imputables al incumplimiento de la obligación de proporcionar los equipos de protección individual (17.2 LPRL) o la adopción de las medidas encaminadas a garantizar la seguridad de las máquinas, herramientas e instalaciones utilizadas por los trabajadores (art. 17.1LPRL), y también las que tengan su origen en el incumplimiento de facilitar a los trabajadores

---

<sup>1404</sup> En este sentido: STS 2º 12/11/98; STS 2º 19/10/00; SAP Castellón, 3º. 3/09/02; SAP Burgos, 1º. 3/11/08; STS 2º.12/11/98; STS 2º. 19/10/00; SAP Madrid, 17º.6/10/03. Gran parte de las sentencias subrayan que la no facilitación de medios, comprende la infracción del deber de informar y formar a los trabajadores y en algunos casos, también incluyen medios organizativos (turnos y métodos de trabajo). interpretan restrictivamente el término “medios” SAP Toledo, 1º. 3/06/03; SAP Burgos, 1º. 10/ 02/ 05.

<sup>1405</sup> *Protección penal...*,pp.188/89.

una suficiente información y formación en materia de prevención de riesgos laborales (arts. 18 y 19 LPRL).<sup>1406</sup> En sustento de esta interpretación, sostiene que no puede decirse que se han “facilitado” los medios si el trabajador no sabe usarlos correctamente.<sup>1407</sup> Esta postura descarta que pueda incluirse en “medios” la obligación de paralizar la actividad en los supuestos en que se detecta un riesgo grave para la vida y salud de los trabajadores, ya que el deber de paralizar constituye una manifestación del deber de vigilancia que pesa sobre el empresario, deber que el legislador de 1995, a diferencia de su precedente legal -art 348 bis a)-, no ha incriminado, desplazando su “sanción” al ámbito administrativo-laboral.<sup>1408</sup>

Frente a esta posición, MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, señalan que la inclusión de los medios inmateriales dentro del término “medios” no precisa superar la interpretación literal del art. 316 CP, tanto desde el punto de vista del lenguaje común como del jurídico. El uso común del lenguaje admite pacíficamente que con el término “medios” se haga referencia a instrumentos o recursos inmateriales, como ocurre cuando se afirma que alguien logró un objetivo sirviéndose de su inteligencia o de su astucia, “como medio”. Además, destacan que es indudable que la legislación laboral a la que reenvía el artículo 316, se refiere con el término “medios” tanto a los materiales como a los inmateriales.<sup>1409</sup>

### **II.3.d Criterio real de especificación de la conducta en el art 316**

---

<sup>1406</sup> *Protección penal...* pp.188 y ss. Adhieren a esta postura: OLAIZOLA NOGALES, *InDret* n°2, 2010, pp. 15 y ss.; GARCÍA FIGUEROA, *Los sujetos activos...* pp. 68 y ss.; CORCOY BIDASOLO/CARDENAL MONTRAVETA/HORTAL IBARRA, *Revista Poder Judicial*, N° 71, pp. 50 y ss.; MARTIN LORENZO/ORTIZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción*, pp. 411 y ss. CORCOY BIDASOLO/CARDENAL MONTRAVETA/HORTAL IBARRA expresan que, la interpretación extensiva del término medios, no puede superar el hecho incontestable de la supresión de las dos conductas que, junto a la vigente, conformaban el contenido típico: no procurar las condiciones y no exijan los medios (*ibídem*, p. 51). Esta interpretación “teleológica-funcional” de medios, es aplicada en la SAP Barcelona, 6°. 14/ 11/ 05.

<sup>1407</sup> HORTAL IBARRA, *ibídem*.

<sup>1408</sup> HORTAL IBARRA, *ibídem*. Agrega el autor que, la inclusión de esta obligación en “medios” puede traer importantes consecuencias en el marco de la determinación de la relación de autoría, por cuanto debido a la configuración del tipo como ley penal en blanco, puede convertir en sujetos activos idóneos del delito, a todas las personas a las que el ordenamiento jurídico laboral atribuye la potestad de paralizar la actividad laboral: a. a los inspectores de trabajo (art. 44 LPRL) y a los representantes legales de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales (Delegados de prevención y miembros del Comité de Seguridad e Higiene en el trabajo, art. 21 LPRL), en todos los sectores de actividad y b. a los Coordinadores de Seguridad y al resto de personas que integran la dirección facultativa de las obras - arquitecto técnico y superior-, en el ámbito de la construcción en particular (*ibídem*, p. 193).

<sup>1409</sup> *Derecho penal de la construcción...* pp. 413/14. En igual sentido, TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra...*, p. 86.



Más allá de la importancia capital que tiene el alcance que corresponde darle al término “medios”, es relevante para determinar el acierto -o no- del legislador con esta fórmula, una interpretación *completa* de ésta (incluyendo *todos* los términos que la componen, no sólo “medios”) e integrada con los demás elementos del tipo. En este sentido, es esencial tener en cuenta la clasificación de los elementos típicos en las categorías o “filtros” propuestos, esto es, además de la cláusula de especificación, la de bloqueo, de nivelación y cómo se interrelacionan entre ellas, sin perder de vista el objetivo del legislador con este adelanto de la barrera punitiva que representa el art. 316. Creo que con relación a los elementos típicos mencionados, el análisis de la cláusula de especificación es el que más requiere de una interpretación integral, vinculada con las demás, sobre todo con la cláusula de nivelación (peligro grave). Ello así, porque considero que la fórmula de especificación de la conducta es el “centro neurálgico” del tipo de peligro.<sup>1410</sup>

Desde la óptica planteada, muchas veces, la interpretación aislada de uno de los términos que integran la fórmula puede llevar a resultados poco satisfactorios. Así ocurre por ejemplo, respecto del término “adecuadas” -en referencia a las medidas de seguridad e higiene-, que reemplazó en el art. 316, a “exigibles” del art 348 bis a). Se ha dicho que esta modificación puede entenderse como una ampliación de la remisión extrapenal, en tanto remite a la “medida objetiva del deber de cuidado en el caso concreto” y podría suponer incluso, una exigencia de adopción de medidas que “no constaren específicamente en la normativa correspondiente.”<sup>1411</sup> Pero también se ha interpretado en el sentido contrario, esto es, que reduce la remisión, en tanto no se refiere a “cualquier” medida de seguridad, sino sólo a las de prevención de riesgos

---

<sup>1410</sup> Esto se relaciona con lo desarrollado al inicio de este capítulo, sobre la diferente técnica legislativa a la que responde el delito imprudente de resultado y el delito de peligro y no es incompatible con el hecho de que haya tipos de peligro que no contengan esa fórmula de especificación en su estructura (los que aquí hemos llamado, “tipos básicos”).

<sup>1411</sup> PÉREZ MANZANO, *CDJP* n°7, p. 472. Destaca la autora que, la sustitución del adjetivo “exigibles” por “adecuadas” que califica el tipo de medidas de seguridad e higiene que se consideran idóneas para desempeñar la actividad laboral, ha de valorarse positivamente. Si el término “exigibles” podría interpretarse como “legalmente exigibles”, lo que vendría a reiterar la necesidad de infringir las normas sobre prevención de riesgos laborales no añadiendo ningún marco de referencia distinto, el término “adecuadas” es susceptible de una interpretación que amplíe el marco de referencia y enjuiciamiento del comportamiento, pues remite a la “medida objetiva del deber de cuidado” en el caso concreto aunque dichas medidas no consten específicamente en la normativa correspondiente -por ausencia de la misma por ejemplo, respecto de un sector novedoso de actividad-. Sin embargo, la autora luego dice que: en cualquier caso también sería posible esta interpretación del término “exigibles”, aunque sería forzada (PEREZ MANZANO, *ibídem*).

laborales.<sup>1412</sup> Nótese cómo en el primer caso, la interpretación aislada de una palabra, puede modificar no sólo el sentido de la cláusula de especificación, sino incluso llegar a anular la función de la cláusula de bloqueo.

Otro tanto ocurre con el término “necesarios” que califica a “medios”. Así, para AGUADO LÓPEZ, “no facilitar los medios”, no es una conducta neutral, sino que es en sí misma una conducta prohibida sin necesidad de acudir a las normas extrapenales, ya que si no se “facilitan” los medios de seguridad, se puede poner en peligro los bienes jurídicos de los trabajadores, aunque no se haya infringido ninguna norma de seguridad (remisión parcial a las normas extrapenales).<sup>1413</sup> Sin embargo, al continuar con su análisis, y relacionar “facilitar medios” con “necesarios”, la autora concluye que esta expresión (medios necesarios) refiere a *todas* las medidas de seguridad, pues todas ellas, personales, materiales u organizativas, son “necesarias” para evitar el peligro para la vida o salud del trabajador, asimilando “medios necesarios” a “condiciones de seguridad” como expresiones sinónimas.<sup>1414</sup> De este modo, en su razonamiento, el verbo “no facilitar”, debido a su relación con los “medios necesarios”, se entiende en un sentido amplio, como “no procurar o adoptar cualquier medida de seguridad”.<sup>1415</sup>

En esta interpretación puede verse cómo la amplitud que se le da a uno de los términos de la cláusula de especificación (“necesarios”), termina neutralizando la capacidad de filtrar conductas de toda la expresión, ya que prácticamente anula el significado de “facilitar” y de “medios” (que se convierten en “medidas” -todas-), dando a la fórmula “no facilitar los medios necesarios” el sentido de “no hacer lo necesario” (para que los

---

<sup>1412</sup> NAVARRO CARDOSO, *Los delitos...*, pp. 154/55. Señala el autor que las medidas “adecuadas” son todas aquellas que, conforme al deber inherente al empresario, deben adoptarse para garantizar la vida y salud de los trabajadores y que, en principio deben estar contenidas en la normativa correspondiente (ibídem). En opinión de ESCAJEDO SAN EPIFANIO, esta expresión no varía esencialmente de “exigibles” a los efectos penales (*Actualidad Penal*, N° 38, p. 814 y ss.).

<sup>1413</sup> *El delito...*, pp. 194 y ss.

<sup>1414</sup> Parece desprenderse del razonamiento de la autora, que “necesarios” permite equiparar el término “medios” a “medidas” y a “condición”. Sin embargo, creo que no son términos idénticos: “medio” remite a instrumentos o recursos, “condición” remite a un conjunto de circunstancias o situación, y “medida” a un procedimiento, a una acción para prevenir o evitar algo. Es decir, tanto “medidas” como “condición” son términos mucho más amplios que “medios”. También en un sentido amplio, GARCÍA FIGUEROA, entiende que (sólo) los medios “necesarios” *para salvaguardar a los trabajadores de peligros graves para su vida, salud o integridad física* poseen relevancia, esa es la principal línea divisoria entre los ilícitos administrativos y los penales (*Los sujetos activos...*, pp. 70 y ss.).

<sup>1415</sup> AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, pp. 196 y ss. Agrega la autora que el art. 348 bis a) se refería a “medidas de seguridad exigibles” y el art. 316 a “medidas de seguridad adecuadas”, mejorando este último término la redacción, porque recoge la evolución de las normas de seguridad, ya que éstas han extendido su protección también a la adecuación personal al trabajo: no es suficiente con adoptar la medida de seguridad adecuada para un determinado trabajo en general, sino que deben tenerse en cuenta, las características individuales de cada trabajador (*El delito...*, p.198). De este modo se pone de manifiesto lo extensivo de su postura, que considera incluidas en el tipo, infracciones administrativas que, de *lege ferenda* deben ser penalmente relevantes, pero que de *lege lata* superan el tenor literal.

trabajadores no sean puestos en peligro grave), donde en “hacer”, cabe cualquier modo comisivo, con el único requisito de que constituya una infracción a la norma de prevención (cláusula de bloqueo). Con esta lógica, la determinación de la conducta queda a cargo únicamente de la cláusula de bloqueo y de la cláusula de nivelación, desapareciendo de escena la cláusula de especificación de la conducta. Esta interpretación convierte al art. 316 en el que se ha denominado aquí “tipo de peligro básico”, que sólo contiene la cláusula de bloqueo y la de nivelación del peligro, y que según se ha desarrollado antes, no respeta el principio de legalidad.

### **II.3.e Interpretación propuesta de “no facilitar los medios”**

No comparto las conclusiones a las que arriban las posturas restrictiva y extensiva.

En efecto, la postura restrictiva no tiene en cuenta la amplitud real del significado del término “medios” (que incluye también medios inmateriales) e interpreta la fórmula típica actual, como si todavía integrara el art. 348 bis a).

Por su parte, la posición extensivo-material es insostenible porque “medios” (en su acepción de “cosa que sirve para determinado fin”) no es sinónimo de “medidas de seguridad” (en el sentido de “disposición” (normativa) de seguridad extrapenal). Además no puede ignorarse el siguiente argumento lógico: si tuvieran el mismo significado, no estarían mencionadas ambas expresiones en el tipo penal, cumpliendo funciones diferentes. Por otra parte, si “medios” se pudiera entender como *toda* medida de prevención, el legislador no hubiera incluido en la redacción típica del art. 316 una cláusula de especificación (hubiera excluido también la fórmula “no facilitar medios”, al igual que “no exigir” y “no procurar las condiciones” que integraban el art. 348 bis a). El término “medios” -en tanto integra la cláusula de especificación- sólo puede cumplir la función de *restringir la referencia a “medidas de seguridad”*. En ese orden de ideas, no puede ser idéntico en su contenido a esta segunda expresión y tampoco ser más amplio, aunque en la redacción típica esté calificado por “necesarios” (interpretación que anula cláusula de bloqueo). Creo que si los “medios” deben facilitarse “para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas”, entonces “medios” sólo puede referir a *ciertas* medidas de seguridad adecuadas, y “adecuadas” refiere a aquellas medidas previstas en la norma extrapenal que, infringidas, sean susceptibles de crear un peligro grave. En este contexto, “necesarios” -en relación a “medios”- no puede interpretarse como “necesario para lograr el fin” -seguridad laboral- sin tener en cuenta *toda la expresión*, porque de ser así,

la redacción del tipo sería “no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores realicen su actividad de modo seguro”, pero el tipo alude expresamente a las “medidas de seguridad e higiene adecuadas” y ello no puede ser ignorado.

De este modo, puede verse cómo la interpretación extensivo-material no hace una exégesis adecuada, teniendo en cuenta la *estructura completa* de la cláusula de especificación, sino de ciertos términos aisladamente.

Creo que la interpretación que más se acerca a la correcta es la intermedia o “teleológica funcional”.<sup>1416</sup> En este sentido, no tengo dudas de que en la expresión “no facilitar medios” puede incluirse al incumplimiento de la obligación de proporcionar los equipos de protección individual, la adopción de las medidas encaminadas a asegurar las maquinas, herramientas e instalaciones utilizadas por los trabajadores y el incumplimiento de facilitar a los trabajadores una suficiente información y formación en materia de prevención de riesgos laborales.

El resto de las infracciones administrativas no pueden considerarse abarcadas sin desbordar el contenido de la fórmula típica. Como se viene señalando, la estrategia interpretativa de la doctrina -y jurisprudencia- que adhieren a la posición extensivo-material, es aprovechar la vaguedad del término “medios” y la ambigüedad del verbo “facilitar”, para incluir cualquier medida de seguridad en uno u otro vocablo, pero sin tener en cuenta el sentido y *función* de la expresión completa (cláusula de especificación).

En efecto, en mi opinión, la exégesis correcta requiere dos pasos: delimitar el significado de cada término -recurriendo al Diccionario de la Real Academia Española (DRAE)- y luego, con esa información, regresar a la fórmula y analizar, cuál de las acepciones de la palabra es la que corresponde, *teniendo en cuenta la estructura de toda la expresión*, en la que ésta se inserta. En general, este segundo paso no es cumplido por los representantes de la postura extensiva, en su labor hermenéutica.

Siguiendo el esquema propuesto, y respecto del verbo “facilitar”, encontramos dos posibles acepciones en el DRAE: “hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin” y “proporcionar o entregar”. Un sector doctrinal fundamenta su razonamiento inclusivo, partiendo de la primera acepción<sup>1417</sup> y concluyendo por ende,

---

<sup>1416</sup> En términos de HORTAL IBARRA.

<sup>1417</sup> Esta es la opinión de De VICENTE MARTÍNEZ, para quien “no facilitar”, se entiende como no hacer posible la ejecución de una cosa o la consecución de un fin. Ese no facilitar puede ser no facilitar en absoluto o facilitar de modo incompleto los medios necesarios. Facilitar es ponerlos eficazmente a

que en la expresión “facilitar medios” caben todas las medidas de prevención. Sin embargo, no reparan en que conforme a la estructura de la fórmula, el verbo “facilitar” *está referido al sustantivo “medios” y no al “fin”* (“para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas”), esto implica que son los “medios” *ya “facilitados”* los que harán posible la ejecución de las tareas de modo seguro, o en otros términos, lograr el fin de la seguridad laboral. Desde esta lógica, lo que sí -sin duda- está referido a ese fin, son los “medios”, pero no el verbo “facilitar”, de lo que se desprende, que la usada en el tipo es la segunda acepción (“proporcionar o entregar”) y no la primera. Bajo tales pautas, “facilitar medios” abarca: proporcionar medidas de seguridad individuales y colectivas, información y formación, pero no por ejemplo medidas referidas a organización o metodología de trabajo, porque puede que se consideren incluidas en el término “medios”, pero claramente no son medios *que se entreguen o proporcionen* al trabajador, sino que se “disponen” o se “imponen” (en el sentido de *determinar, ordenar o mandar* lo que se hace).

Creo que la exégesis que le da una amplitud desmedida a los términos “medios” y “no facilitar”, es la estrategia tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, para remediar las lagunas que genera una fórmula de especificación deficiente como “no facilitar los medios”, permitiendo encuadrar conductas que *a priori* no estarían abarcadas. En esta dirección, se llega al extremo de interpretar al tipo penal como si ese filtro no existiera, transformando el tenor literal del art. 316 en “los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales... pongan en peligro grave la vida y salud de los trabajadores.” La explicación de ello es que la ineficacia político-criminal de la fórmula de especificación, conduce virtualmente a que se la ignore.

Con una opinión análoga, se ha expresado SALVADOR CONCEPCIÓN, quien destaca que un precepto como el art. 316 tendría que enumerar con mayor concreción los medios que son “necesarios”, ya que la remisión a la norma extrapenal se usa *de forma abusiva*, llevando hasta el límite su carácter de norma penal en blanco y en la concreción de los medios, el legislador podría haber hecho el esfuerzo de recoger ya en el texto penal, su naturaleza de un modo más taxativo. La inercia de los tribunales hacia la interpretación extensiva, es una solución parcial que no deja de poder conculcar el

---

disposición del trabajador sin obstáculos que limiten su uso o incentivos que lo desaconsejen (*La respuesta...*, p. 82).

principio de Seguridad Jurídica y carga al juzgador de la responsabilidad de tener que compensar esas lagunas e inconcreciones con una interpretación amplia.<sup>1418</sup>

### II.3.f Diseño inadecuado de la fórmula “no facilitar los medios”

En efecto, la expresión típica utilizada por el legislador para especificar la conducta, no es la más adecuada. Ello, no sólo por la imprecisión -vaguedad y ambigüedad- de los vocablos que componen la fórmula, sino también por el *contenido* de la cláusula. Ello porque, no creo que la expresión “no facilitar los medios necesarios” permita seleccionar las infracciones más idóneas para generar el peligro grave. En la práctica, existen otros ilícitos administrativos que pueden resultar igual o más peligrosos y que al no responder a esa modalidad de conducta, sólo son abarcados por el Derecho penal cuando se produce el resultado de lesión o muerte del trabajador, lo que resulta contrario al principio de proporcionalidad.<sup>1419</sup>

En ese sentido, nótese por ejemplo, lo peligroso que resulta en el marco de la actividad laboral en un laboratorio, seguir un procedimiento inadecuado, como no respetar las proporciones de las mezclas químicas (el hipoclorito con un ácido puede generar burbujas efervescentes y gases tóxicos), o no seguir el protocolo en el tratamiento de ciertas bacterias o virus que mutan a una fase más agresiva (riesgos biológicos).<sup>1420</sup> En esos casos, si el contacto con las burbujas de ácido o con la bacteria afecta a un trabajador, la infracción administrativa no será necesariamente, “no haber facilitado los medios necesarios”,<sup>1421</sup> sino básicamente haber ordenado un *procedimiento incorrecto*.<sup>1422</sup> Igualmente peligroso resultaría superar los límites de exposición a ciertos

---

<sup>1418</sup> *El delito...*, p. 121.

<sup>1419</sup> En ese sentido, ESCAJEDO SAN EPIFANIO, *Actualidad Penal*, N° 38, pp. 801 y ss.

<sup>1420</sup> Real Decreto 664/1997 de 12 de mayo, establece los parámetros para la protección de los trabajadores, contra los riesgos relacionados con la exposición de agentes biológicos durante el trabajo.

<sup>1421</sup> Aun cuando se pueda decirse que los medios de protección para evitar el contacto tal vez no eran los necesarios, nótese que en este ejemplo, inicialmente los medios podrían haber sido los correctos, que dejan de serlo cuando a consecuencia de la incorrección del procedimiento, el riesgo “previsto” se transforma (descontrol). Además, el procedimiento adecuado no siempre se relaciona con el desarrollo de la actividad en sí misma, sino también con la conservación de ciertas sustancias, por ejemplo ciertos gases deben almacenarse en cilindros de acero y en lugares ventilados para prevenir explosiones y escapes nocivos.

<sup>1422</sup> Cabe traer a colación, el caso del contagio de una auxiliar de enfermería que contrajo el virus del ébola en el Hospital Carlos III de Madrid en octubre de 2014. Ello ocurrió en ocasión de que la trabajadora de salud atendió a un misionero que se contagió en la República Liberia, desde donde fue repatriado a España. La OMS estableció un protocolo especial para evitar el contagio con este virus que llega a ser letal en el 90 % de los casos. Ese protocolo incluye, además de un específico equipo de protección personal (aparatoso traje que cubre todo el cuerpo), un procedimiento especial para quitarse ese traje sin contagiarse, para ello impone además de una formación y entrenamiento adaptado al caso, que el trabajador sea observado necesariamente por otra persona. Como se ve, no se trata sólo de contar con los “medios” adecuados (materiales e inmateriales, es decir, el equipo de protección individual y la

agentes nocivos, por ejemplo radiaciones o gases tóxicos, que afectan al *ambiente* en el que se desarrolla la tarea laboral y que van minando “silenciosamente” la salud del trabajador.<sup>1423</sup> En este sentido, se ha señalado que “también se ha de prestar atención a los riesgos medioambientales, cuya virtualidad para generar enfermedades profesionales y lesiones a largo plazo es evidente, aunque no sean tan visibles como los accidentes traumáticos.”<sup>1424</sup>

El riesgo relevante también puede provenir de las *condiciones de edificación* del establecimiento donde se desarrolla la tarea laboral. Así por ejemplo, con relación a la contaminación por amianto, cabe distinguir dos supuestos: los centros de trabajo dedicados como actividad principal a la fabricación o manipulación de materiales que contienen amianto o a labores de desamiantado, y por otra parte, aquellas empresas dedicadas a cualquier tipo de actividad, pero que desarrollan sus labores en edificios construidos en su día con amianto y en los que los propios trabajadores realizan labores de mantenimiento que ocasionan su contacto con el peligroso material. En uno y otro caso, se considera que el nivel de exigencia de medidas de seguridad frente al contacto con amianto es totalmente diferente. No existe duda alguna respecto a la necesidad de previsión del riesgo de contacto con amianto y de facilitación de medios de seguridad en el primero de los supuestos; sin embargo, en el segundo de ellos, es habitual que no se prevea el riesgo, al no derivarse el mismo de la actividad laboral concreta, y, por lo tanto, que no se arbitren medidas frente a tal peligro.<sup>1425</sup> Como puede verse en este supuesto, los riesgos de la actividad laboral desarrollada y de las condiciones propias de la “edificación”, pueden escindirse claramente.

De lo desarrollado en el punto anterior, está claro que la fórmula típica del art. 316, tampoco abarca las infracciones administrativas sobre la *organización segura* del

---

formación), sino también de cumplir con un procedimiento especial, que requiere además una cierta *organización del trabajo*, debiéndose asignar a un trabajador la tarea de “observador” atento a la operación de quitarse el traje protector de otro.

<sup>1423</sup> Infracción prevista en el art. 13 LISOS.

<sup>1424</sup> TUDELA CAMBRONERO, G., La protección de la seguridad y salud laboral en España: balance y perspectivas, en *Salud en el trabajo y riesgos laborales*, RAMOS QUINTANA (dir.), Albacete, 2013, pp. 42/43.

<sup>1425</sup> MIRANDA HERRÁN, E., La enfermedad profesional en los delitos contra la seguridad en el trabajo, Ponencia presentada en el curso ante Fiscales especialistas en seguridad laboral, celebrado en Madrid, octubre de 2011, publicado en *Estudios Jurídicos*, nº 2011, 2011, pp. 3 y ss. Incluso pueden constar visitas de la Inspección de Trabajo o de los Institutos de Salud Laboral correspondientes sin que como resultado de las mismas se hayan exigido medidas de seguridad, al centrarse la labor de los inspectores o técnicos en el examen de las labores habituales en la empresa. En este tipo de supuestos, sólo la aparición de casos de enfermos con mesotelioma u otras enfermedades propios del contacto con el amianto advierten a los responsables de la existencia del problema. (*ibidem*).

trabajo (horarios de la jornada laboral, trabajo nocturno, descanso, turnos).<sup>1426</sup> Tampoco está incluida la adscripción de los trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales (conocidas o que se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias, que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo), siendo éste un comportamiento ilícito (desde el punto de vista administrativo/laboral) del empresario que puede poner en grave peligro al bien jurídico protegido.<sup>1427</sup> Esto tiene que ver con la protección específica que la empresa debe asegurar a determinados colectivos o grupos de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos laborales, en función de sus particulares condiciones o circunstancias personales. En general, en la doctrina han proliferado estudios generales con relación al riesgo laboral estandar, o sea al riesgo laboral de “carácter objetivo” cuya probabilidad de generación depende de la *peligrosidad de la actividad en cuestión*. Pero para los trabajadores especialmente sensibles, la amenaza de peligro es mayor que la que padece un trabajador ordinario (analizado desde un plano eminentemente objetivo), ya que el riesgo va a tener una incidencia distinta, en función de sus circunstancias individuales. La especial sensibilidad puede provenir de circunstancias personales o su estado biológico. Estas circunstancias condicionan el contenido de la prestación laboral que se deben considerar en la empresa a la hora de encomendar tareas.<sup>1428</sup>

### **II.3.g Criterios propuestos para una adecuada cláusula de especificación de la conducta**

---

<sup>1426</sup> Arts. 34 a 36 del E.T., que establece las pautas relativas a la duración de la jornada laboral, horas extraordinarias, trabajo nocturno, turnos y ritmos de trabajo. En este sentido, se ha expresado POMARES CINTAS, quien entiende que también puede generar “peligro grave” en términos del art. 316, los llamados “riesgos organizativos, que no dimanen directamente de de las condiciones materiales de trabajo, ni se gestionan esencialmente a través de medios técnicos (*El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Valencia, 2013, p.189). Más allá de la relevancia de la cuestión señalada por la autora y de que claramente deberían estar abarcados esos riesgos por el art. 316, lo cierto es que la redacción de la cláusula de especificación, no permite considerarlos de *lege lata* incluidos. Sobre el punto, SALVADOR CONCEPCIÓN, considera discriminatorio hacia la ergonomía y la psicología en el trabajo, que en el tipo se haga mención especial, sólo de la “seguridad” y de la “higiene”, sobre todo teniendo en cuenta que la evolución de las herramientas laborales, apunta a que se amplíen a corto plazo estas especialidades en el tratamiento preventivo (*El delito...*,p.147).

<sup>1427</sup> Prevista en el art. 13 LISOS

<sup>1428</sup> LÓPEZ AHUMADA, J. *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales*, Madrid, 2010, pp. 17/19 y 26. La protección específica de ciertos colectivos laborales en función del estado o circunstancia individual -de carácter permanente o transitorio- se prevé en los arts. 25 a 28 LPRL. El art. 25 obliga al empresario a tomar en consideración las circunstancias personales y el estado biológico del trabajador. Los arts. 26, 27 y 28 se dedican respectivamente, a recoger las especialidades de la protección en los supuestos de maternidad, de menores y relaciones laborales de carácter temporal (ibídem).



Considero que un diseño eficaz de la cláusula de especificación debe responder a un doble requisito: *cierta* precisión y *cierta* independencia respecto de la norma extrapenal de remisión para delimitar la conducta típica. En efecto, ella debe ser una herramienta adecuada (precisa) de selección de conductas, lo que debe traducirse en que al leer el intérprete esa fórmula, pueda hacer una “primera selección” de todas las posibles infracciones a la norma administrativa, las más peligrosas para el bien jurídico, respondiendo al principio de fragmentariedad y *ultima ratio* del Derecho penal. Ahora bien, el criterio de gravedad en esa primera selección de las conductas, a cargo de la cláusula de especificación, no pasa por la selección de un “particular medio comisivo”, ya que en principio, difícilmente se pueda abstraer una *modalidad* de infracción a la norma extrapenal, que se adapte a *todos* los ilícitos administrativos susceptibles de generar el peligro más grave, dada la especial complejidad del ámbito de los riesgos laborales. Por eso, creo que cuando pueda identificarse una infracción determinada que sea idónea para generar el “peligro grave”, debe describírsele directamente en el tipo. En este sentido, hay infracciones administrativas emblemáticas que deben estar expresamente contempladas en el precepto penal: como no proporcionar las medidas de seguridad individuales y colectivas (materiales) y no brindar la información/formación adecuadas. También puede identificarse la infracción relacionada con la protección de los trabajadores sensibles, a la que se ha hecho referencia en el punto anterior.

Ahora bien, cuando no pueda identificarse un ilícito administrativo en particular, que según la experiencia sea *per se* susceptible de generar el peligro penalmente relevante (como ocurre con los mencionados), la precisión de la descripción de la conducta debe pasar por la mención *taxativa* de las áreas en donde una infracción puede generar ese peligro. De este modo, se propone una fórmula doble, con un primer nivel de mayor precisión y un segundo nivel complementario, menos preciso porque sólo se “enmarca” la posible infracción penalmente relevante, en atención a la importancia del área a la que se refiere, en el sentido de un tipo “de recogida.”<sup>1429</sup>

---

<sup>1429</sup>LASCURAÍN SÁNCHEZ propone una fórmula de especificación que se instrumenta con la utilización simultánea de una cláusula abierta y de una relación *ad exemplum*: la “no facilitación de los medios necesarios, la no exigencia del uso de los mismos, la ausencia de una adecuada selección o formación de los trabajadores, la imposición de un ritmo de trabajo inadecuado, o de cualquier otra forma, ocasionen o permitan que los trabajadores realicen su prestación sin las condiciones de seguridad e higiene exigibles”. Según el autor, esta redacción es precisa y comprensiva y despeja cualquier duda tanto acerca de la inclusión de comportamientos comisivos como de los de no suspensión de la actividad y pretende conjugar dos virtudes: la capacidad de transmisión a los destinatarios, del elenco de comportamientos prohibidos y la completa inclusión en el tipo de los relevantes lesivos de la seguridad e higiene en el trabajo (*La protección penal...*pp. 333/4). Creo que los ejemplos son indicativos y útiles,

Como señalamos antes, lo que con el tipo de peligro se pretende es que el trabajador pueda interactuar con el riesgo teniendo la posibilidad de autoprotgerse, esto es, que el empresario cumpla con lo que hemos definido el “estandar de seguridad”. La referencia del tipo a ese estandar de seguridad no debe hacerse en base a una modalidad específica de infracción, sino a una *infracción concreta* cuando esté claro que pueda generar normalmente un peligro grave y una remisión *taxativa* a las áreas o sectores concretos de prevención, en las que la infracción de las medidas de seguridad puedan generar el peligro grave. Es por eso que hablamos de “cierta” precisión y de “cierta” independencia de las normas extrapenales. Cuando no se pueda describir un ilícito administrativo particular, a la cláusula de especificación no se le puede exigir más precisión que la resultante de “enmarcar” el incumplimiento (remitiendo a ámbitos específicos), quedando la determinación de la infracción concreta -a través de la remisión- a cargo de la normativa administrativo/laboral, por eso tiene sólo “cierta” independencia respecto de ésta. En este esquema, al tener menos precisión, este segundo nivel de especificación amplía la discreción judicial con relación al primer nivel, pero de un modo razonable.

Como se ha esbozado antes, considero que esas áreas en las que un incumplimiento de la normativa de prevención pueden ser potencialmente generadoras de peligro grave, son: ambiente, edificación, procedimientos y organización del trabajo.<sup>1430</sup>

Tampoco hay que perder de vista que en la delimitación de la conducta abarcada por el tipo penal, la cláusula de especificación debe complementarse con la cláusula de nivelación del peligro y en este sentido, tampoco es independiente de ésta. El funcionamiento coordinado de ambas fórmulas requiere dos pasos: en primer lugar la mencionada “preselección” de ciertas infracciones a la norma extrapenal -las identificadas expresamente y las que se cometan en los sectores taxativamente mencionados (cláusula de especificación)-, y luego, la configuración del peligro grave en el caso concreto, a la luz de las pautas sentadas por la cláusula de nivelación del peligro, y aquí será esencial constatar si se configuró en el caso, la *clase* (estadio de evolución) de peligro exigido en el tipo (que según la interpretación aquí propuesta, será abstracto- concreto).

---

pero lo ideal es que el legislador haga el esfuerzo de redactar taxativamente las infracciones cuando se pueda y describir las áreas para complementar la fórmula.

<sup>1430</sup> Se profundizará en el análisis de esos sectores, en el capítulo próximo.

Creo que la clave de la eficacia -y con ello su interpretación y aplicación adecuadas- de la cláusula de especificación está en la técnica descrita de “doble nivel” para evitar que en la práctica, el “filtro” de los incumplimientos administrativos que generen un riesgo penalmente relevante *recaiga exclusivamente* en la cláusula de nivelación del peligro (“peligro grave”) y se amplifique excesivamente la discreción judicial. A la luz de tales parámetros, se reduce equilibradamente la labor interpretativa del juez, mediante una pauta de exégesis elaborada por el legislador, que como un primer paso reduce la conducta típica a *ciertas infracciones* y las infracciones en *ciertos sectores del proceso productivo*.

La necesidad de la interpretación conjunta de ambas cláusulas (especificación y nivelación) para delimitar correctamente los comportamientos típicos, se pone de manifiesto de modo evidente en el debate acerca del alcance que cabe darle al verbo “facilitar” -los medios necesarios- y si debe incluirse o no la infracción del deber de vigilar el uso de los “medios” de seguridad por los trabajadores. Por ello, se abordará esa cuestión, de forma conjunta a la interpretación de la cláusula de nivelación del peligro.

### **II.3.h Infracción del deber de vigilancia**

A diferencia de lo establecido por el derogado art. 348 bis a), no se ha previsto expresamente en el art. 316 la conducta consistente en “no exigir el efectivo cumplimiento”, ante lo cual cabe preguntarse si la fórmula típica “no facilitar los medios necesarios” puede abarcar la posterior vigilancia de que tales medios efectivamente se usan. Un sector de la doctrina, partiendo de la exclusión de aquella expresión en el CP de 1995, defiende la atipicidad de esa conducta.<sup>1431</sup> Sin embargo, la mayoría de la doctrina, partiendo de una interpretación extensiva de la cláusula de especificación, defiende su integración, aprovechando la amplitud del significado que admite el término “medios” -que incluye también los inmateriales-, como también el verbo “facilitar”.<sup>1432</sup>

---

<sup>1431</sup> MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, *Derecho penal de la construcción*, p. 421; HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, pp.197 y ss.; OLAIZOLA NOGALES, *InDret n°2, 2010*, pp. 15 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra...*, p. 84; De VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad ...*, p.87; GARCÍA FIGUEROA, *Los sujetos activos...*, pp. 70/71; JORGE BARREIRO, A. Cuestiones conflictivas de los tipos penales contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores y sus repercusiones procesales, *Cuadernos de Derecho Judicial*, V-2008, p. 161.

<sup>1432</sup> AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, p.197, De RIVAS VERDE-MONTENEGRO, *El accidente de trabajo...*, pp. 70 y ss.; ROJO TORRECILLA, *Delitos...*, p. 257; GALLARDO GARCÍA, *Protección...*, pp.118/9; FARALDO CABANA, *El delito...*, p.129; SAVADOR CONCEPCIÓN, *El*

Esta cuestión no tiene una respuesta uniforme en la jurisprudencia, hay sentencias que excluyen la vigilancia, pues de lo contrario se incurriría en analogía *in malam partem*.<sup>1433</sup> Para otro sector, “facilitar” no se limita al mero “poner a disposición” de los trabajadores esos medios, sino que se extiende más allá, al comprender también las conductas de controlar, vigilar y verificar que efectivamente se cumplan las medidas de seguridad.<sup>1434</sup>

También se ha señalado que el incumplimiento del deber de vigilancia es penalmente relevante, porque así lo exige la lógica y la efectividad del art. 316. En ese razonamiento, el “legalmente obligado” conserva, luego de proporcionar los medios necesarios un deber de supervisión, recogido en el art 16.2 b) LPRL,<sup>1435</sup> ya que no puede hacerse “una interpretación del tipo de un modo independiente de la normativa laboral a la que remite.”<sup>1436</sup>

En el mismo sentido inclusivo, pero con otra argumentación, SAVADOR CONCEPCIÓN entiende que supervisar la correcta utilización de los medios constituye un rasgo de la acción punible, no incluido en la expresión “no facilitar”, sino más bien en la “requerida posición de garante del autor, exigida en el tipo penal.”<sup>1437</sup>

Por otra parte, MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, se decantan por la atipicidad de esta conducta, pero aclarando que esa exclusión no tiene nada que ver con la materialidad o inmaterialidad de la prestación a la que está obligado el empresario (“medios”), sino con el hecho de que, por concepto, en los casos de falta de vigilancia, los medios necesarios ya existen, y son en principio suficientes (en caso contrario estaríamos ante el incumplimiento de otra obligación: la de facilitar los medios

---

*delito*...,pp.104/5. Según cierta interpretación, “facilitar” no se limita al mero “poner a disposición” de los trabajadores los medios, sino que se extiende más allá al comprender las conductas de vigilar, controlar y verificar que efectivamente se cumplen las medidas de seguridad a las que la dotación de esos medios están destinadas. En esta lógica, no se trata sólo de una actividad estática de puesta a disposición, sino también de una actitud dinámica y activa, de verificación y control del cumplimiento efectivo de las medidas de seguridad facilitadas, velando por su utilización, aunque no sea penalmente exigible el seguimiento de los mínimos detalles en la ejecución de los trabajos (De VICENTE MARTÍNEZ, *La respuesta*...,p. 85). HORTAL IBARRA, sostiene que las razones que llevaron a la jurisprudencia y doctrina mayoritaria a sostener la relevancia penal de esa conducta, es el afán de dotar de una mayor eficacia a la intervención penal en este ámbito, al constatar que una gran parte de las puestas en peligro grave de la vida y salud de los trabajadores, tienen su origen en la omisión de la vigilancia del cumplimiento de las medidas de seguridad, previamente adoptadas (*Protección penal*...,pp. 195).

<sup>1433</sup> SAP Madrid, 7°.24/06/08; SAP Madrid, 15°. 30/05/08; SAP Barcelona, 6°. 28/10/05.

<sup>1434</sup> SAP Almería, 3°.7/09/05; SAP Madrid, 23°. 10/10/07; SAP Valladolid, 4°.6/09/12; SAP Huelva, 1°. 2/02/05: “Facilitar equivale a obligación de velar por la presencia de tales medios de seguridad en la obra”.

<sup>1435</sup> El precepto dispone que “El empresario deberá asegurarse de la efectiva ejecución de las actividades preventivas incluidas en la planificación, efectuando para ello un seguimiento continuo de la misma”.

<sup>1436</sup> De RIVAS VERDE-MONTENEGRO, *El accidente de trabajo* ...,pp. 70 y ss.

<sup>1437</sup> SAVADOR CONCEPCIÓN, *El delito*...,pp. 104/5.

necesarios). Asimismo, afirman que el hecho de que la falta de vigilancia de las medidas de seguridad no baste para integrar el tipo del art. 316 CP pero sí para fundamentar una infracción del deber de cuidado y permitir la imputación a título imprudente del resultado lesivo (lesiones, muerte), produce una “situación político-criminalmente absurda”, pero que de ese modo se respeta el principio de legalidad.<sup>1438</sup>

El señalamiento de los autores mencionados, permite centrar el debate en la cuestión correcta: la posible inclusión de la infracción del deber de vigilancia en el tipo penal no está relacionada con la materialidad o inmaterialidad de los “medios”, sino más bien, con una *circunstancia “temporal” relativa al estadio penalmente relevante del riesgo*. En este sentido y siguiendo la secuencia de pensamiento de MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, cabe preguntarse: ¿Cuándo se considera que los medios necesarios son ya “suficientes”?

Si tenemos en cuenta que según la redacción típica, los medios serán necesarios y *suficientes*, cuando éstos eviten la puesta *en peligro grave de la vida, salud o integridad física de los trabajadores*, está claro que debemos precisar en qué consiste ese peligro (abstracto o concreto) para entender el alcance de esos conceptos (“necesarios” y “suficientes”).

Por otro lado, ¿porqué es absurdo que la infracción de vigilancia pueda sustentar la imputación de un delito de resultado imprudente pero no esté abarcada por delito de peligro (art. 316)?

El tratamiento de estas cuestiones se vincula directamente con la interpretación que cabe darle a la “puesta en peligro grave de la vida, salud o integridad física de los trabajadores”, en tanto cláusula de nivelación del art. 316. Por ello, se abordará ese tema antes de responder a esos interrogantes.

## **II. 4 Cláusula de nivelación del peligro: “la puesta en peligro grave”**

### **II. 4. a Introducción**

En el capítulo IV se ha abordado el estudio de lo que aquí hemos denominado “cláusula de nivelación del peligro”, donde se concluyó que el art. 316 constituye un delito de

---

<sup>1438</sup> *Derecho penal de la construcción...*, pp.421/22, quienes mencionan la SAP Valencia, 4º. 18/5/2001, en la que inmediatamente después de negar la tipicidad de la falta de vigilancia para integrar el art. 316 CP, se la utiliza para fundamentar la infracción de un deber de cuidado e imputar el delito a título imprudente (ibídem, p. 422 nota 190). Esta situación, relativa a que la omisión de vigilancia no integra el tipo del art. 316 pero puede fundamentar una responsabilidad a título imprudente, ha sido destacada también por HORTAL IBARRA (*Protección penal...*, pp. 235/36).

peligro abstracto-concreto (en contra de la doctrina y jurisprudencia casi unánimes que lo consideran de peligro concreto).

Con base en los razonamientos allí expuestos y partiendo de una interpretación global -y no aislada del adjetivo “grave”, como hace en general la doctrina- se ha sostenido que la expresión típica “de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física” (de los “trabajadores”), no exige un resultado de peligro, sino que configura una *cláusula de idoneidad* del peligro. Esa cláusula de idoneidad refiere a las condiciones definitorias de la situación de riesgo, entre las que se incluye la exigencia de “concreción” del sujeto pasivo indeterminado (descartando los casos en que no existió la posibilidad de que alguien pudiera penetrar en ese radio de peligro) y cierta objetivación de la lesividad potencial o peligrosidad de la conducta.

Según esta postura, el art. 316 es un delito de “peligrosidad concreta” en el que la conducta genera un “estado concretamente peligroso causal” -que constituye el primer peldaño hacia el peligro concreto- y que requiere la comprobación de que el comportamiento en el caso particular, es idóneo para generar una situación de amenaza para el bien jurídico y por tanto, admite la prueba de su inocuidad en el caso concreto. Bajo tales pautas, debe tratarse de un estado de “incontrolabilidad”, de falta de dominio de la fuente de peligro, es decir, no basta la creación de una situación peligrosa si el empleador ha tomado recaudos para contrarrestar el peligro. De ello se desprende, que no es suficiente la constatación del incumplimiento de las medidas de seguridad extrapenales, sino que se requiere un “estado de peligrosidad descontrolada”, que en la práctica se traduce en que es *inminente el ingreso de algún trabajador en el radio del peligro* (epicentro del “remolino”) y que el autor no puede controlar ese posible ingreso. En mi esquema de pensamiento, esa es la *perturbación* de la “situación de estabilidad” del foco de peligro (proceso productivo), que el art. 316 quiere evitar.<sup>1439</sup>

La “puesta en peligro” *de los trabajadores* del art. 316, interpretada como una cláusula de idoneidad o aptitud, no refiere a una peligrosidad estadística, sino a una peligrosidad *ex ante*,<sup>1440</sup> que incorpora, a diferencia de aquella, un elemento que sí tiene que ver con

---

<sup>1439</sup> Ello puede explicarse con el siguiente ejemplo: si en un contexto de riesgo en altura, donde la norma extrapenal ordena la instalación de medida de seguridad colectiva -barandillas, bandejas de seguridad- el empresario no cumple con esa medida general, pero *todos los trabajadores que tienen acceso a esa zona usan cinturón de seguridad*, idóneo para neutralizar el peligro de caída, hay infracción administrativa, pero no delito de peligro, porque no hay a “incontrolabilidad” o desestabilización del foco de peligro, esto es el peligro grave, penalmente relevante.

<sup>1440</sup> A ese respecto, para saber si la conducta es idónea, deben utilizarse criterios normativos de previsibilidad, esto es, bastará con que desde una perspectiva *ex ante*, de pronóstico, se pueda considerar que era previsible que el comportamiento originara un peligro para el bien jurídico, a diferencia de los

la proximidad, ya que exige que en el caso concreto la conducta reúna, a juicio de un espectador objetivo, las condiciones materiales que permitan afirmar que *tan sólo la ausencia del objeto material de su radio de acción, excluye un resultado de peligro*. Es decir, no se trata de inminencia *del resultado lesivo* -peligro concreto-, sino del paso previo a ella.<sup>1441</sup>

En este esquema, “grave” sólo puede referirse entonces al aspecto relacionado con la magnitud del resultado temido (“severidad”), ya que la cuestión relacionada con la proximidad ya ha quedado “zanjada” por la interpretación que cabe darle a la expresión “puesta en peligro” de los trabajadores (cláusula de idoneidad). De allí, la importancia de no sacar de contexto al término “grave”, interpretándolo aisladamente. Su vinculación con la expresión “puesta en peligro de la vida y salud de los trabajadores”, así definida, brinda un parámetro esencial en el análisis, poniendo de manifiesto cuál de los aspectos que integran el concepto “gravedad” (proximidad y severidad del daño) es el relevante en este caso. De este modo, la consecuencia dogmática de interpretar a la “puesta en peligro” exigida en el artículo 316, como una cláusula de idoneidad, es que el *peligro grave* no puede representar la hipótesis de máxima proximidad del resultado lesivo (inminencia) que requiere que el sujeto pasivo haya ingresado en el radio de la acción peligrosa, ya que el momento de consumación del delito se produce *antes* (cuando estén dadas las *restantes* condiciones para que se produzca el resultado de peligro), por eso no puede entenderse como sinónimo de peligro concreto.

Antes de avanzar en el análisis de la cláusula de nivelación del peligro y su relación con la infracción del deber de vigilancia, corresponde recordar brevemente lo sostenido en el capítulo V, a cerca de dicho deber.

#### **II. 4.b Deber de vigilancia (remisión al capítulo V)**

Según se ha desarrollado antes,<sup>1442</sup> las lesiones y muertes que se producen en el contexto del trabajo, normalmente tienen un doble componente: el incumplimiento de medidas de seguridad por parte de los empresarios y conductas descuidadas de los propios trabajadores. En este marco, se han distinguido aquí, las “condiciones

---

delitos de peligro concreto, en los que se habrá de recurrir a una perspectiva *ex post* para enjuiciar el resultado de peligro.

<sup>1441</sup> El juez debe verificar si en la situación concreta *ha sido posible un contacto entre acción y bien jurídico*, en cuya virtud hubiera podido producirse un peligro efectivo para éste. Ha de plantear pues, la hipótesis de si la acción comprobadamente peligrosa, hubiera podido determinar un resultado peligroso. En los delitos de peligro hipotético es preciso acreditar la peligrosidad de la acción -desvalor real de acción- y la posibilidad del resultado peligroso -desvalor potencial de resultado- como exigencias del tipo.

<sup>1442</sup> Ver lo expuesto en el capítulo V.

inseguras” de trabajo y el “acto inseguro” del trabajador (incumplimiento de los medios de prevención provistos por el empresario).

Con esta lógica, el accidente laboral puede ocurrir como consecuencia de condiciones inseguras, en cuyo caso será responsabilidad del empresario, o como consecuencia de una combinación de actos y condiciones inseguros (conurrencia de riesgos, donde habrá responsabilidad del empresario, pero también un aporte relevante del trabajador) o sólo consecuencia de un acto inseguro del trabajador.

Teniendo en cuenta la distinción básica entre “condiciones” y “actos” inseguros de trabajo, hemos concluido que el deber de seguridad del empresario es mixto y comprende el deber de brindar las condiciones seguras (estándar de seguridad normativo) y el deber de vigilancia como faceta del deber de seguridad vinculado al “acto inseguro o imprudente” del trabajador. Bajo tales pautas, se ha planteado el siguiente esquema:

1. el primer nivel de deber de seguridad (estándar de seguridad), impone al empleador: adoptar las medidas de prevención (físicas y organizativas) y sobre todo formar e informar adecuadamente al trabajador, para que éste pueda asociar las medidas de seguridad con el riesgo (“fondo de conocimientos”).

2. segundo nivel: el deber genérico de seguridad también impone al empresario conocer -con cierta profundidad- la dinámica real de la actividad laboral en el centro de trabajo (como manifestación de su poder de gestión). Ello se logra a través de una *vigilancia genérica*. Ante una situación de indicios de irregularidad en el cumplimiento de las medidas de seguridad, corresponde una supervisión más profunda (*vigilancia especial*), en la que el empresario tiene el deber de evitar o neutralizar imprudencias del trabajador, que ya no son imprevisibles. Por su parte, el art. 17.2 LPRL impone al empleador, en determinadas situaciones allí descriptas y que se relacionan con características de la actividad laboral, el deber de proporcionar los equipos de protección individual y de vigilar su uso efectivo (*vigilancia específica*).

El primer nivel del deber de seguridad tiene por objeto la “habilitación del trabajador”. En efecto, conviven en la persona del trabajador dos fases o aspectos que están entrelazados: es por un lado una “pieza del proceso productivo”-en tanto es ajeno a la organización de éste- y a la vez es un individuo, titular de sus bienes jurídicos vida y salud. El trabajador sólo ejerce su soberanía y actúa como titular de dichos bienes jurídicos, si como dependiente (de la organización ajena) se le “habilita”, es decir se le provee del fondo de conocimientos necesario para asociar el riesgo con las medidas de



seguridad correspondientes (previstas y provistas). Si falta alguno de estos requisitos, no se habilita al trabajador en tanto titular que puede autoorganizarse respecto de su vida y salud-. La provisión o facilitación de las medidas de seguridad sin la percepción y valoración adecuadas del riesgo, no son suficientes para ello y viceversa. El “fondo de conocimientos” y las medidas de seguridad (estándar de seguridad) marcan el límite entre la posibilidad de autoorganización o no: si el trabajador cuenta con esos elementos puede autoorganizarse, de lo contrario, *el empresario le arrebató su soberanía y por lo tanto, la organización de la vida/salud del trabajador pasa a ser asunto suyo.*

El segundo nivel del deber de seguridad tiene que ver con una “parcial derogación” de la autonomía del trabajador, es decir, luego del cumplimiento del estándar de seguridad (y de la delegación de la competencia al trabajador sobre la indemnidad de sus bienes jurídicos), el empresario conserva un deber residual de *intervención* y consiste en intervenir y evitar que el trabajador se autoponga en peligro (y/o evitar el resultado lesivo), aun cuando el trabajador es competente por su seguridad, pero sólo cuando esa situación sea conocida o cognoscible por el empresario, en el marco de la *vigilancia genérica* del funcionamiento del proceso productivo (esto, fuera de los supuestos que generan el deber de *vigilancia especial y específica*).

Ahora bien, desde otro punto de vista, cabe reflexionar que el empresario (en tanto organizador de una actividad peligrosa) tiene el deber de disponer de la propia organización de modo inocuo para terceros (trabajadores) *antes de que de la misma haya salido un curso causal peligroso* (deberes de aseguramiento). Cuando la situación no es controlable mediante estos deberes, la organización correcta exige deberes de salvamento, cuya infracción da lugar a la comisión por omisión por injerencia. De acuerdo con esta idea, no cabe responder en comisión por omisión por no evitar algo que no se ha organizado. Conforme a este razonamiento, cuando el trabajador interactúa con el riesgo propio del proceso productivo *sin que se haya habilitado su esfera de autonomía*, el empresario ha usurpado su organización -no ha cumplido con el estándar de seguridad (infracción de deberes de aseguramiento)-. En esa situación peligrosa para el trabajador, se activan los deberes de salvamento del empresario que constituyen, *también* deberes de *vigilancia/intervención*. En este caso, se trata de una *vigilancia “compensatoria”*, que es más *intensa* que la propia del segundo nivel del deber de seguridad y no tiene límites claramente definidos.

De este modo, pueden reconocerse dos clases de deberes de *vigilancia*, que responden a distintos orígenes: *segundo nivel del deber de seguridad* (para evitar el “acto inseguro”

del trabajador “habilitado”) e *incumplimiento del estandar de seguridad* (para “salvar” al trabajador que se expone al riesgo sin estar “habilitado”). Sin embargo, ambos deberes tienen en común que para activarse, el trabajador *debe haber comenzado a interactuar con el riesgo* del proceso productivo, y no antes de ello. Este momento marca entonces un punto de inflexión en la evolución del riesgo, ya que -si se dan las condiciones indicadas-, se produce un cambio en la naturaleza del deber de seguridad del empresario: se activa el segundo nivel del deber seguridad (vigilancia del “acto del trabajador” -genérica, especial y/o específica-, luego de cumplir el estandar de seguridad) o se activa el deber de salvamento (vigilancia compensatoria) si no se cumplió con el primer nivel del deber de seguridad.

Sentado lo anterior, corresponde analizar ahora qué consecuencias tiene en el esquema esbozado, interpretar al art. 316 como delito de peligro concreto.

#### **II.4.c El art. 316 como delito de peligro concreto**

En la evolución del riesgo hacia el resultado, podemos diferenciar tres estadios:

El peligro abstracto-concreto, el peligro concreto y el resultado lesivo.<sup>1443</sup>

Para hacer una adecuada interpretación de la cláusula de nivelación del art.316, es necesario determinar en primer lugar qué conductas del empresario y *también del trabajador*, están involucradas en cada estadio del riesgo.

El peligro concreto requiere: a. un juicio de “probabilidad cercana” de lesión, b. el ingreso del bien jurídico en el ámbito de influencia de una fuente de peligro y c. que no se produzca la lesión.

De ello se deduce que esta clase de peligro abarca el resultado que se produce por *la infracción del segundo nivel del deber de seguridad del empresario* (deber de vigilancia/intervención), ya que la entrada del bien jurídico en la órbita de influencia de la fuente de peligro *requiere necesariamente que la interacción del trabajador con el riesgo haya comenzado*, pero que no se haya producido (aún) su lesión o muerte.

---

<sup>1443</sup> Es posible distinguir dos momentos del proceso del juicio de peligro: un primer momento consiste en ver si la conducta es potencialmente peligrosa para un bien jurídico -juicio de peligrosidad-. Si este resulta afirmativo, se avanza al siguiente paso, que es un juicio de carácter concreto -acerca del grado de peligro que crea la acción-. La diferencia entre ambos es de “nivel de abstracción”; nos encontramos ante juicios de estructura idéntica, pero realizados desde puntos de vista diversos. Si el primer juicio es afirmativo, permite la constitución de una base fáctica sobre la que puede girar el proceso de juicio acerca de la infracción del deber de conducta (PAREDES CASTAÑÓN, J., *El riesgo permitido en Derecho penal*, Madrid, 1995, pp. 188/91).

Por otra parte, si se infringe el primer nivel del deber de seguridad, se impide la habilitación del trabajador para autoprotegerse (incumplimiento del estándar de seguridad). Si a continuación de tal incumplimiento, el trabajador a pesar de no estar “habilitado”, comienza a interactuar con el riesgo, surge para el empresario el deber de salvamento (vigilancia compensatoria/intervención).

Si en ambas situaciones, no se interrumpe esa interacción inadecuada entre trabajador y riesgo (no se vigila y/o no se paraliza la actividad), es probable que en el marco de dicho proceso, el riesgo evolucione a peligro efectivo: que el bien jurídico ingrese al “epicentro” del peligro (peligro concreto).

Una vez aclarado lo anterior, estamos en condiciones de analizar cuáles son las consecuencias reales de interpretar el “peligro grave” como concreto. Para ello es preciso responder a dos interrogantes. En primer lugar, si exigir este estadio de evolución del riesgo (tan avanzado) representa realmente un adelanto de la barrera punitiva respecto del delito imprudente de resultado, teniendo en cuenta el objetivo del legislador al configurar este delito de peligro (art. 316). En segundo término, si la exigencia del peligro concreto representa alguna ventaja respecto de la interpretación aquí propuesta, de peligro abstracto-concreto.

#### **II.4.d El peligro concreto como adelanto de la barrera de punición respecto del delito imprudente de resultado**

Con relación a la primera cuestión, debemos determinar qué es lo adelantado *verdaderamente* en el peligro concreto respecto del delito imprudente de resultado.

Si se produce la lesión de un bien jurídico, habrá ocurrido también un peligro concreto, pues a una lesión le precede necesariamente la “probabilidad de esa lesión”. Ahora bien, la ausencia del daño demuestra que no están realizadas objetivamente, todas las condiciones de su producción.

Partiendo de esta base, para concluir que el art. 316 es realmente un adelanto (eficaz) de la barrera de punición respecto del delito imprudente de homicidio y lesiones, debemos determinar *si las condiciones de las que depende la falta de producción de la lesión del bien jurídico, son las que el tipo de peligro pretende evitar, teniendo en cuenta el objetivo del legislador.*

En este orden de ideas: ¿de qué condiciones depende la falta de producción del resultado, luego de configurarse el peligro concreto en este ámbito de los riesgos laborales?

Si tenemos en cuenta que el peligro concreto “implica un pronóstico de *suma probabilidad de lesión* en el caso de que el sujeto activo, la víctima y terceros permanezcan inactivos”<sup>1444</sup>, la respuesta es, que una vez configurado el peligro concreto, la ausencia del daño depende de *factores atípicos no emplazables finalmente por el hombre* <sup>1445</sup>. En efecto, la proximidad del bien jurídico amenazado respecto de la fuente de peligro, se detecta siempre que el bien se halla de tal modo inmerso en el radio de la acción peligrosa, que las medidas preventivas normales -es decir, las predisuestas en cada sector de la vida para la prevención de daños- no resultan suficientes para impedir con seguridad el resultado lesivo. Si el bien jurídico no alcanza este estricto ámbito de peligro, no cabe admitir el resultado de peligro (“aguda crisis” del bien jurídico).<sup>1446</sup>

De este modo, que el resultado lesivo no ocurra depende de factores en cuya concurrencia no se puede “confiar”: aquellas causas de salvamento que no son planificables en consideración del curso normal de los sucesos, sino que son consecuencia de una habilidad extraordinaria del amenazado o una concatenación afortunada de circunstancias acompañantes. <sup>1447</sup> En el ámbito que nos ocupa, una vez que el trabajador interactúa con el riesgo e ingresa en el epicentro del peligro, la lesión o muerte son evitadas en la mayoría de los casos, por destreza o reflejos del mismo trabajador o de algún compañero que le brinda ayuda o simplemente por la casualidad (aparición de un curso interruptivo-salvador casual).

Como puede verse, llegado el riesgo a ese estadio de evolución, la falta de resultado lesivo depende de circunstancias que son *irrelevantes* para el objetivo del legislador,

---

<sup>1444</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*p.383. para SANCINETTI, los delitos de peligro concreto requieren para su consumación, que el hecho genere, con cierta probabilidad, la posibilidad de lesión del objeto de bien jurídico, es decir, hace falta que sea posible, en virtud de las circunstancias actuales concretas, la producción del daño (*Teoría del delito y disvalor de acción*, Bs As, 1991, p. 217).

<sup>1445</sup> KISS, Delito de lesión y delito de peligro concreto: ¿qué es lo “adelantado”?, *InDret n°*, 2015, pp. 16 y ss. En igual sentido, ROXIN señala que existe un peligro concreto “allí donde el resultado lesivo no se produce sólo por casualidad; pero a diferencia de aquél, determina el concepto de casualidad, no como lo inexplicable según las ciencias naturales, sino como una circunstancia en la cual no se puede confiar” (*DP-PG*, tomo I, p. 406).

<sup>1446</sup> SERRANO- PIEDECASAS, *RP n° 10*,p. 108.

<sup>1447</sup> KISS, *InDret n°*, 2015, pp. 16 y ss. ¿Cuándo es correcto sostener que un curso causal salvador merece confianza?, KISS responde esa pregunta, citando a DEMUTH, señalando que son confiables mientras sean accesibles a la dirección humana y dominables de modo general y previstos de antemano en el ámbito vital correspondiente como medios regulares de prevención de daño (*LH Struensee*, p.315).

esto es, motivar al empresario a cumplir con las normas de prevención. Es decir, una vez incumplido el estandar de seguridad por el empresario y comenzada la interacción inadecuada del trabajador con el riesgo hasta ingresar al radio de influencia del peligro, depende sólo de “la casualidad” que se produzca o no la lesión. De esta proximidad externa de lesión, surge un sentimiento de desvalor similar al de la lesión, tanto para la generalidad, como para el propio autor.<sup>1448</sup>

En este sentido, se ha afirmado que el hecho de que el legislador decida emitir el juicio de consumación en este estadio más avanzado del riesgo (peligro concreto) *no afecta el carácter que la acción ya tenía ganado, de configurar un abandono del resultado lesivo a factores no controlables.*<sup>1449</sup>

Esa acción no es otra que *el incumplimiento del empresario del estandar de seguridad* (infracción del primer nivel del deber de seguridad), *seguido del comienzo de la interacción del trabajador con el riesgo* (pero antes de ingresar en el radio de influencia del peligro), lo que nos conduce a ubicar al “peligro grave” en un estadio de evolución *anterior* del riesgo (peligro abstracto-concreto). Es ese el verdadero adelanto “eficaz” de la barrera de punición, ya que conforme a lo explicado, desde el punto de vista político-criminal no hay una diferencia significativa entre prohibir el peligro concreto y prohibir el resultado lesivo imprudente: el peligro sólo desaparece cuando el potencial lesivo de un curso causal puede neutralizarse de *manera dirigida.*<sup>1450</sup> Esa posibilidad de neutralizar el riesgo del proceso productivo se logra cumpliendo el estandar de seguridad, pero se pierde una vez que el trabajador comienza la interacción con ese riesgo, sin estar habilitado para la protección adecuada de los bienes jurídicos expuestos.

De este modo, se configura el “estado de peligrosidad descontrolada” (de falta de dominio de la fuente de peligro) al que se ha hecho referencia en el capítulo IV, y que en la práctica se traduce en que es *inminente el ingreso de algún trabajador en el radio*

---

<sup>1448</sup>SERRANO-PIEDCASAS, *RP n° 10*, p.108, con cita de DEMUTH. Creo que esta reflexión es la que transmite la SAP Alicante, 3°. 30/09/03, cuando señala que “el hecho de que afortunadamente no se haya producido ningún accidente, esto es que el peligro existente no se haya plasmado en un daño concreto para la vida o integridad física de algún trabajador, no resta gravedad a los hechos”. La plasmación de la peligrosidad *ex ante* en el resultado concreto requiere la proximidad de lesión del bien jurídico y la falta de dominabilidad de las posibles causas salvadoras. Peligro es la amenaza a un bien jurídico, ya no dominable a través de los medios normales de defensa (SERRANO-PIEDCASAS, *ibidem*, p. 109).

<sup>1449</sup> KISS, *InDret n°*, 2015, pp. 16 y ss.

<sup>1450</sup> Alguien puede, por ejemplo, evitar voluntariamente su muerte con sólo abstenerse de beber el veneno. Es precisamente esa libertad de determinar el curso causal, lo que conforma el criterio de la falta de peligro (KISS, *ibidem*).

*del peligro* y que el autor ya no puede controlar ese posible contacto. En efecto, una vez que el trabajador comienza la interacción inadecuada con el riesgo (sin estar habilitado para su autoprotección), el peligro efectivo (resultado de peligro) puede producirse *en cualquier momento*, porque están dadas todas las condiciones para que eso suceda, lo único que falta es la presencia del objeto material en el radio de acción del peligro (paso previo al peligro concreto) y no hay que perder de vista que el trabajador es un *individuo*, esto es, elabora su propia estrategia en el marco de la interacción con el riesgo, conforme a la cual, puede terminar ingresando al “epicentro del remolino del peligro” (peligro concreto) o no. Ciertamente la dirección que tome y el final al que llegue esa interacción trabajador/riesgo, no es algo que se encuentre bajo el control directo del empresario.

Se impone aquí marcar la diferencia entre el deber de vigilancia (ya sea genérico, especial o específico) como segundo nivel del deber de seguridad, es decir, una vez cumplido el estandar de seguridad, que es limitado (de acuerdo al esquema aquí propuesto)<sup>1451</sup> y el deber de vigilancia “compensatorio”, en tanto deber de salvamento (que surge cuando el trabajador comienza a interactuar con el riesgo sin estar habilitado). En este último caso, ante el incumplimiento del estandar de seguridad y el comienzo de la interacción del trabajador con el riesgo, están dadas ya las condiciones para que se produzca el peligro efectivo: que ello ocurra o no, sólo depende del trabajador (de su actitud/aptitud) y no, en principio, del empresario. Para compensar eficazmente esa situación antijurídica (interacción riesgosa inadecuada al estandar de seguridad), la vigilancia (“compensatoria”) debería ser constante e individualizada respecto de cada trabajador que se halle en esa situación, lo que resulta inviable en la práctica. Por eso se señaló, que esta clase de vigilancia es más intensa y no tiene límites definidos.

De todo lo expuesto, se desprende que la prohibición en el delito de peligro debe dirigirse entonces, hacia *la infracción del primer nivel del deber de seguridad*, es decir a evitar que el trabajador comience a interactuar con el riesgo, sin que el empresario haya cumplido con el estandar de seguridad exigido y antes de que ingrese a la esfera de influencia del peligro (peligro concreto). Sólo ese estadio de evolución del riesgo le es exclusivamente imputable, por ser consecuencia directa de lo que aquí hemos llamado “condiciones inseguras” de trabajo y que son competencia exclusiva del

---

<sup>1451</sup> Ver lo expresado en el capítulo V.

empresario -y quienes actúen en su lugar- en tanto organizador exclusivo del proceso productivo.

En efecto, la infracción del segundo nivel del deber de seguridad (vigilancia/intervención) abarca un estadio de evolución del riesgo en el que entran a jugar factores que son relevantes en la configuración del resultado de peligro concreto *pero que no dependen exclusivamente del comportamiento ilícito del empresario* (infracción del estándar de seguridad). Hacer depender la aplicación del tipo penal, de la producción de un resultado de peligro, cosa que ya no depende totalmente del empresario, pone en tela de juicio la capacidad de motivación del delito de peligro, ya que no siempre un incumplimiento del estándar de seguridad *con aptitud lesiva grave* (que es lo realmente relevante) se traduce en un resultado de peligro concreto.

En la medida que el tipo de peligro se desvincule del resultado (abstrayéndose de las diversas circunstancias que condicionan el peligro concreto), la valoración penal se centra exclusivamente en la conducta realizada por el empresario, que apreciada por su intrínseca peligrosidad, consentirá un control más directo de la actividad peligrosa

#### **II.4.e Peligro concreto versus peligro abstracto-concreto**

Resta ahora abordar la segunda cuestión planteada, esto es, si entender al “peligro grave” exigido por el art. 316 como peligro concreto, representa alguna ventaja desde el punto de vista político-criminal, respecto de la interpretación aquí propuesta, de peligro abstracto-concreto.

La respuesta a ello surgirá de un análisis crítico de los efectos de exigir ese estadio de evolución tan avanzado del riesgo (resultado de peligro concreto).

La primera y más evidente de esas consecuencias es, como se ha señalado antes, la entrada en escena de otro factor relevante en la producción del resultado de peligro, *además* de la conducta infractora del empresario: la actuación del propio sujeto pasivo del delito (trabajador), ya que el peligro concreto requiere la interacción de éste con el riesgo, como paso previo a su ingreso al radio de influencia del peligro. Ello se traduce en que: entre el comienzo de la interacción del trabajador “no habilitado” con el peligro (infracción del estándar de seguridad) y la producción del resultado de peligro concreto, puede intervenir el propio trabajador, *evitando él mismo ingresar en el radio de peligro*, es decir evitando la producción del resultado de peligro exigido por el tipo. En esos supuestos, no podrá aplicarse el art. 316, a pesar de que se haya realizado la acción *suficientemente relevante* -en términos del objetivo del legislador- para que se

configure el delito de peligro, debido a la “interferencia” que implica la intervención del trabajador.

Otro efecto de interpretar al art. 316 como delito de peligro concreto, es que al exigir la interacción del trabajador con el riesgo, momento a partir del cual se activa el segundo nivel del deber de seguridad del empresario -vigilancia/intervención- y el ingreso de éste en la órbita del peligro, el delito se configura entonces como una infracción de esa clase de deberes.

La relevancia de esta consecuencia tiene que ver con que puede efectuarse cierta “equiparación” entre el deber de vigilancia/intervención y el deber de cuidado (propio del delito imprudente de resultado), en la medida que ambos se dirigen a evitar un resultado *concreto* -ya sea de peligro o de lesión-. Veamos.

Las normas de prevención extrapenal en la dogmática de los delitos imprudentes de resultado, sólo son un indicio para la determinación del deber de cuidado con relación a los bienes jurídicos vida y salud de los trabajadores. Ni todo incumplimiento de una norma extrapenal implica una infracción del deber de cuidado garantizado penalmente, ni siempre que no se ha infringido se ha respetado ese deber. A diferencia de ello, en un delito de peligro como el art. 316 -ley penal en blanco- la infracción de esas normas es un requisito objetivo necesario para la imputación: sin la infracción no existe delito (cláusula de bloqueo). En este caso la relevancia de la norma extrapenal es un problema de “contorno del tipo objetivo”, pero en el delito imprudente de resultado es un problema de responsabilidad subjetiva (determinación de la falta de cuidado debida).<sup>1452</sup> Sin embargo, cuando el delito de peligro exige un *resultado* de peligro concreto,<sup>1453</sup> esas diferencias “se desdibujan”.

Esta reflexión puede constatarse claramente en el AAP Cantabria 1º. 31/05/05, donde se destaca que para saber si una medida de seguridad es o no necesaria (en los términos del art. 316) -ya sea personal, material u organizativa-, “los Tribunales atienden a dos criterios: la tarea que desempeña el trabajador y el lugar donde ésta se desarrolla en el caso concreto, siendo así que el deber de seguridad no se agota facilitando medios materiales sino que se exige la vigilancia de su uso y funcionamiento de todo el proceso productivo o actividad de que se trate y el riesgo que comporte, de forma que añade un *marco de oportunidad concretado en la adecuación al caso concreto*, facilitando así *la medida del deber de cuidado*”.<sup>1454</sup> Nótese que los términos utilizados son propios del delito imprudente de resultado, más que de un delito de peligro. De VICENTE MARTÍNEZ, al comentar el caso citado, agrega que para la jurisprudencia, determinar la “necesidad” de

<sup>1452</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo...*, p. 323, nota 102.

<sup>1453</sup> ZIELINSKI, D., *Disvalor de acción y de resultado en el concepto del ilícito*, Bs As, 1990. P. 181.

<sup>1454</sup> Fallo citado por De VICENTE MARTÍNEZ, *La respuesta...*, pp. 86/87.



la medida de seguridad depende de la convergencia de todos estos factores y *no sólo de la normativa de prevención de riesgos laborales*.<sup>1455</sup> En esta expresión subyace claramente la idea de un *deber de cuidado que en el caso concreto puede ser más amplio que las medidas de seguridad de la norma extrapenal*, ello aun en el contexto del delito de peligro (concreto). Como puede verse, las diferencias señaladas entre ambos delitos de resultado (de lesión y peligro) lucen “borrosas”.

Frente al primer nivel del deber de seguridad del empresario, cuyo contenido está *precisado* (estandarizado) en una serie de medidas previstas en la norma extrapenal, el deber de vigilancia representa una *especie de deber de cuidado*, en el sentido de que debe ser “adaptado al caso”. Es por eso que resulta tan difícil delimitarlo abstractamente *ex ante*, y es más fácil saber si se cumplió o no luego de la producción del resultado -ya sea de peligro o lesión- porque una vez que se pasa la barrera del peligro abstracto-concreto y se exige un resultado de peligro concreto, *el supuesto se analiza con la técnica retrospectiva del delito imprudente de resultado*.

En efecto, si el delito de peligro tiene como objeto relevar penalmente la infracción de las normas de prevención cuando sean susceptibles de generar un peligro grave (infracción del primer nivel del deber de seguridad), sólo puede implicar la exigencia de un peligro abstracto-concreto (peligrosidad *ex ante*). Si, por el contrario, se exige un resultado de peligro concreto, ya entra en escena la lógica “retrospectiva” propia de la dogmática del delito imprudente de resultado, es decir ante la constatación de ese resultado (de peligro), el intérprete o juzgador, a veces hasta inconscientemente, intenta determinar qué medida hubiera sido necesaria *para evitarlo* y de este modo elabora mentalmente un deber de cuidado (punto en común con el delito imprudente, aun cuando se trate de dos resultados diferentes) y constata si se éste se cumplió o no. El eje de la cuestión se traslada entonces, desde la infracción del estándar de seguridad -establecido en la normativa extrapenal- a la infracción de “lo que hubiera sido necesario” para evitar el resultado (de peligro). Este efecto se genera porque (en la exégesis del art. 316 como de peligro concreto) una parte del tipo penal exige el “no facilitar medios” (en referencia a lo establecido en la norma de prevención) pero otra parte exige *evitar el resultado de peligro*: la incompatibilidad de esos dos “mandatos” del precepto se pone de manifiesto en la situación problemática en la que, a pesar de que se “facilitaron los medios”, el resultado de peligro sobreviene *porque no se vigiló*. Ese supuesto genera debate en la doctrina, y un sector mayoritario resuelve esa contradicción, interpretando al deber de vigilancia como uno de esos “medios”.

---

<sup>1455</sup> De VICENTE MARTÍNEZ, *ibidem*.

Sin embargo, parece difícil conciliar la taxatividad que impone el principio de legalidad penal con una interpretación que injerta en el texto punitivo, a la infracción del deber de vigilancia, sin tener en cuenta la redacción actual del delito de peligro (art. 316, frente al antecesor art. 348 bis a). De ese modo, “lo que se está haciendo es en cierto modo extrapolar el criterio abierto de los tipos imprudentes de resultado lesivo, a este delito de riesgo”.<sup>1456</sup>

La exégesis mayoritaria, inclusiva del incumplimiento del deber de vigilancia, constituye una salida superficial del problema, que no resiste un análisis profundo. En primer lugar porque *conceptualmente* la vigilancia no puede constituir un “medio a facilitar”, teniendo en cuenta los límites del significado de ambos términos y el sentido de toda la expresión, sobre todo porque esa misma expresión integraba el anterior art. 348 a), junto la fórmula “no exigir los medios”. Pero además, porque esa interpretación no aborda el verdadero meollo de la cuestión, como se verá enseguida.

#### **II.4.f Tensión entre “no facilitar los medios” y el peligro concreto**

Sentado todo lo expuesto, es posible ya analizar la problemática *real* que subyace en este debate.

En la resolución de casos de puesta en peligro de la vida y salud de los trabajadores (peligro concreto) la jurisprudencia se enfrenta con una “trampa”: la incoherencia entre la interpretación del art. 316 como delito de peligro concreto y el tenor literal que no contempla la infracción del deber de vigilancia. En efecto, al menos en teoría, la vigilancia (e intervención) sobre el uso de los medios *hubiera evitado* el resultado de peligro producido. Ante esa situación y respondiendo a la lógica retrospectiva, el juzgador trata de asimilar la conducta omitida (la *necesaria* para evitar el resultado de peligro en el caso concreto) a la descrita en el tipo, desbordando de ese modo, el tenor literal.

Estamos ante una *discordancia* entre la cláusula de especificación “no facilitar los medios” y la cláusula de nivelación (peligro grave), *en tanto ésta se interprete como peligro concreto*.

La manera de solucionar esa incoherencia es hacer una interpretación global e integrada de ambas cláusulas, ya que la cláusula de nivelación al marcar el momento a partir del cual el riesgo pasa a ser típico, *configura un elemento que también influye en la*

---

<sup>1456</sup> JORGE BARREIRO, *CDJ V-2008*, p. 161

*especificación de la conducta* (relación dialéctica entre ambas cláusulas). Con este telón de fondo, si realmente lo que se quiere prohibir es la puesta en peligro concreto, las medidas de seguridad e higiene deberían ser *adecuadas y necesarias para “evitar el peligro concreto,”* o sea, el “adecuadas” también se debe referir a la *clase* de peligro que se quiere evitar. En la exégesis aquí propuesta, de peligro abstracto-concreto, está claro que la vigilancia no se presenta como una medida “adecuada” (no es relevante). En este sentido, el hecho de que el tenor literal no mencione la infracción a ese deber, puede ser un indicio más de que lo que quiere prohibir el legislador en el art. 316, es un peligro abstracto-concreto y no concreto.

Volviendo al razonamiento de MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA, la respuesta al primer interrogante, sobre ¿cuándo los medios necesarios son “suficientes”? es simple: eso depende de qué clase de peligro se quiere evitar, si es el peligro concreto - como interpreta la doctrina casi unánime-, *los medios necesarios serán suficientes si incluyen la vigilancia.* Si el peligro es abstracto-concreto, la vigilancia no tiene relevancia. Por eso se dijo que esta pregunta ciertamente no tiene que ver con la materialidad o inmaterialidad de “medios”, sino con una cuestión temporal: con el *estadio de evolución del riesgo* exigido por el tipo penal (y que se quiere evitar con la facilitación de los medios). Como se ve, la respuesta no sólo depende de la cláusula de especificación de la conducta (y de la exégesis de “medios” y “facilitar”), sino de la interpretación *conjunta* de ésta con la cláusula de nivelación del peligro. En conclusión, esta disyuntiva sólo puede solucionarse *interpretando a la cláusula de nivelación como de peligro abstracto-concreto y no a la cláusula de especificación como abarcativa de la infracción del deber de vigilancia* (solución de la doctrina/jurisprudencia).

Respecto de la segunda pregunta, ¿*porqué* es absurdo que esa infracción de vigilancia pueda sustentar la imputación de un delito de resultado imprudente pero no esté abarcada por el delito de peligro (art. 316)? La respuesta surge del siguiente razonamiento: una vez que el trabajador ha comenzado a interactuar con el riesgo, se activa el segundo nivel del deber de seguridad, esto es, el deber de vigilancia/intervención, que será el necesario para evitar el resultado de peligro concreto, y de ese modo, también el resultado lesivo. Ahora bien, ya clarificado el momento en el que el deber de vigilancia debe entrar en escena (se activa), es decir con la interacción del trabajador con el riesgo y *antes* de que se produzca el resultado de peligro concreto, es evidente que resulta absurdo considerarlo relevante en una etapa posterior (para evitar el resultado lesivo) y no en la inmediata anterior (para evitar el

resultado de peligro), ello por cuanto el resultado de peligro precede *necesariamente* a la lesión. En realidad, decir que “se produjo el resultado lesivo porque no se vigiló” será casi siempre un razonamiento engañoso, porque la realidad de lo ocurrido es que: como no se vigiló, se produjo el resultado de peligro concreto y una vez producido éste, *como no se configuró en el caso una interrupción casual (no planificable)* del curso causal (medida salvadora no dirigible), se produjo también el resultado lesivo. Como se ve, la relevancia del deber de vigilancia está en la evitación del peligro concreto, y *excepcionalmente* puede llegar a estar en la evitación de la lesión.

#### **II. 4.g Interpretación propuesta del estadio de evolución del peligro típico**

El tipo penal del art. 316 debe interpretarse como de peligro abstracto-concreto, ya que es el estadio de evolución del riesgo que se corresponde con la infracción al primer nivel del deber de seguridad (estándar de seguridad/deberes de aseguramiento). Por el contrario, el resultado de peligro concreto remite a la infracción del segundo nivel del deber de seguridad, que es cuando se activan los deberes de vigilancia/intervención del empresario.

Desde esta óptica, lo que el tipo de peligro quiere evitar es que el trabajador interactúe con el riesgo sin poder autoorganizarse para proteger su vida y salud, y *no que luego de la interacción (peligrosa), no se produzca el resultado de peligro*. Cumplir con el deber de vigilancia no forma parte de la conducta del empresario “habilitante” de la esfera de competencia o autonomía del trabajador para resguardar sus bienes jurídicos. Lo que marca el momento en el que el Derecho penal debe intervenir adelantadamente al resultado lesivo es la *necesaria configuración del ámbito de autonomía del trabajador al momento de iniciar la interacción riesgosa* y abarca el incumplimiento del estándar de seguridad debido y no del deber de vigilancia/intervención. En esta exégesis, el delito de peligro se consuma *en el momento en que el trabajador comienza a interactuar con el riesgo sin estar habilitado para autoprotegerse*, allí se configura el “peligro grave” (peligrosidad idónea) y no cuando se produce el ingreso del bien jurídico (vida/salud) en la órbita del peligro (resultado de peligro concreto consecuencia de la infracción del deber de vigilancia/intervención).

En la exégesis del art. 316 como delito de peligro concreto, la selección de los casos por el “filtro típico” no tiene en cuenta la conducta que *realmente se quiere desalentar*, ya que el estadio del riesgo requerido abarca un alto componente de azar y de intervención del sujeto pasivo -trabajador-. En este particular sector de los riesgos laborales, se da de

modo muy intenso la intervención de la víctima en el “segmento temporal” abarcado entre el peligro abstracto-concreto y la producción del peligro concreto, donde es muchas veces la misma víctima la que neutraliza el peligro concreto. Y así, los casos abarcados por el delito de peligro concreto, terminan siendo en definitiva sólo aquellos en los que en la situación de peligro grave abstracto-concreto, creada por el empresario al incumplir el estandar de seguridad, la víctima -trabajador- *no ha sido capaz o hábil para evitar el peligro concreto* y quedan fuera muchos otros, donde ante la misma situación de peligro grave (abstracto-concreto), por alguna cuestión casual o por una excesiva prudencia del trabajador, el resultado de peligro no se ha producido.

En este contexto, se puede ver claramente que la “gravedad” del peligro no tiene que ver con la producción del resultado de peligro, sino con la *aptitud* de la conducta omisiva (infracción del estandar de seguridad, que el legislador quiere evitar) para producir el resultado lesivo y no tanto con la *proximidad* del resultado (peligro concreto).

El delito de peligro concreto frente al de resultado lesivo, abarca conductas con el mismo potencial lesivo -e igual de relevantes-, pero que *casualmente* no producen el resultado (de lesión). El peligro concreto frente al peligro abstracto-concreto descarta conductas relevantes en las que el resultado de peligro es evitado por el mismo sujeto pasivo del delito.

Brindar lo que aquí se ha denominado *condiciones de seguridad* en el contexto laboral, es algo que depende exclusivamente del organizador de la actividad propia del proceso productivo (empresario). De acuerdo a la diferenciación aquí planteada de los dos niveles de organización en el ámbito laboral, está claro que el trabajador no tiene injerencia en el nivel de organización del proceso productivo -exclusivo del empresario- *y a ese nivel pertenece la disposición del estandar normativo de seguridad*. El delito de peligro debe abarcar la infracción de ese deber, cuando genere el peligro grave, esto es, cuando el trabajador comience a interactuar con el riesgo sin estar habilitado (y no antes de ello). Esta interpretación es la más coherente con el objetivo del legislador respecto del art. 316: motivar al empresario a cumplir con la normativa de prevención y presenta la ventaja de excluir del análisis de subsunción típica, la problemática relativa a la conducta de la víctima.<sup>1457</sup>

---

<sup>1457</sup> Ver lo desarrollado sobre esa cuestión en el capítulo V.

Luego de todo lo expuesto, cabe concluir que es más adecuada la interpretación del art. 316 como delito de peligro abstracto-concreto, que como lo interpreta la doctrina y jurisprudencia casi unánimes (peligro concreto).

### III. Enfermedades laborales

#### III.1 Introducción

Como se ha señalado en el capítulo anterior<sup>1458</sup>, otra razón importante para fundamentar la interpretación aquí propuesta del delito del art. 316, como de peligro abstracto-concreto, es que de ese modo queda abarcada en el riesgo típico, la conducta infractora susceptible de generar enfermedades laborales a largo plazo<sup>1459</sup> y que, en rigor, no podría quedar incluida según la exégesis del peligro concreto (sólo abarcadora del riesgo propio de los accidentes de trabajo y las llamadas “enfermedades accidente” o instantáneas).<sup>1460</sup>

Por otra parte, esta interpretación es consistente con la introducción en el art. 316 de la referencia expresa a la “salud” -de los trabajadores-, término que no integraba la fórmula del anterior art. 348 bis a), que sólo mencionaba la vida y la integridad física.<sup>1461</sup> Esta circunstancia ha sido destacada por la doctrina, en el sentido de que el art. 316 ha mejorado su contenido, al extender el bien jurídico protegido -antes llamativamente ausente- a la salud del trabajador, señalando que a pesar de ello, el

---

<sup>1458</sup> Ver lo expuesto en el capítulo V.

<sup>1459</sup> La Enfermedad Profesional viene definida en el artículo 116 de Ley General de Seguridad Social como “la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta Ley, y que ésta proceda por la acción de elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional”. Según esta definición, para que una enfermedad sea considerada como profesional deben darse los siguientes elementos: 1. Que el trabajo se haga “por cuenta ajena”. Excluye por tanto a los trabajadores autónomos. 2. Que sea a consecuencia de las actividades que se especifiquen en el cuadro de enfermedades profesionales, que contiene un listado cerrado de enfermedades profesionales. No obstante, las enfermedades profesionales que no se encuentren reflejadas en el mismo, pueden quedar incluidas en el concepto de accidente laboral, (art.84.2, apartado E, de la LGSS) pero no tendrán la consideración de enfermedad profesional. 3. Que proceda de la acción de sustancias o elementos que en el cuadro de enfermedades profesionales se indiquen para cada enfermedad. Cuando se puede establecer una relación causal entre la exposición laboral y una enfermedad que no esté recogida en el cuadro de enfermedades profesionales, dicha enfermedad puede ser legalmente reconocida como accidente de trabajo (artículo 115, punto 2, letra “e” de la LGSS) (MIRANDA HERRÁN, *Ponencia*, p. 3).

<sup>1460</sup> Por ejemplo, un infarto o un paro cardio-vascular. Hay enfermedades que poseen un período mínimo de incubación, por ejemplo la causada por el virus del ébola: entre dos y 20 días y que no pueden considerarse que se contraen “a largo plazo”. Una cuestión particular se presenta frente a la posible inclusión en el art. 316, de los “riesgos psicosociales”. A favor de esa postura inclusiva, se expresa POMARES CINTAS, entendiéndose que esos riesgos pueden generar el “peligro grave”, aunque señala la dificultad de determinar cuándo cabe acreditar la posibilidad cierta de menoscabar gravemente la salud del trabajador, expuesto al riesgo psicosocial (*El Derecho Penal ante la explotación laboral...*, p. 189).

<sup>1461</sup> Ver lo desarrollado sobre el punto, en capítulo III.

precepto “exige un peligro concreto, en un campo en el que sólo los tipos de peligro abstracto pueden ser eficaces.”<sup>1462</sup>

En efecto, la incompatibilidad de la técnica que exige un resultado de peligro efectivo, con el objetivo de prevenir las enfermedades laborales, radica en la necesidad de que el tipo penal abarque acciones que tomadas en sí mismas, no sean idóneas para generar una *puesta en peligro concreto*, ya que se requiere la reiteración de un número indeterminado de ellas para que el trabajador contraiga la enfermedad o esté expuesto al peligro concreto de contraerla. El delito de peligro concreto se reserva para casos de *riesgo extremo*, ya que exige la constatación de un *momento* en el devenir de los acontecimientos, en el que la lesión material parece prácticamente irreversible. Ese “momento” al que apunta a identificar la técnica de peligro concreto, no es otra cosa que el *preludio de la realización instantánea* del correspondiente delito de lesión. Por eso, esta técnica legislativa no es apta para prevenir las enfermedades laborales, teniendo en cuenta que éstas son el resultado de la ejecución *progresiva* del delito de resultado de lesiones. En ese contexto, la *idoneidad* del peligro para causar una lesión y/o muerte instantánea y para producir -a largo plazo- una enfermedad laboral, responde a parámetros diferentes, que deben ser receptados (de modo diferenciado) por un tipo penal que pretenda ser efectivo en la prevención de *ambos efectos lesivos*. Desde esta óptica, en el segundo caso (a diferencia del primero), la descripción típica debe referir a una acción peligrosa cuya aptitud para producir la lesión *provenga de su reiteración*, por lo que se impone introducir ciertas precisiones en el concepto de la idoneidad del riesgo, recurriendo a la “lógica de la acumulación”. Además, se señaló que la conducta que *per se* es apta para producir un resultado de lesión o muerte instantáneos (“accidente laboral”), tiene una mayor carga de desvalor en comparación con aquellas que requieren una repetición sucesiva para producir la lesión tardía (a largo o mediano

---

<sup>1462</sup> BAYLOS/TERRADILLOS, *Derecho Penal...*, p. 116. En igual sentido, CORCOY BIDASOLO señala que en los supuestos de enfermedades a medio o largo plazo, poder imputar el peligro concreto es prácticamente imposible (*Delitos de peligro...*, p. 228). De la misma opinión, HERNÁNDEZ BASUALTO, *Derecho Penal Laboral*, p. 72. En idéntica línea, HORTAL IBARRA destaca que especialmente problemática se presenta la imputación de un resultado de peligro en los casos de no evitación de una enfermedad profesional. En esos supuestos, la defensa del empresario podrá cuestionar la imputación objetiva entre la no evitación de la causación de la enfermedad y las fuentes de riesgo no controladas por el obligado legal o su delegado, generando en el juzgador una duda razonable, quien deberá resolver a su favor en aplicación del *in dubio pro reo* (CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN, (dir.), *Manual de Derecho penal económico y de empresa-Parte general y Parte especial*, Valencia, 2016, tomo II, p. 544).

plazo). Esta diferencia cuantitativa de desvalor, debe verse representada en la asignación de escalas penales distintas para cada caso.<sup>1463</sup>

Ante la falencia del tipo penal del art. 316, que a pesar de introducir a la “salud del trabajador” como bien jurídico protegido, no presenta una estructura típica coherente con ese objetivo, la interpretación aquí propuesta de peligro abstracto-concreto permite incluir en el espacio típico, el riesgo susceptible de generar enfermedades profesionales no instantáneas. Nótese además, que esa exégesis es compatible con lo dispuesto en el art. 4.4 LPRL: “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 en forma inmediata.*”

En este sentido, también en la Circular n° 4/2011 de la Fiscalía General del Estado, se ha destacado que las enfermedades profesionales han tenido escasa respuesta penal en la jurisprudencia, sin duda porque a diferencia del accidente, no se produce *inmediatamente* como consecuencia de un comportamiento causalmente determinante, sino luego de un cierto período, *pero al ser un menoscabo de la salud, no hay impedimentos para que constituya una lesión importante en el ámbito laboral.* Otra de las dificultades señaladas en el citado documento, tiene que ver con la exigencia de *permanencia en el tiempo* de la situación de incumplimiento de los medios de prevención que le ha dado origen a esa afectación a la salud.<sup>1464</sup>

La reflexión anterior refuerza lo que se viene destacando en el sentido de que, además de la exigencia de un peligro abstracto-concreto, un diseño del tipo penal adecuado para el objetivo de abarcar la prevención de enfermedades laborales a largo plazo, debe también hacer alguna referencia a la reiteración de la infracción del deber de seguridad que crea el peligro de su producción. Esto requiere de un análisis de los términos que reflejen adecuadamente esa situación en el tenor literal, que se efectuará en oportunidad de hacer la propuesta de tipo penal para el ordenamiento jurídico argentino.<sup>1465</sup>

Llama la atención como a pesar de la evolución de la sociedad en las últimas décadas, a través del cambio producido tanto en los sistemas de producción, como en las fórmulas de trabajo, se observa cierta resistencia a integrar las diversas manifestaciones de los denominados “riesgos profesionales emergentes”, entre las enfermedades laborales. Frente a esta tendencia, puede verse que las enfermedades

---

<sup>1463</sup> Ver capítulo V.

<sup>1464</sup> Ver p. 39 del citado documento.

<sup>1465</sup> Capítulo VII.



profesionales relacionadas con las actividades mineras, han disminuido -a raíz de la reducción de dichas actividades-. Del mismo modo, los accidentes por traumatismo en la industria también han disminuido, mientras que los accidentes y enfermedades generadas por la exposición a riesgos ergonómicos y psicosociales (de carácter no material) han ido aumentando paulatinamente, seguramente por encontrarse vinculadas a actividades del sector terciario en constante crecimiento. La Comisión Europea mantiene que las llamadas enfermedades emergentes constituyen casi un 25% de los problemas de salud vinculados al trabajo y ofrecen una amplia exteriorización diagnóstica; entre ellas trastornos por angustia, fobias, estrés, etc. El estrés laboral ha sido definido como “la reacción que puede tener el individuo ante exigencias y presiones laborales que no se ajustan a sus conocimientos y capacidades”.<sup>1466</sup>

También este tema tiene su incidencia en el instituto de la prescripción del delito. En este sentido, cabe preguntarse qué ocurre en aquellos casos de enfermedad profesional, detectada años después de la infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales, con el delito del art. 316. Se genera aquí la siguiente cuestión: está claro que el delito de lesiones se ejecuta en esos supuestos de *modo permanente* (ejecución progresiva). Ahora bien, si el delito del art. 316 se interpreta como de peligro concreto, al ser de ejecución instantánea, normalmente habrá operado su prescripción. Esa situación se subsana si se interpreta al precepto, como de peligro abstracto-concreto, que admite la forma permanente de ejecución del delito de peligro.

### III.2 El caso paradigmático del amianto: “el enemigo invisible”

El uso industrial del amianto o asbesto <sup>1467</sup> constituye un caso claro de la problemática que entraña la introducción en el proceso productivo de sustancias que, por no haberse estudiado con antelación sus efectos nocivos, se acaban manifestando como extremadamente peligrosas, cuando ya es demasiado tarde.<sup>1468</sup> Debido a su dilatado

---

<sup>1466</sup> SÁNCHEZ PÉREZ, La configuración..., pp.326/28.

<sup>1467</sup> Según el DRAE, el amianto, del latín “*amiantus*”, literalmente “sin mancha”, es un mineral constituido por silicato de cal, alúmina, y hierro, que se presenta en fibras blancas y flexibles, es incombustible y tiene efectos nocivos para la salud. Por su parte, el asbesto, del latín, “*asbestos*”, “incombustible”, “inextinguible”, es un mineral de composición y caracteres semejantes a los del amianto, pero de fibras duras y rígidas, parecidas al cristal hilado y de efectos nocivos para la salud.

<sup>1468</sup> Otro supuesto equiparable es el uso de materiales radioactivos, en particular, el radio. Un caso emblemático se produjo en Estados Unidos en 1917 (conocido como “*radium girls*”). La *Radium Luminous Material Corporation*, empresa que comercializaba una pintura luminosa basada en el radio, contrató a un centenar de mujeres jóvenes para aplicar su pintura luminosa a los números y saetas de los relojes. En total, unas cuatro mil trabajadoras en Norteamérica se vieron expuestas a altas dosis de este tipo de pinturas radiactivas (muchos miles más en el resto del mundo). Años después fueron detectados graves problemas óseos, en las mandíbulas de ex trabajadoras de la empresa que utilizaba esa pintura. Los dueños, siendo conscientes de la peligrosidad de su producto no sólo mantuvieron en la ignorancia a sus empleadas (muchas usaban esa pintura para pintarse las uñas), sino que las instruían para afinar sus pinceles, retirando la pintura sobrante con los labios, cada vez que tenían que trazar un número particularmente redondeado. De este modo, las trabajadoras fueron ingiriendo una cantidad de radio

período de latencia, que es el tiempo que transcurre entre la exposición a un agente nocivo y la aparición de una enfermedad asociada a dicha exposición, pasaron aproximadamente treinta años desde la introducción del uso industrial del asbesto para que se efectuara, a fines del siglo XIX, la primera descripción de la asbestosis.<sup>1469</sup>

A mediados del siglo XX ya se habían constatado científicamente los efectos letales, no sólo para quienes se ocupaban de su extracción en las minas, sino también en la industria de trituración, cardado, hilado y tejido del amianto, así como en otras donde se aplica dicha materia, puesto que el peligro del amianto o asbesto, proviene básicamente de las diminutas fibras que su tratamiento industrial libera en la atmósfera y que son inhaladas por quienes entren en contacto con ese ambiente contaminado.<sup>1470</sup> Pese a ello,

---

miles de veces superior a los niveles de exposición seguros. Entre las múltiples enfermedades que desarrollaron (anemias, neoplasias, entre otras), se destaca la que destapó el asunto: “maxilar de radio”, una deformación grotesca de la mandíbula inferior. Las damnificadas iniciaron juicio a la empresa, que duró años, pudiendo cobrar una mínima parte de lo reclamado, antes de morir. Este producto se siguió utilizando hasta mediados de la década de 1940 (Salud laboral y medio ambiente en Argentina (páginas sin numerar), disponible en [www.trabajoyambiente.com.ar](http://www.trabajoyambiente.com.ar)). En España, el RD 783/2001 de 26 de julio, aprueba el Reglamento de protección sanitaria contra radiaciones ionizantes y se aplica a todas las prácticas que presenten un riesgo derivado de las mismas, tanto si su procedencia es de origen natural, como artificial. Otro caso emblemático, fue el de la fabricación de cianuro. A mediados de la década de 1980, un trabajador polaco de un establecimiento industrial estadounidense falleció como consecuencia de haber aspirado emanaciones del cianuro allí utilizado. Tres de los directivos de la empresa fueron acusados y condenados en Illinois, por asesinato ocasionado por el empleo de esa sustancia, a sabiendas de su peligrosidad. Fue la primera vez en la historia del Derecho de los Estados Unidos que los directivos de una empresa respondieron a título personal en una causa penal. Algunos autores estiman que la resolución de este caso implicó una modificación en el pensamiento tradicional norteamericano, pues de acuerdo a la concepción jurídica general, el mantenimiento de las normas que garantizan la convivencia social le compete al Derecho civil (básicamente al llamado *tort liability system*). Por lo tanto este fallo fue un salto radical en esa concepción (SARRABAYROUSE, E., *Responsabilidad penal por el producto*, Bs As, 2006, pp. 114/15).

<sup>1469</sup> Las enfermedades generadas por el amianto, en sentido genérico, se dividen en patologías malignas que son.: a) Asbestosis (fibrosis pulmonar intersticial o parenquimatosa difusa); b) cáncer de pulmón; y c) mesiotelioma (cáncer de pleura) y patologías benignas, que son: a) Derrame pleural benigno; b) alteraciones y placas pleurales (de diferentes formas); c) paquipleuritis; y d) atelectasia redonda o síndrome de Blesovki. Una característica común a todas las enfermedades profesionales causadas por el amianto, es su irreversibilidad de manera que progresan y carecen actualmente de tratamiento específico curativo o paliativo. Todas ellas permanecen ocultas durante el período de latencia, lo que las hace indetectables y no susceptibles de diagnóstico precoz. El período de su latencia es muy largo y oscila generalmente entre 3 y 50 años, aunque mayoritariamente se sitúa entre los 15 y 30 años. En tanto no se manifiestan, no presentan ningún tipo de sintomatología por lo que es prácticamente nula médicamente su prevención.

<sup>1470</sup> Ya en 1935, comenzaron en Estados Unidos los primeros juicios promovidos por los trabajadores industriales. En la misma época, diversas investigaciones científicas comenzaron a destacar el carácter cancerígeno del amianto, confirmadas en la década de 1980 por estudios epidemiológicos intensivos, que dieron a conocer una estadística escalofriante: solamente en Estados Unidos mueren por año entre 8000 y 9000 personas a causa de ese tipo de cáncer, sin embargo esa información se ocultó, tanto a los trabajadores, como a la opinión pública. En Estados Unidos, hubo una gran cantidad de juicios contra las empresas, pero como los trabajadores afectados no lograban la totalidad de sus reclamos debido a la cobertura parcial de los seguros laborales, a mediados de la década de 1970 las demandas se enablaron directamente contra los fabricantes de los productos que contenían amianto –desvinculados laboralmente de ellos-, para obtener una indemnización integral de los daños padecidos. De este modo renunciaban a la posibilidad de una demanda laboral y reclamaban civilmente a los productores de amianto, con

el amianto se siguió utilizando masivamente en muchas actividades industriales debido, tanto a sus peculiares propiedades químicas, como a su bajo coste de extracción, de ahí que en la actualidad convivamos, casi sin saberlo, con infinidad de productos de uso común que contienen amianto, como la uralita y otros materiales de construcción elaborados con fibrocemento o como sucede en otras aplicaciones menos conocidas como en frenos, embragues, hornos microondas y sin olvidar su uso como materia textil-termo resistente, para fabricar trajes ignífugos, envases y paquetería.<sup>1471</sup>

A pesar de todas las evidencias de su peligrosidad, los intereses de la industria y el comercio prevalecían sobre el derecho a la vida y salud de los trabajadores y el Convenio OIT n° 162 (del 24/06/1986), sólo se atrevió a prohibir la pulverización de cualquiera de las formas del asbesto y la utilización de una de sus variedades más peligrosas, la crocidolita o amianto azul, quedando habilitada no obstante la autoridad competente, para introducir excepciones a esas dos prohibiciones cuando “la sustitución no sea razonable y factible”, lo que suponía dejar en manos de las autoridades locales, la facultad de eludir la prohibición por motivos puramente económicos.<sup>1472</sup> En el ámbito de la Comunidad Europea, hoy rige la prohibición absoluta de toda actividad industrial que exponga a los trabajadores a las fibras de amianto (Directiva 2009/148/CE), excepto el caso del “tratamiento y la descarga de los productos resultantes de la demolición y de la retirada de amianto.”<sup>1473</sup> La finalidad de la Directiva citada es la de efectuar una

---

fundamento en la falta de aviso e información sobre los peligros para la salud que generaba esa sustancia. En la sentencia dictada en el caso “Borel vs Fibreboard”, se resolvieron a favor de los trabajadores casi todas las cuestiones planteadas. Este precedente motivó la promoción de nuevas demandas contra los productores de amianto, lo que terminó en un aluvión de juicios. En 1982 se registraron unas 20.000 nuevas demandas, en 1985 la suma total reclamaba llegaba a 33.000 millones de dólares y dos más tarde, a 55.000 (SARRABAYROUSE, *Responsabilidad...*, pp.106/07).

<sup>1471</sup> LOZANO LARES, *Tipología del tratamiento técnico de la siniestralidad laboral*, Albacete, 2015, p.94.

<sup>1472</sup> LOZANO LARES, *Tipología...*, p. 95.

<sup>1473</sup> El amianto está prohibido en España desde el año 2002 (Orden de 7/12/2001). La prohibición refiere al amianto como materia prima, e incluye la importación, fabricación y comercialización. Sin embargo esa prohibición no elimina la presencia del amianto, ya que existen grandes cantidades de materiales que lo contienen, cuya fabricación corresponde a un período anterior a la prohibición, y que pueden seguir siendo usados, mientras dure su vida útil. Se estima que en España, antes de la prohibición, estuvieron expuestos directamente 140.000 trabajadores a la contaminación con el amianto, y según el Centro Nacional de Epidemiología, entre 1992 y 2002, se habría incrementado el número de víctimas, en un 90 %. Las enfermedades producidas por el amianto están incluidas en el Anexo I del Real Decreto n° 1299/2006 de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro (*Manual informativo de prevención de riesgos laborales: Prevención de riesgos laborales asociados al amianto*, disponible en [www.saludlaborallugtmadrid.org](http://www.saludlaborallugtmadrid.org)). En Argentina, la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires prohibió la producción, importación, comercialización y uso de fibras de asbesto en sus variedades anfíboles o crisolito, en 2005 (ley n° 1820, del 27/10/2005, publicada en el Boletín Oficial de la Ciudad el 14/12/2005).

desamiantación ordenada y paulatina del tejido productivo europeo, con el menor grado de riesgo posible para quienes tienen que llevarla a cabo.<sup>1474</sup>

El caso del amianto es demostrativo de la tensión permanente entre la imposibilidad de erradicar el uso industrial de una sustancia peligrosa, derivada de una concepción teleológica de la productividad, y la necesidad de adoptar un nuevo modelo de prevención de las enfermedades profesionales, basado en la gestión técnica de su, al parecer, “ineludible” presencia en el medio laboral.<sup>1475</sup>

### III.3 Las enfermedades laborales en la jurisprudencia

A pesar de los avances tecnológicos que permiten detectar la nocividad de ciertos productos (sobre todo químicos) y el mejor diagnóstico de las enfermedades laborales, en la jurisprudencia española son escasos los fallos que tratan esos supuestos y cuando lo hacen, casi siempre es en el marco de la producción de un resultado de lesión o muerte (al igual que ocurre con la aplicación del delito de peligro y los “accidentes - *instantáneos*- laborales”)

Más allá de las dificultades señaladas para la aplicación del tipo penal a los casos de riesgos susceptibles de generar enfermedades “a largo plazo”, la subsunción de los supuestos de hecho en el art. 316, ha sido efectuada en general, sin que se haga referencia alguna a la incompatibilidad entre esta clase de riesgo y la interpretación del precepto como de peligro concreto.<sup>1476</sup> Un caso aislado, dentro de ese panorama, está representado por la SAP Baleares, 2º. 11/03/2010, que no sólo aplica el delito de peligro sin que se haya producido un resultado lesivo, sino que además, parece decantarse por una exégesis del art. 316 compatible con la que aquí se postula como adecuada para la subsunción de esos supuestos (peligro abstracto-concreto).

---

<sup>1474</sup> LOZANO LARES, *Tipología...*, p. 102.

<sup>1475</sup> LOZANO LARES, *Tipología...*, pp. 102/3.

<sup>1476</sup> Así por ejemplo: SAP Madrid, 7º. 22/10/2010. Es un caso donde se aplica el art. 316, en concurso ideal con el delito de lesiones imprudentes, sin que diga nada sobre el peligro concreto. El objeto social de la empresa era entre otras actividades, la de ejecución de trabajos de pintura y chorreo de tuberías, contenedores y aparatos metálicos. Un trabajador, que realizó su trabajo en unas instalaciones que carecían de las mínimas medidas de prevención y sin que se les facilitaran medios individuales de protección, pese a lo peligroso de su actividad, contrajo neumoconiosis.

SAP Alicante, 3º. 30/6/2003: La Audiencia condena a los acusados por diversos delitos de homicidio y lesiones graves causados por imprudencia temeraria profesional, contra la seguridad de los trabajadores, y faltas de lesiones imprudentes. Para la Sala es evidente que la acusada infringió el deber que le incumbía de actuar prudentemente en situaciones peligrosas creadas por ella, y es obvio que la manipulación constante de productos químicos irritantes que se realizaba en su empresa, constituía una actividad peligrosa para la salud de los trabajadores por lo que ha de considerarse previsible para ella la lesión de dicho bien jurídico.

En el fallo se condena al director de un hospital y al jefe de mantenimiento, por el delito del art. 316, en virtud de que los trabajadores de ese centro de salud, eran expuestos a fugas de óxido de etileno, considerado agente cancerígeno, como consecuencia de deficiencias en el funcionamiento de un “autoclave de esterilización”. Respecto del “peligro grave” exigido por el delito, la sentencia considera que se configuró por “el riesgo para las personas que accedían a la sala al quedar expuestas a concentraciones desconocidas de óxido de etileno”, agregando que “Este riesgo no puede ser considerado *meramente abstracto*, pues durante largo tiempo fueron numerosos los trabajadores expuestos a las fugas existentes y en relación con las cuales las medidas adoptadas eran insuficientes. Al margen de sucesos puntuales, es preciso insistir en la *permanente exposición* de los trabajadores a las fugas y exposiciones del gas referido, por lo que el peligro no puede considerarse, como decíamos, *meramente abstracto*. Esta caracterización hace referencia a la *peligrosidad de la conducta en sí misma contemplada*, mientras la de peligro concreto se refiere a la entrada del bien jurídico en el radio de acción de dicho peligro, lo cual sin duda sucedió en el caso que nos ocupa. Si, además, dicho peligro aún resultó más próximo en determinadas ocasiones ello no impide afirmar que era igualmente concreto el antes referido...Por otra parte, el tipo penal, ciertamente, exige que el peligro sea grave, pero no exige que sea, además, concreto, circunstancia ésta referida explícitamente en otros tipos penales (v.g., el delito de conducción con temeridad manifiesta)”<sup>1477</sup>

El razonamiento expuesto en la sentencia, parece fundamentarse en una interpretación del art. 316 como delito de peligro abstracto-concreto. Nótese en ese sentido que conforme a las expresiones que he resaltado, se habla de la “peligrosidad de la conducta” y además la referencia a que el precepto no exige que el “peligro grave” sea concreto. Sin embargo, creo que el texto es confuso, básicamente porque usa el término “concreto”, en referencia al peligro, según dos acepciones diferentes: en primer lugar como sinónimo de “resultado de peligro”, pero también para referirse a un “peligro real” (contrario a uno “meramente abstracto”).

Asimismo, cabe destacar las siguientes sentencias donde se tratan supuestos de enfermedades laborales:

SAP Alicante, 3°. 30/6/2003, nº 262/2003, rec. 29/2002 (resuelto el recurso interpuesto en su contra por STS Sala 2ª de 25 abril 2005 (J2005/131407). (Ardystil). En los años de 1989 a 1993, en varias empresas ubicadas en los términos municipales de Alcoy, Muro de Alcoy y Cocentaina, para la estampación de dibujos en diversas clases de tejidos, se usaba un sistema de impresión con “pistolas” neumáticas, conocido como aerografía. Estas empresas carecían de aspiración localizada sobre las mesas de trabajo, así como de ventilación forzada para la renovación del aire de los locales, el uso de mascarillas para proteger las vías respiratorias de los trabajadores no se hacía cumplir o simplemente no existían las mascarillas o las mismas eran insuficientes para el número de trabajadores o no se renovaban los filtros y en casi todas, para calentar el ambiente, había fuentes de calor como estufas de leña, de gas-oil o de butano. En las condiciones laborales descritas y por el uso continuado de esa mezcla de productos, se produjeron combinaciones, que propiciaban la liberación en el ambiente de tricloroetano, decano y xileno, que

---

<sup>1477</sup> El resaltado me pertenece.

por vía respiratoria afectaba seriamente a los pulmones. La exposición de los trabajadores a estos agentes tóxicos en el ambiente laboral, los afectó en mayor o menor grado y generó molestias en vía respiratoria, hiperreactividad bronquial, bronquitis obliterante con neumonía organizada (B.O.N.O.) y fibrosis pulmonar, causando en varios casos la muerte por insuficiencia respiratoria progresiva. Las pericias realizadas precisaron que no todos los trabajadores contrajeron enfermedad ni los que sí lo hicieron, la sufrieron con la misma intensidad y gravedad, pero todos presentaron un cuadro clínico similar. Los hechos fueron calificados como homicidios y lesiones graves causados por imprudencia temeraria profesional. Se aplicó también el delito del art. 348 bis a) (que se consideró consumido por el delito de resultado -art. 68 del CP-).

Cabe resaltar que en el fallo reseñado se aplicó el art. 348 bis a), a pesar de que no hacía referencia al bien jurídico “salud” del trabajador. En el supuesto allí tratado, puede verse cómo en el caso de las enfermedades laborales es mucho más intenso el “componente individual”, porque la enfermedad es el resultado de cómo el cuerpo (de cada quien) procesa la acción continua o reiterada de un factor de agresión. Esta circunstancia tiene diferentes implicancias:

En primer lugar genera la dificultad de determinar cuándo se produce el “peligro grave”, es decir, cuándo la peligrosidad del incumplimiento de las medidas de prevención es *apta* para producir la enfermedad, teniendo en cuenta que ésta depende de las condiciones individuales de cada trabajador. En segundo término, esto se relaciona también, con la problemática del *riesgo laboral individual* señalado antes. Es decir, la mayor posibilidad que tiene el empresario infractor en estos casos, de conocer los factores de riesgo personales del trabajador expuesto al peligro, ya que se trata de una conducta permanente o reiterada y no de un incumplimiento “aislado” de las medidas de seguridad, situación que dependiendo de la intensidad de ese conocimiento, podría llegar a configurar un caso de tentativa de lesión.<sup>1478</sup>

Esta circunstancia puede apreciarse con más claridad, en el siguiente fallo, aunque no se haya imputado el delito del art. 316.

SAP Zaragoza, 3°.7/4/2005. La empresa se dedicaba a la producción de espumas aislantes acústicas de polituretano, mediante procesos de moldeo de inyección en moldes cerrados de una mezcla de varias sustancias, algunas de ellas tóxicas.- Pedro Jesús trabajó en la citada empresa desde el 2 de febrero de 1989 al 26 de octubre de 1998, fecha en la que se declaró su incapacidad permanente total (hoy absoluta) derivada de una enfermedad profesional -asma bronquial ocupacional- que contrajo en la citada empresa. En 1994 se le diagnosticó a Pedro Jesús una enfermedad pulmonar obstructiva crónica con importante deterioro de la función pulmonar, no fue dado de baja, sino que siguió tratamiento médico, sin embargo fue empeorando progresivamente hasta que el 9 de febrero de 1998 fue dado de baja por enfermedad profesional. En el

---

<sup>1478</sup> Ver capítulo IV.

fallo se sostuvo que *la sensibilidad de Pedro Jesús es más elevada de lo normal y responde excesivamente frente a esas sustancias*. Por ello, cualquier contaminante ambiental inespecífico (vapores, humos, materiales en suspensión, etc.) que en otras personas no producirían efectos patológicos porque están por debajo de cifras consideradas como límites aceptables, en este caso, pueden generar respuestas de "enfermedad". No es posible individualizar estas sustancias precisamente porque pueden ser prácticamente todas aquellas que se puedan inhalar y sean extrañas a nuestro organismo. Se concluye que no ha quedado demostrada la relación de causalidad entre la actividad laboral específica que el trabajador desempeñaba y su posible desarrollo de la enfermedad; es más, esas mismas funciones realizadas por otros operarios no han provocado en éstos esa enfermedad profesional. *Por todo lo cual y teniendo en cuenta que su padecimiento tiene una etiología relacionada con una hiperactividad inespecífica de carácter bronquial, de forma que la receptibilidad a cualquier sustancia es muy acentuada (aún siendo cierto que pudo resultar inadecuado el trabajo desempeñado en esa empresa)* son cuestiones que no pueden perseguirse y ser sancionadas en vía penal, al no estar acreditada la directa relación causa efecto. Estimando el recurso de apelación formulado por los acusados, la Sala les absuelve de delito de lesiones imprudentes por el que fueron condenados.

Creo que en este caso se ve claramente, en el texto resaltado, que la infracción cometida tiene que ver con no asignar una tarea adecuada al "trabajador sensible" luego que se le detectara la enfermedad, así se pone de manifiesto la relevancia de ese ilícito administrativo y que debería estar abarcada por la conducta típica del art. 316. Puede suceder que la sensibilidad al factor de agresión no sea propia o personal del trabajador, sino que haya sido "adquirida", es decir, originada por la actividad laboral desarrollada en la empresa, lo que revela, con más razón, la necesidad de rotarlo de función para alejarlo de ese foco de riesgo. Esta situación se observa en el siguiente caso.

Jdo. de lo Penal nº 1, Valencia, S 8/6/2015, nº 234/2015, nº autos 418/2014. En este fallo se condena al acusado por el delito de lesiones por imprudencia grave (respecto cinco trabajadores) y un delito contra los derechos de los trabajadores, en concurso ideal. La empresa Porsan S.A., fabricaba elementos de alto contenido en sílice, cuyo polvo, al ser inhalado en su forma cristalina y *de modo continuado*, puede producir la enfermedad de la silicosis. En todo caso, *el diagnóstico de la enfermedad determina que el trabajador deba ser retirado de la fuente de exposición al polvo de sílice, con el fin de evitar la agravación de la enfermedad*. Cinco trabajadores de dicha empresa, debido a las elevadas concentraciones de polvo de sílice que aspiraron *durante su actividad laboral en la fábrica* contrajeron la silicosis. Pese a que conocía el riesgo de silicosis que derivaba de la manipulación de las materias primas que se utilizaban en la empresa, el imputado (director de producción) -dentro de sus facultades de dirección-, *mantuvo procedimientos y prácticas que incrementaban el ambiente pulvígeno de la factoría*. Los peritos se han mostrado coincidentes en advertir que el riesgo está asociado a determinadas actividades laborales, y que *no se han descrito casos de silicosis debida a una exposición ocasional o aislada, ya que incluso en las formas agudas es precisa una exposición prolongada durante meses*. Los hechos son constitutivos del art. 316. En efecto, en Porsan no hubo sistemas de aspiración ni de ventilación eficaces, ni el trabajo se realizaba en compartimentos aislados, lo

que generaba un ambiente pulvígeno en la fábrica, ni se facilitaron a los trabajadores suficientes medidas de protección individual, ya que las mascarillas no se entregaron a todos los trabajadores, ni se controló su uso ni se facilitaban diariamente. Desde luego, no puede considerarse un procedimiento eficaz de eliminación del polvo de sílice, la práctica extendida en Porsan de barrer los puestos de trabajo y de repasar las piezas en seco, sin un sistema de aspiración localizada, como ocurría en colaje.

Nótese que estos supuestos en los que trabajadores contraen la enfermedad por inhalación de polvo, demuestran que el riesgo de enfermedades laborales, no sólo está relacionado con la no provisión de medios personales, sino con infracciones cometidas en el marco de la organización del trabajo y también con cuestiones ambientales y de edificación.<sup>1479</sup> La relevancia de los incumplimientos de medidas de seguridad en estos sectores de riesgo, ha sido destacada al tratar las falencias en el diseño de la cláusula de especificación de la conducta del art. 316, que no abarca estos incumplimientos.

En un fallo muy reciente, del Jdo. de lo Penal nº 1, Bilbao, S /10/2016, nº 293/2016, nº autos 236/2014, se planteó la siguiente cuestión: en una marmolera, antes de 1999, para el desarrollo de su actividad de instalación de encimeras -que antes se hacía sobre granito-, se comenzó a adquirir tableros de aglomerado de cuarzo (Silestone). La empresa que elaboraba el producto, no realizó las fichas de seguridad hasta el año 2005/6 y no consta que fueran remitidas a la marmolera, hasta el año 2009. El Servicio de prevención ajeno contratado por la marmolera, sólo constató un “riesgo moderado” respecto de la manipulación del silestone, disponiendo como única medida de seguridad, las mascarillas, pero no otras que hubieran sido apropiadas, por ejemplo el corte húmedo y la aspiración de polvo. Debido a ello y a la falta de información sobre el silestone, los trabajadores efectuaron sus tareas laborales sin las medidas de seguridad adecuada, contrayendo seis de ellos silicosis, detectadas en 2008. En la sentencia, se consideró que si bien las medidas preventivas no fueron suficientes, lo cierto es que el riesgo no fue detectado y tampoco era conocido en el sector (ubicándose en la época de los hechos). Por ello, no imputa el delito del art. 316 a los directivos de la marmolera. Tampoco a los productores del silestone, por entender el juzgador que éstos no pueden ser sujetos activos del art. 316 (no tenían vínculo laboral con los afectados). Con relación al delito de lesiones, también los absuelve por encontrarse prescrito.

Además de la cuestión relacionada con la incompatibilidad del peligro concreto, el tema de las enfermedades profesionales puede generar otras cuestiones problemáticas. Veamos.

---

<sup>1479</sup> Como por ejemplo en el ya citado caso de la SAP Baleares, 2º. 11/03/2010. Por otra parte, en el fallo del Jdo. de lo Penal nº 1, Valencia, S 8/6/2015, nº 234/2015, nº autos 418/2014 (caso de silicosis), se destacó que “no se organizó en general ningún sistema de rotaciones de trabajadores en la jornada laboral para evitarles la continua dedicación a las tareas más expuestas a los agentes nocivos.” También relacionado con la incidencia de un factor ambiental, la SAP Madrid, 7º.12/02/2009 trata el caso de un socorrista que contrajo un melanoma, pero el tribunal no imputa el delito de lesiones, porque si bien se señala que la exposición al sol incrementa el riesgo de contraer esa enfermedad, no se consideró probada la relación de causalidad.



El largo período de latencia en el caso de las enfermedades derivadas del amianto, supone un escollo, en algunos casos insalvable, para acreditar el elemento constitutivo del delito previsto en el artículo 316 del Código Penal consistente en “la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales” (cláusula de bloqueo). Así, en estos casos concretos, ha de tenerse en cuenta que la enfermedad se diagnostica tras un periodo de entre veinte y cuarenta años desde que fue contraída, y la legislación a este respecto ha variado mucho a medida que se fueron conociendo las nefastas consecuencias del contacto con el amianto. De hecho, hasta 1982 no existió en España una legislación específica en cuanto a las condiciones en las que debían realizarse los trabajos en los que se manipulaba dicha sustancia, sucediéndose desde entonces los Reglamentos relacionados con trabajos en los que está presente este riesgo.<sup>1480</sup>

En otro orden de ideas, ha de tenerse en cuenta si es correcta la aplicación del concurso de delitos cuando se acredita que la enfermedad se contrajo en un período más o menos determinado, y tras ello la empresa continúa con la misma política de no facilitación de medios de seguridad a los trabajadores. En ese supuesto, ante una sucesión de diferentes sujetos responsables en la empresa, algunos responderían por un delito contra la seguridad en el trabajo en concurso ideal con un delito de lesiones (u homicidio) imprudente y otros sólo por el delito de riesgo. Así se recoge en la SAP Madrid, 7º. 22/10/2010 que analiza un caso de silicosis relacionado causalmente con una actividad de limpieza por chorreo de aparatos metálicos: determinada la existencia de una neumoconiosis por sílice en uno de los trabajadores ya en 1999, uno de los acusados resulta absuelto del delito de lesiones imprudentes al haber accedido al cargo de administrador de la mercantil *con posterioridad a tal fecha*, siendo únicamente condenado por el delito de riesgo.<sup>1481</sup> Esta sentencia pone sobre el tapete la siguiente cuestión: el resultado “enfermedad” se produce en algún momento durante la ejecución progresiva del delito de lesiones imprudentes. Ahora bien, lo relevante para la aplicación del art. 316 (en la interpretación aquí postulada), es la “idoneidad” de la conducta peligrosa para provocar la enfermedad. En este contexto, una vez que el

---

<sup>1480</sup> MIRANDA HERRÁN, *Ponencia...*pp. 13 y ss. En este sentido, SAP Alicante, 1º. 28/12/2006: Se desestima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, y la adhesión de la acusación particular, contra sentencia absolutoria dictada en causa seguida por delitos contra los derechos de los trabajadores y de homicidio imprudente. El Tribunal constata que todos los trabajadores respecto de los que se ha comprobado que padecían enfermedades relacionadas con el asbesto, las contrajeron en fecha que no puede determinarse con exactitud, pero anterior a la fecha en que las infracciones laborales en materia de medidas de seguridad e higiene únicamente constituían infracciones administrativas.

<sup>1481</sup> MIRANDA HERRÁN, *ibidem*.

trabajador ya ha contraído la enfermedad, si se sigue ejecutando el comportamiento infractor de las medidas de prevención, ese requisito típico (idoneidad) ¿desaparece? ¿o puede tenerse en cuenta a esos efectos una eventual “agravante” de la enfermedad (en el caso que exista esa posibilidad)?

Otra cuestión relacionada con las enfermedades laborales es la posible responsabilidad penal del médico de empresa, respecto del que cabe preguntarse si sería posible imputarle un delito contra los derechos de los trabajadores. Si bien habría de estudiarse caso por caso, si se acreditara una *mala praxis* en el seguimiento de la salud de los trabajadores y en la prevención de enfermedades causadas por las condiciones laborales, tal vez pueda configurarse su responsabilidad por delegación, ya que el médico de empresa puede ostentar funciones de dirección del ámbito “vigilancia de la salud” (y de ese modo ser un “organizador” de una de las facetas del proceso productivo) obligación que impone la normativa de prevención de riesgos laborales al empresario (podría llegar a ser un “encargado de servicio”). Sin embargo, esta conclusión sólo parece adecuada en el caso de Servicios de Prevención propios, puesto que en los supuestos de Servicios de Prevención Ajenos con concierto de vigilancia de la salud, los médicos de las Mutuas que realizan los reconocimientos médicos siguen los protocolos de actuación que determinan los responsables del área médica de dicho Servicio de Prevención, por lo que la imputación de los facultativos sería discutible y cabría atribuir responsabilidad a aquéllos.<sup>1482</sup>

#### **IV Caracterización dogmática del tipo penal del art. 316**

##### **IV.1 Introducción**

La consideración de la cláusula de nivelación (peligro grave) como de peligro concreto o abstracto, influye en la determinación de la naturaleza jurídica del delito de art 316.

Así, y a partir de su exégesis como delito de resultado (de peligro concreto) es considerado por un sector de la doctrina como un delito de omisión impropia.<sup>1483</sup>

Desde esta óptica se ha señalado que entre la no acción y la producción del resultado sólo existe una causalidad hipotética y para poder imputar el resultado de peligro concreto, como si su producción fuese equivalente a una causación directa, es necesario que la obligación incumplida hubiere sido, en caso de cumplirse, suficiente para evitar

---

<sup>1482</sup> MIRANDA HERRÁN, *Ponencia...*, p. 12

<sup>1483</sup> AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, pp. 201 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, *La siniestralidad...*, pp. 85/86; RAMÍREZ BARBOSA, *El delito...*, p. 177, ESCAJEDO SAN EPIFANIO, *Actualidad Penal*, N° 38, pp.825 y ss.; PURCALLA BONILLA, *Aranzadi Social*, N° 5 p.1663.

el resultado. Para esta postura se trata en definitiva de un supuesto de comisión por omisión, similar a los genéricamente recogidos en el art 11 CP, con la particularidad de que en este caso se seleccionan en concreto algunos elementos de los típicos de la comisión por omisión, algunos de ellos recogidos expresamente en el 316 y otros de ellos que, dado el contexto y la normativa extrapenal, deben presuponerse.<sup>1484</sup>

En mi opinión, no creo que haya de entenderse a esta figura típica, como una omisión impropia, sino más bien como un delito de “omisión pura de garante”<sup>1485</sup>, es decir, de gravedad intermedia entre uno de comisión por omisión y uno de omisión pura.

Ello por cuanto, según se ha venido desarrollando, los elementos definitorios de la naturaleza del art 316 son: omisión, posición de garante y ausencia de resultado.

#### **IV.2 El art. 316 como “omisión pura de garante”**

En efecto, según la interpretación aquí sugerida se trata de un delito de peligro abstracto-concreto, de ese modo, y a diferencia del delito de omisión impropia, en el art. 316 *no hay desvalor de resultado*. Por otro lado, el empresario ostenta la posición de garante de control de un foco de peligro (proceso productivo), lo que descarta su naturaleza de omisión propia.

AGUADO LÓPEZ descarta que el art. 316 sea un delito de omisión pura, luego de compararlo con el art. 195 CP. En ese sentido, destaca que en el art. 195, el sujeto activo se encuentra ante una situación de peligro grave o concreto antes de que omita el mandato que alberga ese precepto y se le castiga precisamente por ese no hacer. Concluye que en este caso, el sujeto que omite no puede responder por un resultado de peligro más grave que derive de su omisión, porque el peligro concreto es anterior a su conducta omisiva, y tampoco por el resultado lesivo para la vida o salud que posteriormente sí podría derivar de su omisión, pues claramente la pena prevista es ridícula al lado de la de los delitos de homicidio o lesiones.<sup>1486</sup> Ahora bien, lo que la autora no tiene en cuenta es que en el art. 195 se releva la

---

<sup>1484</sup> ESCAJEDO SAN EPIFANIO, *Actualidad Penal*, N° 38, pp. 825 y ss. En cuanto a la jurisprudencia, se entiende en general que es un tipo omisivo, STS 2°. 12/11/98 o más propiamente una infracción de deber, STS 2° 29/07/02, SAP Burgos, 1°. 5/11/2007 y SAP Madrid, 1°. 19/07/12. En otros pronunciamientos se lo señala como un delito de comisión por omisión, ya que exige un resultado de peligro concreto que debe estar conectado jurídicamente a la conducta omisiva, STS 2°. 26/09/01, SAP Málaga, 2°. 3/02/06, SAP Madrid, 30°. 2/03/12. Para la jurisprudencia mayoritaria se trata de un tipo de omisión al que se asocia un resultado de peligro concreto. La conexión entre omisión y peligro concreto es reconocida por la STS 2°. 26/07/00, refiriéndose a una suerte de “relación de causalidad entre la falta de medios y el peligro grave para la vida, salud e integridad física de los trabajadores”. Con esa expresión se apunta a la dificultad de hablar de relación de causalidad en sentido estricto en conductas omisivas, lo que no impide aplicar criterios habituales de imputación objetiva en materia de comisión por omisión. Pero otras sentencias admiten que la conducta puede realizarse activa u omisivamente -SAP Tarragona, 2° 2/01/06; SAP Cuenca, 21/02/01- (De VICENTE MARTÍNEZ, *La respuesta...*, pp.80/ 82).

<sup>1485</sup> Categoría introducida por SILVA SÁNCHEZ (*El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bs As, 2003, pp.419 y ss.).

<sup>1486</sup> *El delito...*, pp. 209 y ss.

infracción de un deber (mínimo) de solidaridad que le corresponde a todos, a diferencia del art. 316, donde la infracción corresponde a un deber de seguridad que sólo le corresponde al empresario, por tener la posición de garante (control del foco de riesgo). En el art. 316, el sujeto activo antes de su conducta omisiva típica, también se encuentra ante una situación de peligro, pero de *riesgo permitido* en la actividad que él organiza y luego de su omisión típica (omisión de medidas de seguridad para evitar el *incremento* de ese riesgo permitido) hay un peligro abstracto-concreto *penalmente relevante*-, antes de que se produzca el resultado de peligro concreto, por eso es de gravedad intermedia. Si a consecuencia de esa omisión se produce el resultado lesivo (que afecta al trabajador) sí se le imputa éste al sujeto activo del art. 316, porque es el garante de que el foco de peligro no produzca un incremento del riesgo y si se produjo la lesión habrá infringido sus deberes de aseguramiento y luego los de salvamento. Por el contrario, al sujeto activo del art. 195, sólo se le impone un deber positivo, que no constituye un deber de salvamento por infracción de sus deberes de aseguramiento (el bien jurídico ya se encontraba bajo el efecto de un peligro que le era ajeno a ese sujeto). En conclusión, para efectuar una comparación realista del art. 316 con un delito de omisión, debe hacerse con relación a un delito de *omisión de garante*. En ese sentido, sería más adecuado compararlo con el art. 196, con el que comparte una estructura muy similar.

En los tipos de omisión pura (por ejemplo, la omisión de socorro), hay una infracción de un deber de solidaridad, un deber positivo que le impone el tipo penal a *todos* ante ciertas situaciones (una especie de deber de salvamento (mínimo) sin necesidad de infracción previa de deberes de aseguramiento), en cambio en el art. 316, hay infracción de los deberes de aseguramiento, antes de que se active el deber de salvamento -en su interpretación como de peligro abstracto-concreto-. En el delito de omisión impropia, la mayor gravedad proviene de que el autor ha infringido, *tanto los deberes de aseguramiento, como los de salvamento* -por eso se imputa el resultado a la omisión-, que sería el caso del empresario que infringe su deber de brindar condiciones seguras y también su deber de vigilar e intervenir para salvar los bienes jurídicos puestos en peligro, que finalmente terminan lesionados.<sup>1487</sup> En el art. 316 sólo se infringen los deberes de aseguramiento, antes que se activen los de salvamento, por eso es menos grave: esa infracción no ha producido resultados (ni de peligro ni de lesión).

Por otra parte, no se trata de un caso de “deberes de solidaridad cualificada”, la posición de garante del empresario no deriva del especial *status* del autor frente a la víctima -deber positivo- sino del deber de revocar la usurpación de una organización ajena. Mientras que en el caso de los *deberes positivos* (solidaridad cualificada) éstos existen

---

<sup>1487</sup>Desde esta lógica, la conducta típica de irrogación del daño siempre contiene -además del elemento primario de la conducta de “no aseguramiento” (“producción” en términos del art 11 CP) del riesgo, también un elemento secundario consistente en un momento de “no-salvamento”. Independientemente de los problemas de concreta ejecución, sólo se fundamenta responsabilidad *por el resultado* si se genera el riesgo efectivamente y después *no se salva efectivamente*. Ese segundo momento es derivado del primero. El salvamento se trata de la revocación de los riesgos que surgen de la propia esfera autónoma (DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia...*, pp. 777/8).

con independencia de la conducta previa del autor (como padres frente a hijos), en el caso del deber de seguridad del empresario, éste deriva de que es el organizador de un ámbito peligroso, en el que está inmerso el trabajador. Su deber de seguridad está asignado por las normas de prevención de riesgos laborales. Esa asignación no es una responsabilidad institucional, como una especie de tributo impuesto a los empresarios por el hecho de serlo, sino como algo mucho más básico: como la concreción del principio fundamental *neminem laedere*. Se imponen estos deberes a quien tiene potestad de dirección o de supervisión del trabajo de otros, es decir, una competencia *por facultad de organización del proceso productivo*. En este sentido, si el proceso de producción es peligroso, la adecuada contención de esos peligros corresponde a quien produce.<sup>1488</sup>

La infracción de los deberes de aseguramiento del empresario puede llevarse a cabo no facilitando los medios necesarios o haciéndolo defectuosamente. Esto ha llevado a un sector doctrinal a decir que puede tratarse de un delicto activo u omisivo, pero como bien señala AGUADO LÓPEZ, eso es confundir la naturaleza jurídica de la conducta con su forma física de ejecución. Desde el punto de vista jurídico, la conducta es omisiva porque el sujeto no hace lo que espera el ordenamiento jurídico: cumplir con el estándar de seguridad, pero desde el punto de vista fáctico, esa omisión puede llevarse a cabo tanto a través de un hecho activo como omisivo. En Derecho penal, la omisión es un concepto normativo que no coincide totalmente con el concepto físico de omisión.<sup>1489</sup>

Sentado lo expuesto, tenemos entonces un delito de omisión que no es impropia porque no genera un resultado (ni de peligro ni de lesión), que no es una simple “omisión propia” porque el empresario tiene la posición de garante, pero no por un deber de solidaridad cualificado, sino por ser organizador de un ámbito peligroso. En base a estos elementos del delito del art 316, podemos definirlo como un “delito de omisión pura de garante-organizador.”

#### **IV. 3 El art. 316 como delito especial**

---

<sup>1488</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Derecho penal de la construcción*, p. 550.

<sup>1489</sup> *El delito...*, pp. 203/4.

Que se trate de un delito especial, (donde el sujeto activo es el “legalmente obligado”) no quiere decir que configure un delito de infracción de deber como sostiene un sector de la doctrina.<sup>1490</sup>

En efecto, si bien es verdad que en la empresa tienen lugar solapamientos de deberes de distinta naturaleza, corresponde distinguir, aunque no es tarea fácil, entre los deberes derivados de un rol específico y los derivados de un rol general en el contexto de una posición particular, es decir, en el ámbito de la propia esfera de organización personal, en el seno de la empresa. Los primeros se refieren a la vinculación de esferas, característica de los “delitos de infracción de un deber” -siendo su contenido normativo-, mientras que los segundos se limitan a la propia esfera de organización, en los que el criterio de imputación se basa en la creación o aumento del riesgo no permitido -siendo por el contrario, de carácter predominantemente factico o circunstancial-.<sup>1491</sup> Es decir, la propia organización conjunta de distintas personas, de manera que todas ellas se unen en una sola obra, es un factor de imputación ciertamente distinto del que se deriva de la estricta infracción de un deber; no obstante algunos delitos de dominio están estructurados formalmente como delitos especiales.<sup>1492</sup>

Ese es precisamente el caso del art. 316, en el que pueden distinguirse dos elementos: a. uno normativo y que consiste en la infracción del deber de seguridad y b. uno “situacional”, que es la exigencia de la elevación del riesgo (permitido), esto es, el peligro penalmente relevante (peligro grave). El primer elemento es necesario pero no suficiente, no es el “núcleo” de la prohibición como en los del de infracción de deber, sino que *a través de esa infracción* (cláusula de bloqueo), se debe incrementar el riesgo (peligro grave) para que la conducta sea típica (cláusula de nivelación), configurándose una relación de medio a fin.<sup>1493</sup>

El fundamento del dominio del riesgo típico en el delito previsto en el art. 316, reside en el ejercicio de una función social que coloca al autor del delito especial en una posición especial de dominio respecto del ámbito de actividad social en el que se halla implicado

---

<sup>1490</sup> GARCÍA ARÁN, La protección penal de la seguridad en el trabajo en el Código penal vigente y en el Proyecto de Código Penal de 1992, en TERRADILLOS BASOCO (dir.) *Derecho penal del trabajo y derecho administrativo sancionador*, Cádiz, 1992, p 24; GARCÍA CAVERO, *DPE-PE*, pp. 1305 y ss.; De RIVAS VERDES-MONTENEGRO, *El accidente de trabajo...*, p. 32. Para ARROYO ZAPATERO es la infracción de un deber de seguridad (*Manual...*, p. 155).

<sup>1491</sup> AGUSTINA SANLLEHÍ, *El delito en la empresa*, pp. 168/69.

<sup>1492</sup> AGUSTINA SANLLEHÍ, *ibídem*.

<sup>1493</sup> En este sentido se expresa MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, quien señala que, si bien es un delito especial propio, ello no prejuzga su caracterización material como delito de dominio o de infracción de deber. Se trata de un delito de naturaleza mixta, idéntica a la que cabe predicar de otros delitos socioeconómicos como los contenidos en los arts. 279, 282 bis, 289 o 305 CP (*DPE*, p. 868).

el bien jurídico. Debido a ello, el bien jurídico se presenta, frente al *intraneus* como especialmente vulnerable.<sup>1494</sup>

---

<sup>1494</sup> GÓMEZ MARTÍN, *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, p.238.

## CAPITULO VII

### ***ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO. PROPUESTA DE TIPO PENAL PARA EL C.P. ARGENTINO***

***Análisis de los tipos penales de peligro mencionados en el capítulo I: de Perú, Paraguay, Uruguay y de los Anteproyectos de Reforma al CP argentino y al CP chileno. Propuesta de tipo de tipo penal para el ordenamiento jurídico argentino.***

En este capítulo final se hará un breve análisis de la estructura típica de los preceptos mencionados en el capítulo I, en tanto manifestaciones de la tendencia regional (América Latina) a introducir el delito de riesgos laborales. Ese análisis nos brindará nuevos elementos, que junto a las conclusiones de lo desarrollado en el capítulo VI respecto del art. 316 CP español, serán tenidos en cuenta en la elaboración de la propuesta del tipo penal para el CP argentino que se brindará aquí, como corolario de esta investigación.

#### **I. Análisis de los tipos penales de peligro mencionados en el capítulo I.**

Una vez determinada en el capítulo anterior, la estructura a la que debe responder el delito de peligro en este ámbito de los riesgos laborales (cláusulas de bloqueo, de especificación de la conducta y de nivelación del peligro), estamos en condiciones de analizar los tipos penales de Perú, Paraguay, Uruguay y de los Anteproyectos de Reforma al CP argentino y al CP chileno<sup>1495</sup>, confrontándolos con los parámetros aquí propuestos.

##### **I.1 Art. 124.3 del Anteproyecto de Reforma al Código Penal argentino**

El Anteproyecto de Reforma al código penal argentino establece en su art. 124.3, que:

“Será penado con multa de QUINCE (15) a CIENTO OCHENTA (180) días, el que omitiere proveer a sus trabajadores de los medios necesarios para ejercer su actividad en las condiciones de seguridad y salud que impusieren las leyes o reglamentos”.

Este tipo penal presenta una cláusula de especificación con una redacción “indirecta”, porque tipifica la omisión de proveer los medios, no “establecidos por la ley”, sino los necesarios para que los trabajadores ejerzan su actividad “en las condiciones de seguridad y salud que imponen las leyes.” Este rodeo del tipo, parece dar al término

---

<sup>1495</sup> Tratados en el capítulo I.



“medios”, un contenido amplio, asimilándolo a la expresión “medidas”, ya que en definitiva alude a *condiciones* de seguridad y salud. Sin embargo, utiliza un verbo restrictivo, “proveer”, que no se condice con la amplitud asignada a “medios”. En efecto, proveer es suministrar o proporcionar, y en ese sentido no todas las medidas de seguridad se “proveen” (por ejemplo, una adecuada organización del trabajo, una asignación de tareas acorde a las características individuales del trabajador, entre otras). Con esta redacción, a pesar de describir una *aparente* modalidad comisiva -“omitir proveer medios”-, el precepto no delimita realmente la conducta prohibida, sino que remite ilimitadamente al acervo prevencionista -que además de las leyes, incluye reglamentos-. De este modo, la cláusula de especificación no cumple su función porque no tiene la debida independencia respecto de la normativa de remisión (y presenta la misma problemática del art. 316, en cuanto a la interpretación de “medios”, aunque usa un verbo menos amplio que “facilitar”). Esta situación de indefinición del comportamiento típico, se ve potenciada en un marco normativo administrativo-laboral disperso y caótico como el argentino. Sin embargo, cabe resaltar que es una ventaja que refiera expresamente a tanto a normas como a reglamentos, despejando las dudas sobre la remisión a estos últimos (quedan excluidos los convenios colectivos).

Pero lo que realmente sorprende de este tipo penal es la ausencia de una cláusula nivelación del peligro. En efecto, según el tenor literal, no necesariamente esa “omisión de proveer los medios” debe ser “penalmente” peligrosa. En este sentido, al remitir a las condiciones de seguridad y salud *impuestas por la norma extrapenal*, parece requerir sólo el peligro propio de las infracciones administrativas peligrosas, según el criterio del ordenamiento laboral. Es decir, el precepto no define el riesgo que pretende abarcar.

Este esquema legislativo remite a un modelo de accesoriedad *completamente dependiente*, es decir, donde la infracción a la norma extrapenal de seguridad equivale a la comisión del delito, convirtiéndolo en un delito de mera desobediencia administrativa, asignando al Derecho penal, una simple función de “gendarme” de la legalidad extra penal.<sup>1496</sup> Esta redacción típica, ignora completamente la función que debe cumplir la cláusula de nivelación: nivelar el peligro de la contravención administrativa a un peligro *compatible con la intervención del Derecho penal*. La necesaria nivelación del peligro, señalada aquí como esencial, tiene el objetivo de dotar

---

<sup>1496</sup> HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, pp.98/99. Ver también, De la MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente...*, pp.76 y ss.

de relevancia jurídico-penal únicamente a aquellos riesgos laborales especialmente graves. Por eso la ausencia de esa cláusula, además de dificultar la delimitación del delito respecto de los ilícitos administrativos, le resta legitimación a la intervención penal en este ámbito jurídico-laboral.<sup>1497</sup> Es en la exigencia *típica* de ese “plus” en el riesgo creado por la infracción administrativa, donde se pone de manifiesto la interpretación correcta de los principios políticos criminales de intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad.

Por otro lado, el tipo penal analizado, tampoco contiene una descripción del sujeto activo. A pesar de que un delito de peligro en este ámbito, configura un *delito especial*, aquí se usa una fórmula propia del delito de resultado imprudente: “el que...”, aunque posteriormente haga referencia “...a sus trabajadores”. Esta última expresión denota que la protección se dirige a los trabajadores en relación de dependencia.

La indeterminación del sujeto activo, a veces esconde una finalidad no confesada: afirmar la responsabilidad penal del trabajador, para así disminuir la del empresario. Extender legislativamente la posibilidad de que pueda responder cualquiera, convirtiendo el delito especial en uno común, significa expandir sin límites y sin fundamento el ámbito de los posibles sujetos activos, desconociendo que el precepto criminalizador sólo se justifica porque el peligro viene acompañado de la *infracción del específico deber de seguridad* que no compete a todos los ciudadanos, sino a un círculo muy restrictivo y acotado por sus facultades -directivas, organizativas y disciplinarias- y consiguientes obligaciones en las relaciones de trabajo.<sup>1498</sup>

En cuanto a la pena contemplada en este precepto, es irrisoria y además, según se ha explicado, la pena de multa carece de la fuerza estigmatizadora de la pena de prisión y se puede internalizar como costos, en el balance de gastos de la empresa. Es por eso que aquí se ha concluido en la necesidad de que el delito de peligro postulado, que adelanta la tutela a un momento previo a la muerte o lesión, sancione con *pena de prisión* la omisión de brindar condiciones seguras de labor, poniendo en peligro la vida y salud de los trabajadores. Esa amenaza de pena (prisión) puede ser eficaz para lograr el cumplimiento de la normativa de prevención de quienes, ni las indemnizaciones ni las sanciones administrativas han sido suficientes para motivarlos en la norma.<sup>1499</sup>

---

<sup>1497</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, pp.111 y 311.

<sup>1498</sup> TERRADILLOS BASOCO, *RDP N° 22, 12/2014*, p. 67.

<sup>1499</sup> MALET VÁZQUEZ, *RDP N° 22, 12/2014*, p. 24, con cita de TERRADILLOS BASOCO, respecto de la situación en Uruguay.

## **I.2 Art. 168 A del Código Penal de Perú**

El artículo 168 A del CP peruano establece que:

“El que, deliberadamente, infringiendo las normas de seguridad y salud en el trabajo y estando legalmente obligado, y habiendo sido notificado previamente por la autoridad competente por no adoptar las medidas previstas en éstas y como consecuencia directa de dicha inobservancia, ponga en peligro inminente la vida, salud o integridad física de sus trabajadores, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si, como consecuencia de la inobservancia deliberada de las normas de seguridad y salud en el trabajo, se causa la muerte del trabajador o terceros o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años en caso de muerte y, no menor de tres ni mayor de seis años en caso de lesión grave.

Se excluye la responsabilidad penal cuando la muerte o lesiones graves son producto de la inobservancia de las normas de seguridad y salud en el trabajo por parte del trabajador.”

Este delito de peligro agrega a las cláusulas que aquí se han considerado fundamentales en estos tipos penales, un nuevo elemento típico: la necesidad de la notificación administrativa previa al empresario, de que no ha cumplido con la normativa de prevención. Coincido en este punto con la doctrina peruana, en que esta exigencia constituye una especie de “candado” u obstáculo para aplicar el precepto, inclinando con ello la balanza legislativa, en favor del posible sujeto activo. Se trata de un particular modelo de intervención penal, que se ha denominado de “incumplimiento contumaz” de las normas de prevención de accidentes laborales. En este sistema “el tipo se construye sobre infracciones ya constatadas por la Administración, las que a su vez permiten focalizar la fiscalización en la ulterior evolución de la situación empresarial en la materia, ofreciendo una base sólida de aplicación, pero sólo respecto de las infracciones posteriores, ya que respecto de la primera, su detección presenta las mismas dificultades que enfrentan los delitos de peligro.”<sup>1500</sup>

En mi opinión, el recurso a la notificación previa de la Administración no es conveniente, no sólo porque restringe la aplicación del tipo penal, sino porque además introduce dudas acerca de su implementación.<sup>1501</sup> Es decir, sobre si es necesario o no la sustanciación de un procedimiento administrativo previo a la notificación y demás cuestiones de trámite.

---

<sup>1500</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, *Derecho Penal Laboral*, pp.81 82

<sup>1501</sup> Esta situación de desconcierto se ha puesto de manifiesto en las diferentes interpretaciones de la doctrina peruana sobre qué quiere decir exactamente esa notificación previa (ver capítulo I).

Además, esta exigencia es más compatible con un delito de peligro abstracto y no concreto, por las dificultades de su constatación por parte de la autoridad administrativa. Finalmente, creo que la necesidad de la intervención de un organismo ajeno al Poder Judicial, cuando ya se produjo la infracción de la normativa de seguridad laboral y la puesta en peligro los trabajadores, pero antes de iniciarse el proceso penal, puede dar lugar a actos de corrupción por parte del sector empresarial para evitar la notificación formal y postergar así, la denuncia penal.

La delimitación del sujeto activo es pasible de las mismas críticas que el art. 316 CP español, ya que refiere al “legalmente obligado”. También es criticable que no contemple expresamente casos de delegación por parte del eventual autor (en principio, el empresario).

Los sujetos pasivos son los trabajadores en relación de dependencia, esto se desprende del uso del artículo posesivo “sus” (trabajadores).

El término “deliberadamente”, excluye el dolo eventual, que en este tipo de delitos es muy común. Sin embargo, es compatible con lo que se ha señalado, en el sentido de que se tipifica aquí una “infracción contumaz” de la norma de prevención laboral.

El tipo exige un “peligro inminente”, que puede interpretarse como peligro concreto -así lo hace mayormente la doctrina peruana-<sup>1502</sup>. Pienso que la exigencia relativa a que la puesta en peligro sea “consecuencia directa” de la inobservancia, refuerza la interpretación de que se trata de un *resultado* de peligro. Nótese que no se requiere que el peligro sea “grave”, bastará con que sea inminente, aunque leve. De este modo, la cláusula de nivelación del peligro no está correctamente formulada, teniendo en cuenta: en primer lugar, que según se ha demostrado aquí, lo indicado para este ámbito de riesgo es el peligro abstracto-concreto, y en segundo término, el rol subsidiario que debe cumplir el Derecho penal mediante el delito de riesgos laborales, debiendo abarcar sólo los ataques de los bienes jurídicos esenciales (vida y salud del trabajador) que generen un peligro grave. Asimismo, el peligro concreto no es adecuado para el objetivo de proteger el bien jurídico salud, frente a las enfermedades profesionales “a largo plazo”.

Por otra parte, la estructura típica permite hablar de la “puesta en peligro de los trabajadores” -como colectivo-, generándose una situación similar a la del art. 316 del

---

<sup>1502</sup> Ver capítulo I

CP español, en el sentido de que abarca el peligro común, que resulta incompatible con la técnica de tipificación de peligro concreto.<sup>1503</sup>

Al igual que el citado art. 316, el art. 168 A es sobreabundante, ya que menciona expresamente a la integridad física, que está incluida en el concepto “salud”.

En cuanto a la cláusula de especificación de la conducta, ésta consiste en “no adoptar las medidas previstas en las normas de seguridad y salud en el trabajo”. Con esta formulación tan amplia, esta cláusula no cumple la función de seleccionar las infracciones administrativo-laborales, es decir no brinda pauta alguna que permita determinar el comportamiento prohibido. En este sentido, el art. 168 A, es prácticamente “un tipo básico”, según se lo ha denominado aquí, con todos los problemas de legitimidad que ello plantea.<sup>1504</sup>

El segundo párrafo del tipo penal peruano, prevé una agravación de la pena si el peligro generado por la inobservancia de las normas de seguridad y salud en el trabajo conlleva un accidente de trabajo que provoca la muerte o una lesión grave no sólo de un trabajador, sino también de un *tercero*. Como puede verse, esta agravante sigue, en cuanto al resultado cualificante, una concepción amplia del deber de prevención que no se limita a los trabajadores (directos o indirectos), sino también a los visitantes y usuarios, a los que califica como terceros,<sup>1505</sup> rompiendo la simetría con el primer párrafo -delito de peligro- que sólo refiere a “sus trabajadores”.

La cuantía de la agravación de la pena depende del resultado acaecido (lesión o muerte), exigiendo el precepto -expresamente- que el *agente pueda prever ese resultado*. Ello debe traducirse en que el resultado producido se podrá imputar objetivamente al

---

<sup>1503</sup> Sobre el punto, GARCIA CAVERO ha señalado que “Podría considerarse otra restricción al resultado típico el que, conforme al tenor literal del artículo 168 A del CP, la puesta en peligro esté referida a “los trabajadores” en plural. De ello podría inferirse que no será suficiente, en términos de tipicidad, que se ponga en peligro la vida o la salud de un trabajador, sino que dicho peligro concreto debe afectar a una pluralidad de trabajadores. A nuestro entender, esta interpretación no es concluyente. En el Derecho Penal Italiano se ha discutido concretamente este punto, aunque debe precisarse que, en dicho país, puede resultar razonable la exigencia de la pluralidad, dado que los tipos penales que protegen la seguridad en el trabajo se ubican como delitos de peligro común. En nuestro país, sin embargo, la situación es sistemáticamente distinta, pues el delito de incumplimiento del deber de prevención de riesgos laborales está incorporado en un título que agrupa delitos de carácter individual, por lo que resulta plenamente fundado asumir la pauta interpretativa de que el peligro concretamente producido puede estar referido a un solo trabajador. Por lo tanto, el tipo penal se consumará con la puesta en peligro de la vida o salud de un solo trabajador. El que el segundo párrafo del artículo 168 A del CP agrave la pena por la lesión o muerte de un solo trabajador, confirma la perspectiva de que, en términos de lesividad concreta, basta con que se afecte a un solo trabajador” (*Derecho Penal Económico. Parte Especial. Volumen III*, Lima, 2016, p. 39).

<sup>1504</sup> Ver capítulo VI

<sup>1505</sup> GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico. Parte Especial. V. III*, pp. 44 45

incumplimiento del deber de prevención, si forma parte de la clase de resultados que la norma que obliga a adoptar la medida de prevención incumplida apunta a evitar o controlar. De este modo, la pena agravada prevista abarca el desvalor de la generación de una situación de peligro concreto para los trabajadores (tipo básico) y el desvalor de la afectación de un trabajador o un tercero (resultado cualificante).<sup>1506</sup>

No creo que la introducción aquí de un delito cualificado por el resultado, sea una buena técnica legislativa. En efecto, sería más conveniente que ante la producción del resultado lesivo, se apliquen las reglas del concurso entre el delito de peligro y el delito imprudente que corresponda -lesiones u homicidio-, lo que garantizaría sistematicidad.<sup>1507</sup>

Por otra parte, el precepto brinda una escala penal agravada para el peligro seguido de lesión o muerte, pero sin distinguir entre los supuestos peligro común e individual, unificando de ese modo casos que merecen un tratamiento y una escala penal diferente. En ese sentido, la aplicación de las reglas generales del concurso podría solucionar mejor los casos de; por un lado, resultado y peligro común (concurso ideal) y por otro, resultado y peligro individual (concurso aparente o ideal, dependiendo de la coincidencia de sujetos afectados y/o puestos en peligro).

Con relación al último párrafo del art. 168 A, no puede interpretarse literalmente, ya que no siempre que el trabajador intervenga en el hecho lesivo, incumpliendo una norma de prevención laboral, se configura una “autopuesta en peligro”, susceptible de excluir la responsabilidad penal del empresario. El caso más evidente sería el de la “imprudencia profesional” del trabajador, pero no el único. Ello por cuanto, la intervención del trabajador/víctima en este especial ámbito de riesgo, es particularmente compleja y responde a una “lógica propia”, que se vincula con la convivencia en la actividad laboral de dos esferas de competencias: la del empresario y la del trabajador, que si bien son escindibles, no son independientes.

En efecto, tenemos por un lado la esfera correspondiente al empresario que es contextual o continente y la atribuible al trabajador, que está contenida en aquella. Cuando el empresario, en tanto titular de la competencia *contextual* cumple con todos los requisitos de lo que se ha llamado aquí “estándar de seguridad”, habilita la competencia *contenida* del trabajador. Sin embargo, ni siquiera en ese supuesto -autonomía del trabajador (que descarta una posible “imprudencia profesional”)-, las

---

<sup>1506</sup> *Ibidem*, p. 43

<sup>1507</sup> En igual sentido, GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico. Parte Especial. V. III*, p. 43.

competencias se independizan, sino que siguen entrelazadas por el *deber de intervención* (residual) del empresario. Esto es, aun cuando el trabajador esté habilitado como titular de su competencia sobre su vida y salud (sujeto autorresponsable), en el caso en que se autoponga en peligro, el empresario *debe intervenir* (revocando la competencia que le delegó) para evitar el resultado dañoso de lesión o muerte, cuando esta situación le sea *conocida o cognoscible*. Si bajo tales condiciones, el empresario omite intervenir y se produce el resultado lesivo, éste debe serle imputado, aun cuando debe tenerse en cuenta también la intervención de la víctima en el hecho. En otros términos, hay una “responsabilidad compartida” de ambos y ello es la consecuencia de la especial vinculación (contextual y contenida) de las dos esferas de competencia perteneciente a cada uno -que nunca se independizan-.

Es decir, el cumplimiento de lo que aquí se ha denominado como “estándar de seguridad” no libera al empresario, quien sigue teniendo deberes -residuales- de vigilancia e intervención- en el caso en que el trabajador -aunque “habilitado”- infrinja normas de seguridad laboral que lo pongan en peligro. Frente a la realidad descrita, el uso del término “inobservancia” de las normas de prevención por parte del trabajador para fundar la exclusión de responsabilidad penal del empresario, resulta una solución muy superficial, que desconoce la compleja problemática que subyace detrás de un “descuido” del trabajador. De este modo, la fórmula contenida en el párrafo final del precepto, no cumple ninguna función en la práctica, ya que cada caso de resultado lesivo con intervención del trabajador, requerirá un detenido análisis y no la exclusión de plano de la imputación al empresario.

### **I.3 Art. 1° de la Ley n° 19.196, de “Responsabilidad penal del empleador” de Uruguay**

El art. 1° de la Ley n° 19.196, de “Responsabilidad penal del empleador”, expresa que:

“El empleador, o en su caso, quien ejerciendo efectivamente en su nombre el poder de dirección en la empresa, no adoptaren los medios de resguardo y seguridad laboral previstos en la ley y su reglamentación, de forma que pongan en peligro grave y concreto la vida, salud o la integridad física del trabajador, serán castigados con tres a veinticuatro meses de prisión”.

En primer lugar, es criticable el uso del término “empleador” para definir al sujeto activo. En efecto, de ese modo el tipo penal remite a un concepto laboral <sup>1508</sup> y formal, y

---

<sup>1508</sup> De quien “utiliza los servicios de otro en virtud de una relación de trabajo, recibe los servicios y se beneficia con ellos” (MALET VÁZQUEZ, *RDP N° 22, 12/2014*, p. 36).

no a un criterio material como requiere el Derecho penal. Cuando se redactó el proyecto de ley se pensó en las “empresas lucrativas”, pero evidentemente no se utilizó el término adecuado.<sup>1509</sup> Nótese que según el tenor literal, entraría en este concepto, la relación laboral entre el dueño de casa y la empleada doméstica, que no ocurriría de haber utilizado el vocablo “empresario”.

Sin embargo, la doctrina uruguaya, tratando de subsanar este desacierto del legislador, ha interpretado que el sujeto activo debe “estar ligado a la empresa y debe tener con el trabajador, una relación que se origine en el ámbito de una organización donde los factores de producción -capital y trabajo-, se destinen a la producción de bienes o prestación de servicios.”<sup>1510</sup> En el mismo sentido se expresado la jurisprudencia.<sup>1511</sup>

La doctrina ha introducido otro límite en la exégesis del sujeto activo, requiriendo que el “empleador”, además de actuar en el ámbito de la empresa, “efectivamente” se dedique a tomar decisiones relacionadas con la adopción de los “medios de seguridad laboral”, razonamiento que también se hace extensivo al delegado, respecto de quien se exige que su poder de decisión se refiera a las medidas de seguridad y no a cualquier área de la empresa.<sup>1512</sup>

Esta exigencia claramente no puede extraerse de la redacción del precepto y además, según el razonamiento que aquí se viene exponiendo, creo que el criterio definitorio del sujeto activo debe ser sin duda el poder de dirección (expresión que utiliza el tipo en alusión al delegado), que se relaciona con la organización/gestión del proceso productivo en general o en algún área específica. Pero lo cierto es que esa facultad de organización implica el *inescindible* deber de seguridad, aunque el poder de dirección no refiera al área específica de la seguridad laboral.<sup>1513</sup> Bajo tales pautas, esta interpretación doctrinal restringe de modo intolerable la aplicación del tipo de peligro sólo a quienes decidan concretamente sobre las medidas de prevención, que paradójicamente podría excluir de responsabilidad penal al principal obligado por la indemnidad de los trabajadores, esto es el empresario, en tanto máximo *organizador del proceso productivo*.

El tipo penal también hace referencia a “quien ejerce efectivamente -en nombre del empleador- el poder de dirección en la empresa.” De este modo el legislador quiso

---

<sup>1509</sup> MALET VÁZQUEZ, *RDP N° 22, 12/2014*, p. 38.

<sup>1510</sup> SBROCCA COSIMINI, *RDP N° 22, 12/2014*, pp. 54 55.

<sup>1511</sup> Ver fallo de la Corte Suprema de Justicia de Uruguay (CSJ), del 26 de octubre de 2015 (sentencia n° 272/2015), comentada en el capítulo I.

<sup>1512</sup> SBROCCA COSIMINI, *RDP N° 22, 12/2014*, pp. 55 56.

<sup>1513</sup> Ver lo desarrollado en el capítulo VI.



abarcar al delegado de competencias -y no al “mero ejecutor” que carece de ese poder-. Nótese que hay una discordancia entre el “empleador” -criterio formal/laboral- y “poder de dirección”, criterio material para definir al delegado.

Esta fórmula permitiría en principio, incluir a quien aquí se ha denominado como el “organizador de hecho o usurpador”, aunque la frase “en su nombre”, en referencia al empleador, podría ser un obstáculo, ya que puede interpretarse como “con el conocimiento de esa circunstancia por parte del empleador”.

La referencia a quien ejerce efectivamente el poder de dirección en la empresa, va precedida de la expresión “o en su caso”, que se ha interpretado de manera “disyuntiva”, es decir, en el sentido de que no es posible reprochar la conducta a ambos sujetos activos.<sup>1514</sup> Esta exégesis descarta los posibles casos de autoría accesoria o coautoría entre empleador y delegado, que podrían subsumirse si el legislador hubiera usado la expresión “y/o en su caso”.

Este precepto tiene una estructura similar a la del art. 316, pero contiene una cláusula de especificación aun más amplia que “no facilitar medios”, casi sin contenido definitorio: “no adoptar los medios de resguardo y seguridad laboral”, es una fórmula equiparable a “incumplir las medidas de seguridad”, es decir no preselecciona ninguna infracción administrativa, porque se usa el término “medios” en el sentido de *medidas*. Desde esta óptica, la doctrina uruguaya es pacífica en cuanto a que no sólo se exigen los medios estrictamente materiales de protección -gafas, cascos, guantes, etc.-, sino también los medios intelectuales y los organizativos como la selección de personal y distribución de turnos.<sup>1515</sup> Esta exégesis es compatible con el verbo “no adoptaren” que es más amplio que “no proveer” o “no facilitar” y puede utilizarse respecto de medidas que *no se proveen* al trabajador, en el sentido de “proporcionar” -como la organización del trabajo-.

Por otra parte, “resguardo” también es un concepto vago, es sinónimo de “protección”. En este esquema, el desdoblamiento entre medios de “reguardo y de seguridad”, carece de sentido, ya que no aporta precisión, refieren básicamente a lo mismo. La vaguedad de la fórmula se ve potenciada a su vez por la amplitud de la remisión: tanto a normas como reglamentos -claro que en ello también influirá el grado de sistematización de la normativa laboral/administrativa uruguaya. Con esta formulación tan amplia, y una

---

<sup>1514</sup> SBROCCA COSIMINI, *RDP N° 22, 12/2014*, p. 56.

<sup>1515</sup> MALET VÁZQUEZ, *RDP N° 22, 12/2014*, p.35.

remisión tan intensa a la norma extrapenal, la cláusula de especificación no cumple en la práctica, función restrictiva alguna.

La cláusula de nivelación es inusualmente clara, ya que exige expresamente que el peligro sea “grave y concreto”, evitando de ese modo el debate que se genera en la interpretación de estos tipos penales sobre si se trata de peligro abstracto o concreto.

Sin embargo, más allá de esa claridad, se le puede criticar que esa clase de peligro no es la indicada para la intervención penal en este ámbito de riesgo, sobre todo teniendo en cuenta que entre los bienes jurídicos que pueden ponerse en peligro, se menciona a la “salud”. En efecto, la prohibición en el delito de peligro debe dirigirse hacia *la infracción del primer nivel del deber de seguridad*, es decir a evitar que el trabajador comience a interactuar con el riesgo, sin que el empresario haya cumplido con el estandar de seguridad exigido y antes de que ingrese a la esfera de influencia del peligro (peligro concreto)

Por otra parte, al igual que el art. 316 CP español, es sobreabundante la referencia a la integridad física.

A pesar de la exigencia expresa del precepto sobre el peligro “concreto”, sorprendentemente, hay autores uruguayos que entienden que se trata de un peligro abstracto, porque “no surgen criterios normativos que permitan reducir el espacio de imputación del peligro ni elementos para determinar su entidad.”<sup>1516</sup> Más allá de lo certero o no que pueda ser ese señalamiento, no creo que influya en la exégesis de la clase de peligro y que tiene que ver con el *estadio de evolución* del peligro requerido, anterior o posterior -abstracto o concreto-.

Por último, y en base a una interpretación global del tipo -funcionamiento de las diferentes cláusulas- cabe señalar existe una incompatibilidad entre las cláusulas de especificación y de nivelación, similar a la evidenciada en el art. 316. En efecto, al analizar el precepto español, se ha señalado aquí que si realmente lo que quiso prohibir el legislador es la puesta en peligro concreto, en tanto ese resultado supone que el trabajador ha comenzado a interactuar con el riesgo -momento en el que se activa el segundo nivel del deber de seguridad del empresario-, el tipo debió prever expresamente la infracción al deber de vigilancia. Ello por cuanto, la fórmula “no facilitar los medios” no admite su inclusión. Esta interpretación se refuerza porque el tipo penal refiere a las

---

<sup>1516</sup> ALLER, G., Estudio acerca de la Ley n° 19.196: Responsabilidad Penal del Empleador, 2014, p.13, [www.fder.edu.uy](http://www.fder.edu.uy).

medidas de seguridad e higiene *adecuadas y necesarias* (para “evitar el peligro concreto”).

Esta discordancia entre las cláusulas de especificación y de nivelación es menos notoria en el art. 1° de la ley 19.196, ya que el tipo sólo alude a la “no adopción de los medios de resguardo y seguridad laboral “previstos en la ley y su reglamentación”, sin calificarlos como “adecuados y necesarios”. Además, la cláusula de especificación del precepto uruguayo tiene una formulación más amplia que la del art. 316, que tal vez podría incluir la infracción del deber de vigilancia, siempre y cuando esté previsto en la normativa de seguridad laboral uruguaya (ley y reglamentos). De todos modos, pienso que conforme al mandato de certeza, como manifestación del principio de legalidad, el tipo penal debió incluir expresamente la infracción del deber de vigilancia, para guardar coherencia con la exigencia de peligro concreto.

#### **I.4 Art. 205 del Código Penal de Paraguay**

El art. 205 del CP paraguayo establece que:

“Exposición de personas a lugares de trabajo peligroso.

1°. El titular de un establecimiento o empresa y su responsable de la prevención de accidentes de trabajo que:

1. Causara o no evitara que los lugares o medios de trabajo incumplan las disposiciones legales sobre la seguridad y la prevención de accidentes en lugares de trabajo; o

2. Claramente incumpliera las exigencias del cuidado técnico, y con ello peligrara la vida o la integridad física de otros, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

2°. Los responsables, conforme al inciso 1°, que omitieran informar en forma idónea a los empleados sobre los peligros para la vida o la integridad física vinculados con los trabajos y sobre las medidas para la prevención, serán castigados con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa.

3°. El que realizara el hecho mediante una conducta culposa será castigado, en los casos del inciso 1°, con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa y, en los casos del inciso 2°, con multa”

El primer párrafo de este precepto consta de dos incisos que aluden a dos clases de incumplimientos de la normas de seguridad: el inciso 1° a infracciones referidas al “lugar o medios de trabajo” y el 2°, a “exigencias de cuidado técnico”, que se puede

interpretar referido a la actividad laboral, aunque en rigor el tipo no lo dice expresamente.

Con relación al inciso 1º, cabe señalar que el tipo penal no exige el peligro para la vida o integridad física, a diferencia del segundo. Es decir, según el tenor literal, el inciso primero eleva a delito penal, meras infracciones administrativas -ni siquiera exige un peligro abstracto-. Ese desacierto legislativo, puede subsanarse interpretando que el peligro exigido en el segundo inciso, refiere también al supuesto previsto en inciso 1º.

La conducta descrita consiste en “causar o no evitar” que los “lugares” o “medios de trabajo” incumplan las “disposiciones legales sobre la seguridad y la prevención de accidentes en lugares de trabajo”.

A pesar de la distinción hecha por el legislador entre “causar” o “no evitar”, se trata en definitiva de una omisión, en tanto el sujeto activo incumple el mandato de las “disposiciones legales sobre la seguridad y la prevención de accidentes en lugares de trabajo”.

Nótese que la normativa de remisión (disposiciones legales, no reglamentarias) es sólo la relativa a prevención de *accidentes laborales*, y no de enfermedades profesionales; ello es en cierto modo compatible con los bienes jurídicos que según el inciso 2º, pueden peligrar: vida e integridad física pero no la salud -se descarta así el peligro por enfermedades laborales a largo plazo-.

La expresión “medios de trabajo” está usado no en el sentido de medios de prevención, sino en el de “herramientas de trabajo”, de elementos necesarios para desarrollar la actividad laboral. En cuanto a “lugares”, refiere al establecimiento, edificio o ambiente de trabajo.

En el inciso 2º, la conducta consiste en “incumplir -claramente- las exigencias de cuidado técnico”. La expresión “exigencias de cuidado técnico” es muy imprecisa y crea incertidumbre acerca de la normativa de remisión: ¿remite a la normativa laboral/administrativa, o a un deber de cuidado general (técnico) -no necesariamente “normativizado”? Esta segunda opción es compatible con el hecho de que los sujetos pasivos no son únicamente los trabajadores, ya que habla de “otros”. La principal consecuencia de esta interpretación es la inexistencia de una cláusula de bloqueo en este

delito de peligro, lo que genera muchos problemas: no está claramente fijado el límite del riesgo permitido, además crea mucha inseguridad en el empresario a cerca de qué medida de seguridad -que no está prevista en normas o reglamentos laborales/administrativos- está infringiendo.

Por otra parte la expresión “claramente”, pienso que está usada como sinónimo de “evidentemente”, y refuerza la sensación de que el tipo refiere a deberes de cuidados *básicos*, socialmente pautados, como si no estuvieran establecidos en la normativa de prevención, es decir un “deber de cuidado” en el sentido del delito imprudente de resultado.

En cuanto a la cláusula de nivelación, no exige que el peligro sea grave, sólo expresa “que peligrara” la vida o integridad física. Con esta redacción tan escueta, admite tanto una interpretación de peligro concreto como de peligro abstracto.

A pesar de que el delito es calificado como “exposición de personas a lugares *de trabajo* peligroso”, el peligro puede abarcar a terceros que no sean trabajadores. De este modo, el precepto unifica la posición de garante del sujeto activo respecto de sus dependientes como del público en general, cuando en realidad ambas posiciones responden a parámetros -y a normativas- diferentes. Como se ha señalado, el deber de seguridad que ostenta el organizador del trabajo es un deber especial y su contenido y alcances están vinculados a una compleja estructura de esferas de competencias del empresario y trabajador, que no se configura respecto de terceros, ajenos a la relación laboral.

En el segundo apartado del art. 205 paraguayo, el legislador ha desvalorado un caso particular de infracción administrativo-laboral: la referida al deber de información. La conducta consiste en “omitir informar en forma idónea a los empleados sobre los peligros para la vida o la integridad física vinculados con los trabajos y sobre las medidas para la prevención. No hay una remisión a una normativa extrapenal que contemple el deber de información, sólo se requiere que se omita informar “en forma idónea”. Tampoco se exige la creación de un peligro y no existe aquí la posibilidad de hacer una exégesis extensiva a este supuesto, del peligro exigido en el inciso 2º del primer párrafo. Es decir, este segundo apartado no contiene cláusula de bloqueo ni de nivelación del peligro

En cuanto al sujeto activo, esto es, “el titular de un establecimiento o empresa”, cabe señalar que el criterio no responde al que aquí se recomienda; no es el organizador, sino el “titular” del centro de trabajo. Con una interpretación literal, el criterio remite a quien

ostenta el derecho de propiedad, una relación de dominio con el establecimiento, aunque no sea quien tenga el poder de dirección (empresario).

El precepto también refiere al “responsable de la prevención de accidentes”. Con esta formulación, queda abarcado quien ostenta el cargo específico (técnico) y por lo tanto tiene poder de decisión en el área concreta de la prevención de los riesgos laborales, pero no incluye al delegado de gestión, que también tiene el deber de seguridad correspondiente -inescindible- al ámbito del proceso productivo en el que ostenta poder de dirección.

Como puede verse, este tipo penal tiene serias deficiencias de redacción. Ni el inciso 1° ni el inciso 2° del primer párrafo, presentan una cláusula de especificación, ya que la descripción de la conducta en ambos casos es confusa y tan amplia, que no cumple ninguna función delimitadora respecto de las infracciones administrativas a las que remite. Sin embargo el legislador, le dedica un párrafo aparte sólo a la infracción del deber de información. El inciso 1° y el párrafo segundo no tienen cláusula de nivelación del peligro. Según una posible interpretación, el inciso 2° del primer párrafo y el párrafo segundo, no tienen cláusula de bloqueo.

Este tipo penal no responde a los parámetros básicos que debe seguir la estructura de un delito de peligro en el ámbito de los riesgos laborales.

### **I.5 Art. 220 del Anteproyecto de Reforma al Código Penal de Chile**

El art. 220 del Anteproyecto de Reforma al CP chileno, dispone que:

Art.220: “Atentado contra la seguridad en el trabajo. El empleador que, con infracción de sus deberes legales o reglamentarios en materia de prevención de riesgos laborales, sometiere a sus trabajadores a condiciones de trabajo gravemente peligrosas para su vida, su salud o su integridad física, será castigado con reclusión o prisión de 1 a 3 años y multa.

Lo dispuesto en este artículo se aplicara sin perjuicio de las penas que correspondieren por las muertes o lesiones a que dieran lugar las condiciones peligrosas de trabajo”.

El uso del término “empleador”, merece idénticas críticas que las efectuadas al tipo penal uruguayo, pero a diferencia de aquél, este precepto no prevé al delegado como posible autor del delito.

El comportamiento típico consiste en “someter a sus trabajadores a condiciones de trabajo gravemente peligrosas”. Se trata de una cláusula de especificación solo aparente, porque lo único que hay detrás es la exigencia de una peligrosidad grave (clausula de nivelación del peligro). Nótese que la gravedad no califica al peligro, sino a las

condiciones de trabajo que deben ser “gravemente peligrosas”, como si se pretendiera unificar la cláusula de especificación con la de nivelación.

En efecto, con esa formulación tan amplia, no se define ni se aportan criterios para poder delimitar adecuadamente la conducta prohibida. De este modo, la decisión de qué comportamiento infractor de la norma de prevención puede convertirse en delito, recae exclusivamente en cabeza del juez, ya que en rigor, los elementos “definitorios” del ilícito penal son: las condiciones gravemente peligrosas de trabajo y la infracción de deberes legales y reglamentarios, ello trae como consecuencia, la creación de un *excesivo ámbito de decisión judicial*.

Este precepto tiene entonces la estructura del “tipo penal básico”, que sólo cuenta con las cláusulas típicas de bloqueo y de nivelación penal del peligro. Sin embargo, la fórmula de especificación de la conducta representa también un elemento indispensable, ya que es la que fija en mayor medida, el límite material de la remisión extrapenal (que está integrada tanto por normas como por reglamentos). En la concepción aquí sostenida, la especificación de la conducta aporta precisión y evita la posible lesión del principio de legalidad y, en ese sentido, otorga mayor seguridad jurídica al empresario, en tanto eventual sujeto activo del delito de peligro.

Con esa formulación, el peligro puede ser interpretado como abstracto-concreto, que resulta coherente con la inclusión expresa de la salud como bien jurídico que puede exponerse al peligro. Al igual que otros tipos penales, es redundante la referencia a la integridad física.

Finalmente, si bien es correcto que cuando se produzca un resultado lesivo -a consecuencia de las condiciones gravemente peligrosas- se apliquen *además*, las penas correspondientes al delito de lesiones u homicidio (según las reglas concursales), creo que es innecesario que el legislador se lo “recuerde” expresamente al intérprete, sobre todo si el tipo de peligro está incluido en el Código penal y no en una ley accesoría.

## **II. Propuesta de tipo penal para el ordenamiento jurídico argentino**

### **II.1 Introducción**

A continuación, se elaborará la propuesta de redacción de un tipo penal de peligro para el ordenamiento jurídico argentino, tratando de evitar los problemas generados por la técnica de tipificación del precepto español (art. 316) y de los países antes mencionados. En esta dirección, no debe perderse de vista que en un ámbito de riesgo como éste, donde hay un primer nivel de protección (administrativa), el legislador penal no puede

considerar específicamente todas las situaciones que podrían conducir a un riesgo penalmente relevante, sin el reenvío normativo a ese primer estrato sancionador. Ello implica buscar otra noción de precisión, *más compleja* que en el resto de los tipos penales, y que sea compatible con la exigencia de taxatividad.

Como se ha destacado en el capítulo anterior, este señalamiento se traduce respecto de la redacción del tipo, en dos estrategias que representan dos niveles diferenciados de “precisión”: el primero se refiere al significado preciso de las palabras -uso de términos sin vaguedad ni ambigüedad- (determinación semántica) y el segundo a una *determinada estructura típica*. Esta segunda estrategia es inevitable cuando hay una remisión a otras normas (ley penal en blanco) y consiste en un sistema de cláusulas, cuyos contornos se han delineando en el capítulo VI, que imponen los límites necesarios a la interpretación de la conducta que -según el propósito del legislador-, pueden (deben) configurar el delito (delimitación de la competencia de otras instancias, no legislativas en la determinación del delito).

Esas cláusulas: de bloqueo, de especificación de la conducta y de nivelación de peligro, según la concepción aquí sostenida, deben integrar *expresamente* al tipo penal, además de la fórmula de determinación del sujeto activo.

En otro orden de cosas, pienso que el tipo penal aquí postulado debe insertarse en el CP argentino y no en una ley penal accesoria. En efecto, la inclusión del delito en el Código de fondo, contribuye al aumento de la conciencia pública acerca de la especial dañosidad de un comportamiento como el que aquí se quiere prohibir. De este modo se incrementa el grado de conocimiento de la norma y por lo tanto, crece la conciencia de los individuos sobre el significado de la protección de los bienes jurídicos esenciales de los trabajadores. Ello, sin perjuicio de que ciertamente, el mayor efecto preventivo general se deriva del conocimiento que la comunidad tenga de la aplicación de sanciones efectivas a los comportamientos típicados.<sup>1517</sup>

## **II.2 Tenor literal del tipo penal propuesto**

A luz de todo lo expresado, el tipo penal que se aquí propone es el siguiente:

1°. “El empresario, la persona en quien éste delegue o quien de hecho organice una actividad laboral en la que intervengan trabajadores por cuenta ajena, que contrariando las disposiciones -legales, reglamentarias y de convenios colectivos de trabajo

---

<sup>1517</sup> De la MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente...*, pp. 92/93.



homologados- sobre prevención de riesgos laborales, imponga condiciones peligrosas de trabajo referidas a las características ambientales, de edificación, procesos y organización; a la falta de adecuación de la tarea asignada a los rasgos personales del trabajador; al incumplimiento de la colocación de protecciones de maquinarias, instalaciones y alturas; al incumplimiento del suministro de equipos de protección personal y a la ausente o insuficiente formación e información de los trabajadores sobre prevención de riesgos, que sean susceptibles de afectar gravemente la salud y vida de éstos, sufrirá la pena de 1 a 4 años de prisión cuando se trate de un peligro común y de 1 a 3 años de prisión, cuando el peligro sea individual.

2°. Cuando el trabajador haya sido expuesto reiteradamente al peligro de contraer una enfermedad laboral grave, la pena será de 1 a 2 años de prisión.

3°. Cuando las conductas descritas en los apartados 1° y el 2° se lleven a cabo en perjuicio de uno o más trabajadores informales, los máximos de las penas allí previstas se elevarán en un año más de prisión.

4°. El empresario que organizando inadecuadamente la supervisión de la competencia delegada, favorezca que el delegado incurra en el supuesto descrito en el apartado 1° y/o no vigile que los trabajadores cumplan con las medidas de prevención, generando la conducta de éste, lesión (es) y/o muerte (s) de algún (os) trabajador (es), sufrirá la pena prevista para el autor de esos delitos, sin perjuicio de la pena correspondiente al delegado. Cuando el favorecimiento del empresario haya sido imprudente, la pena se disminuirá de un tercio a la mitad.”

### **II.3 Estructura típica del precepto postulado**

En el tipo penal propuesto pueden distinguirse cuatro apartados. En el primero y el segundo encontramos los delitos de peligro, con la distinción del riesgo de accidente laboral -o “enfermedad accidente”- (apartado 1°) y el riesgo de enfermedad laboral a largo plazo (apartado 2°). En el apartado 3°, se contempla la agravante a las conductas referidas en esos dos apartados cuando se trata de trabajadores informales. Finalmente, en el apartado 4°, se tipifica el delito que en el capítulo V se ha denominado de “favorecimiento”.

#### **II.3.a Apartado 1°**

##### 1. Descripción del sujeto activo

Al desarrollarse esta cuestión, se concluyó que para respetar la simetría del tipo penal, los sujetos activos deben ser *todos* los que por su poder de organización puedan generar el riesgo penalmente relevante.<sup>1518</sup> Con esta lógica y partiendo del criterio del “organizador”, los autores deben ser el empresario, el delegado (tanto del de gestión como el delegado específico de seguridad) y el “organizador de hecho” (usurpador u organizador injerente) es decir, quien se arroga inconsultamente la competencia sobre el foco de peligro (proceso productivo). Como se ha destacado en el capítulo anterior, se trata de una mera descripción y no de una cláusula que introduce un nuevo criterio para determinar a los autores (como prevé el art. 316 CP español).

El criterio del “organizador” ha sido aplicado por la Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP) en un fallo donde, por infracción de las medidas de seguridad laborales (ley n° 19.587 y leyes complementarias) en un frigorífico, sólo se consideró responsable penalmente por la muerte de un operario (homicidio culposo) al socio que estaba a cargo de la explotación del establecimiento.<sup>1519</sup> El frigorífico pertenecía a un matrimonio (ambos integrantes de una “sociedad de responsabilidad limitada”), sin embargo se absolvió a la mujer por tener ésta únicamente una “vinculación formal” con el negocio.<sup>1520</sup> En el voto del juez Hornos, se señaló que “han de responder como autores todos aquellos que en la organización y funcionamiento real y de hecho de la entidad tienen una posición de dominio en relación concreta con el hecho delictivo de que se trate, en tanto en el marco de las funciones que desarrollaban en la empresa debían conocer la situación generadora del peligro y pudieron adoptar las medidas oportunas para que no se produjera, es decir, por su capacidad decisoria en la empresa. Y esto sucede, lógicamente, cuando se participa, además, en forma activa en la gestión y dirección de la empresa, y se tiene el control del funcionamiento, incluso de las áreas respectivas; es decir, el control de las fuentes de riesgo cuyo control estaba bajo su responsabilidad y dominio.”

Cabe aclarar aquí que la inclusión en el tipo penal como posible autor del “organizador de hecho”, quien no está mencionado en la normativa extrapenal, no es incompatible con la exigencia de la infracción de tales prescripciones. En efecto, no se sigue aquí un criterio formal para la determinación del sujeto activo -como lo hace el art. 316-, sino material. En este sentido, como se ha destacado, quien usurpa la competencia del foco de peligro, entrando en la posición de “*dominus*”, *adquire sus mismos deberes*, y por lo tanto está obligado a cumplir la norma de seguridad extrapenal. Nótese, que no podría sostenerse esta afirmación con el criterio de autoría del art. 316, por cuanto el “organizador de hecho” no sería un “legalmente obligado”, es decir al no estar contemplado en la norma administrativa, independientemente de que le alcanza el

---

<sup>1518</sup> Ver capítulo VI.

<sup>1519</sup> Causa n° 1239/2013, Sala IV, “Demarco, Ángel s/ recurso de casación”, reg n°589.14.4, del 15/4/2014.

<sup>1520</sup> Cabe aclarar que la mujer había sido absuelta en la instancia anterior y no había recurso fiscal para modificar su situación procesal.

mismo fundamento que al empresario y al delegado para ser autor (posición de garante de la fuente de riesgo), no pasaría el filtro típico, porque el tipo introduce *otro* criterio, relativo a la fuente -formal- (ley) de esa posición que ocupa.

El tipo penal propuesto, a diferencia del art. 316, también hace una mención expresa del sujeto pasivo, “trabajadores por cuenta ajena”. En este sentido, no se trata de cualquier trabajador, sino de quien por su situación subordinada y dependiente en una relación laboral, necesita mayor protección. Este momento de desequilibrio o desigualdad dota de contenido al concepto jurídico penal de “trabajador por cuenta ajena”, que debe entenderse únicamente como aquel que *realiza una actividad productiva en relación de dependencia*. Son esos los dos elementos que integran esa definición.<sup>1521</sup>

El primer elemento tiene que ver con la productividad en sentido amplio, concretamente con la realización de toda actividad productiva que genere medios materiales o bienes económicos.<sup>1522</sup> La segunda nota, remite a la relación de dependencia, que supone una subordinación técnica, jurídica y económica. La primera significa que el trabajador debe acatar las órdenes que le imparte el empleador sobre cómo debe ser realizado el trabajo. La subordinación jurídica resulta de la facultad que le confiere la ley al empleador de dirigir, dentro de ciertos límites, la actividad productiva de su dependiente. La económica, se traduce en la remuneración que tiene derecho a recibir el trabajador, como contraprestación de sus servicios.<sup>1523</sup> La relación de subordinación es la razón material sobre la que se fundamenta la autoría del sujeto activo en este delito y, al mismo tiempo, la razón que explica la especial protección del trabajador.<sup>1524</sup>

En un fallo de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones Criminal y Correccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CNACC)<sup>1525</sup>, se trató la situación de la madre superiora de un convento de monjas de clausura, quien contrató a un podador para cortar ramas de un árbol del convento. El podador mientras llevaba a cabo la tarea encomendada, cayó del árbol y murió. En el fallo de primera instancia, la magistrada señaló que la religiosa le proveyó herramientas que resultaban inidóneas para la tarea a desarrollar y que *detentaba la posición de garante* y debió haber adoptado las medidas de seguridad necesarias, ello a pesar de que *no existía una relación laboral de dependencia entre el trabajador y el convento* (sólo había en el caso una “locación de servicios”). Esa decisión que fue revocada (procesamiento) por la CNACC.

## 2. Cláusula de bloqueo.

---

<sup>1521</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, F. El concepto de trabajador en el derecho penal español, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2º Época, n°13, (2004), p.36.

<sup>1522</sup> *Ibidem*, pp. 40/41.

<sup>1523</sup> BADENI, G. *Tratado de Derecho Constitucional*, Bs. As.2010, tomo II, p. 430.

<sup>1524</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *RDP y C*, 2º Época, n°13, p. 37.

<sup>1525</sup> Causa n° 40.090, “Rosso, Ester”, del 16/5/2011.

Esta cláusula está representada en el tipo propuesto con la expresión: “contrariando las disposiciones -legales, reglamentarias y de convenios colectivos de trabajo homologados- sobre prevención de riesgos laborales.”

La infracción debe estar referida a la LRT y la ley n° 19.557, estudiadas en el capítulo II, así como a sus respectivos decretos reglamentarios y a los reglamentos específicos de cada actividad laboral en particular.

Entre las normas complementarias de las leyes mencionadas, pueden destacarse especialmente: el decreto 351/1979 (Reglamento general de la ley n°19.587); el decreto 911/1996 (Reglamento para la Industria de la Construcción); el decreto 617/1997 (Reglamento para la Actividad Agraria) y el decreto 249/2007 (Reglamento para la Actividad Minera).

La ley penal en blanco puede remitirse a otra ley en sentido formal -emanada del Congreso- o a una ley en sentido material -que emana del Poder Ejecutivo o de las Legislaturas Provinciales-. Esta segunda remisión no será *necesariamente* inconstitucional. En este sentido, el problema debe resolverse dentro del mismo sistema constitucional: la ley penal en blanco no es inconstitucional, en tanto que su estructura venga impuesta por la división de los poderes del Estado. En este sentido, resulta relevante que el tipo penal se remita a la legislación extra penal *en los aspectos que son de su competencia*.

En efecto, dentro de la esfera del Poder Ejecutivo está la potestad de dictar las medidas de seguridad laboral, cumpliendo con el mandato constitucional de reglamentar las leyes del Congreso (LRT y ley n° 19.557). El legislador debe respetar esas facultades de normar la prevención de riesgos laborales al penalizar la infracción a esas normas, porque si quisiera introducirlas en el tipo “haciéndolas suyas”, estaría lesionando las esferas del Poder Ejecutivo.<sup>1526</sup>

La facultad del Poder Ejecutivo de emitir decretos reglamentarios, deriva del art. 99, inciso 2 de la CN que establece que “El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones....2.Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias...”. Conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, las normas reglamentarias, si bien están subordinadas a la ley, la completan regulando los detalles indispensables para asegurar, no sólo su cumplimiento, sino también los fines que se propuso el legislador. Por otra parte, el Poder Ejecutivo tiene la atribución de emitir reglamentos autónomos, que no son reglamentos de ejecución de la ley, sino reglamentos sobre materias no reguladas por ley, y reservadas a la Administración. Recaen sobre materias propias de la “zona de reserva” de la Administración, que

---

<sup>1526</sup> ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal*, Bs. As., 1991, p. 377.

no pueden regularse por ley. El Poder Ejecutivo los emite en su carácter de jefe de la Administración y en aplicación del principio de “reserva de la administración”, mediante el cual ejerce sus facultades privativas con la misma independencia con que el Congreso y la Judicatura, cumplen las propias.<sup>1527</sup>

Desde esta óptica, y según el razonamiento de ZAFFARONI sobre esta cuestión, sí sería inconstitucional si el tipo penal dijera por ejemplo: “será penado el que cometa acciones contra la seguridad de los trabajadores, en los casos que el Poder Ejecutivo determine por decreto”. Allí habría una delegación de funciones legislativas que no autoriza la CN, porque no se integra dentro de las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo, determinar en qué casos deben ser punibles las acciones contra la seguridad de la vida y salud de los trabajadores.<sup>1528</sup>

En otro orden de cosas, el art 14 bis de la CN garantiza a los gremios el derecho de concertar convenios colectivos de trabajo, que constituyen contratos relativos a las condiciones de trabajo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores, o una o varias organizaciones sindicales representativas de trabajo y reconocidas por la legislación reglamentaria con personería gremial.<sup>1529</sup>

Conforme a la legislación laboral, la validez y vigencia de los convenios colectivos de trabajo están supeditados a su *homologación por la autoridad administrativa*, y su obligatoriedad se extiende a todos los trabajadores y empleadores que desarrollen la actividad regulada por el convenio en su ámbito territorial de aplicación, *aunque no formen parte de las entidades que los suscribieron*.

El art. 4 de la ley n° 15.250, dispone que “Las normas originadas en las convenciones colectivas que sean homologadas por el MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, en su carácter de autoridad de aplicación, regirán respecto de todos los trabajadores de la actividad o de la categoría dentro del ámbito a que estas convenciones se refieran; cuando se trate de un acuerdo destinado a ser aplicado a más de un empleador, alcanzarán a todos los comprendidos en sus particulares ámbitos. Todo ello sin perjuicio de que los trabajadores y los empleadores invistan o no el carácter de afiliados a las respectivas asociaciones signatarias. Será presupuesto esencial para acceder a la homologación, que la convención no contenga cláusulas violatorias de normas de orden público o que afecten el interés general. Los convenios colectivos de trabajo de empresa o de grupo de empresas, deberán observar las condiciones establecidas en el párrafo precedente y serán presentados ante la autoridad de aplicación para su registro, publicación y depósito, conforme a lo previsto en el artículo 5° de esta Ley. Sin perjuicio de ello, estos convenios podrán ser homologados a pedido de parte.” Por su parte, el art. 5 de la ley citada, establece que: “Las convenciones

---

<sup>1527</sup> BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental...*, tomo II, pp. 307/10.

<sup>1528</sup> ZAFFARONI, *Ibidem*.

<sup>1529</sup> BADENI, *TDC*, tomo II, p. 471.

colectivas regirán a partir de la fecha en que se dictó el acto administrativo que resuelve la homologación o el registro, según el caso. El texto de las convenciones colectivas será publicado por el MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, dentro de los DIEZ (10) días de registradas u homologadas, según corresponda. Vencido este término, la publicación efectuada por cualquiera de las partes en la forma que fije la reglamentación, surtirá los mismos efectos legales que la publicación oficial. El MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL llevará un registro de las convenciones colectivas, a cuyo efecto el instrumento de las mismas quedará depositado en el citado MINISTERIO.”

La remisión del tipo penal propuesto a los convenios colectivos de trabajo homologados, está justificada puesto que éstos constituyen una herramienta idónea para adaptar los principios generales impuestos en la ley a las necesidades concretas de cada uno de los sectores productivos y además, la temporalidad que caracteriza al convenio colectivo, permite a los agentes sociales modificar y perfeccionar las cláusulas establecidas, a la luz de las experiencias adquiridas durante su aplicación.<sup>1530</sup> En la medida en que poseen al igual que las leyes y reglamentos, eficacia vinculante general -*erga omnes*-, son normas jurídicas auténticas, sometidas al principio de publicidad, garantía esencial del principio de seguridad jurídica.<sup>1531</sup> Desde esta perspectiva, en varias oportunidades la CSJ resolvió que el legislador no puede, apartándose del principio de razonabilidad, dejar sin efecto los beneficios otorgados a los trabajadores por un convenio colectivo. El Estado no está habilitado para, de manera arbitraria y discrecional, alterar los convenios colectivos concertados libremente por las partes.<sup>1532</sup>

### 3. Cláusula de especificación

A pesar de que los tipos penales analizados en este capítulo y también el art. 316 CP español, ostentan serias falencias en la especificación de la conducta -algunos con una redacción ineficiente y otros directamente con una delimitación inexistente del comportamiento típico-, considero que esta cláusula es el “centro neurálgico del tipo penal”. En efecto, la verdadera garantía del tipo penal frente a una -indebida- expansión del Derecho penal en el ámbito de los riesgos laborales, está dada por la determinación precisa de la conducta y no por la restricción del sujeto activo en base a un criterio formal o por exigir un estadio de peligro más avanzado hacia la lesión (peligro

---

<sup>1530</sup> HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, pp. 117 y ss.; OLAIZOLA NOGALES, *InDret n°2, 2010*, p. 21. Cabe mencionar el ejemplo del “Convenio colectivo de trabajo para trabajadores de la industria de la construcción que desarrollan sus tareas en obras ubicadas dentro de yacimientos petrolíferos y gasíferos.” Entre sus disposiciones acerca de las medidas de prevención laboral, el convenio exige un certificado médico específico para los trabajadores que, en el marco de esta actividad, realicen tareas en altura.

<sup>1531</sup> HORTAL IBARRA, *Protección penal...*, pp. 119/20.

<sup>1532</sup> BADENI, *TDC*, tomo II, pp. 471/ 72.

concreto). Creo que este requisito se cumple en la fórmula típica aquí ofrecida, con una enumeración taxativa de las áreas temáticas en las que la infracción administrativa es potencialmente peligrosa y la mención de aquellas infracciones que puedan identificarse en sí mismas, como más peligrosas.

Como se ha señalado en el capítulo anterior, la legitimidad de un tipo de peligro en este ámbito de riesgo, requiere la existencia de un límite material a la remisión de la normativa de prevención, que se desdobra en dos niveles: la exigencia de peligro grave (cláusula de nivelación del peligro) y también, la especificación de la conducta por el legislador penal. Tanto la doctrina española como la redacción de los preceptos analizados antes, otorgan mayor preponderancia a la cláusula de nivelación del peligro, que a la especificación de la conducta; sin embargo un diseño inadecuado de esta última puede determinar, no sólo una lesión al principio de legalidad (ausencia de certeza y delegación de facultades legislativas a instancias administrativas), sino también una excesiva ampliación del ámbito de decisión judicial.

La exigencia relativa a que el precepto penal contenga el “núcleo de la conducta típica”, se traduce en que sea el tenor literal del tipo el que ofrezca el marco de las interpretaciones posibles, es decir, el conjunto de posibles significados que pueda invocar un juez para justificar jurídicamente una decisión. Está claro que esto no se logra sólo con la exigencia típica del “peligro grave”.

Bajo tales parámetros, con la formulación del tipo propuesto y su cláusula de especificación, la decisión incriminadora básica permanece en manos del legislador penal, siendo la remisión meramente complementaria. Existen dos niveles de remisión: uno más intenso en el caso de las áreas -tipo de recogida- (ambiente, edificación, procesos y organización) y otro más débil, en el supuesto de las infracciones administrativo-laborales descriptas expresamente, respecto de las que el tipo se remite a detalles expresados en la ley extrapenal. La cláusula aquí propuesta es más precisa y completa que la del art. 316, que sólo selecciona un modo comisivo (“facilitar los medios”), no necesariamente el más peligroso.

En el precepto propuesto la especificación de la conducta se configura con la fórmula: “imponer condiciones peligrosas de trabajo, referidas a las características ambientales, de edificación, procesos y organización; a la falta de adecuación de la tarea asignada a los rasgos personales del trabajador; al incumplimiento de la colocación de protecciones de maquinarias, instalaciones y alturas; al incumplimiento del suministro de equipos de

protección personal y a la ausente o insuficiente formación e información de los trabajadores sobre prevención de riesgos.”

En primer lugar, la cláusula exige “imponer condiciones”. A pesar de tener una formulación “positiva”, se trata de un delito de omisión, tal como se explicó al tratar la naturaleza jurídica de este delito, ya que parte del incumplimiento de un mandato normativo.<sup>1533</sup>

El término “condiciones” hace referencia al primer nivel del deber de seguridad del empresario, que consiste en “brindar las condiciones seguras de trabajo”, a diferencia del segundo nivel que refiere a la vigilancia del “acto del trabajador” y que conforme a la clase de peligro exigida en el tipo propuesto -abstracto-concreto-, no es relevante. Como se ha expresado en el capítulo anterior, el delito de peligro sólo debe abarcar el incumplimiento de este primer nivel del deber de seguridad (estándar de seguridad), que impone al empleador: adoptar las medidas de prevención (físicas y organizativas) y sobre todo formar e informar adecuadamente al trabajador, para que éste pueda asociar las medidas de seguridad con el riesgo (“fondo de conocimientos”).<sup>1534</sup>

Por otra parte, el tenor literal califica a las condiciones como “peligrosas”, ello a diferencia del anterior art. 348 bis a) del CP español, que a pesar de usar el mismo término, refería a “no procurar las condiciones”, haciendo una remisión más intensa a la norma de prevención. En el tipo propuesto, al añadir “peligrosas” se hace una primera selección, que luego se profundiza con la especificación de la conducta (áreas e infracciones) y con la cláusula de nivelación del peligro. De este modo, se configuran en realidad, tres niveles de especificación del comportamiento típico.

Se ha seleccionado el verbo típico “imponer” condiciones peligrosas y no por ejemplo “brindar.” Considero que el término “brindar” no es adecuado, por cuanto induce a pensar que el trabajador puede negarse o rechazar esas condiciones inseguras de trabajo, cuando en realidad por su situación de inferioridad (parte débil de la relación laboral) no es así. En efecto, “brindar” es ofrecer, término que lleva implícito la facultad o posibilidad de no aceptar la oferta, transmitiendo de ese modo la sensación de que el trabajador “aceptó” realizar su actividad en circunstancias peligrosas.

Las condiciones peligrosas de labor, en realidad se “imponen” porque el mensaje es “o trabajas así o renuncias” y trabajar así o renunciar son “falsas opciones” porque el trabajador no es libre de optar por lo segundo porque necesita el trabajo. “Brindar” no es

---

<sup>1533</sup> Ver capítulo VI.

<sup>1534</sup> Ver lo desarrollado en el capítulo V (segunda parte).



un verbo que represente adecuadamente esa situación de dependencia/subordinación del trabajador.

El verbo “imponer”, debe interpretarse no como sinónimo de “obligar” -con violencia o coacción- al trabajador, como se ha usado en el Derecho comparado<sup>1535</sup>, sino en el sentido de *no darle otra opción más segura* para desarrollar su actividad laboral. Esta afirmación, lejos de ser meramente terminológica, encierra una reflexión dogmática, asociada a la irrelevancia que corresponde otorgarle al consentimiento prestado por el trabajador, a desarrollar su prestación en esas condiciones de grave riesgo para su vida y salud.

En efecto, puede sostenerse que en general (aunque puede haber excepciones) el trabajador actuará siempre coaccionado a aceptar las condiciones laborales riesgosas impuestas por el empresario. El contexto propio de su situación de inferioridad -menor capacidad de negociación- en la relación laboral, frente a la de *superioridad* del empresario, conlleva que imponer las condiciones riesgosas de trabajo -en los términos descritos-, sea suficiente para coaccionarlo. Esa situación habilita *per se* la intervención del Derecho penal, aunque no se configure violencia o amenazas. Dicho esto, es fácil notar que si el verbo típico fuera “obligar a aceptar” (las condiciones), dejaría fuera de la protección penal la mayor parte de los casos de coacción “sutil” al trabajador a prestar su tarea en circunstancias peligrosas para su vida y salud, que sí son abarcados por el verbo típico “imponer condiciones”.

El núcleo de la cláusula de especificación de la conducta viene dado por las siguientes expresiones:

---

<sup>1535</sup> Cabe traer a colación en este punto, al tipo penal del art. 168 del Código Penal de Perú, en su redacción original, vigente hasta el año 2012, que establecía: “Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años el que *obliga a otro*, mediante violencia o amenaza, a realizar cualquiera de los actos siguientes: 1. integrar o no un sindicato 2. prestar trabajo personal sin la correspondiente retribución. 3. *trabajar sin las condiciones de seguridad e higiene industriales determinadas por la autoridad*. La misma pena se aplicará al que incumple las resoluciones consentidas o ejecutoriadas dictadas por la autoridad competente; y al que disminuye o distorsiona la producción, simula causales para el cierre del centro de trabajo o abandona éste para extinguir las relaciones laborales” (el resaltado me pertenece). La norma comentada exigía que se *obligue a otro, mediante violencia o amenaza* a trabajar en las circunstancias descritas. Para determinar la relevancia del consentimiento de la víctima en este delito, la doctrina peruana partía de la distinción entre los conceptos de “acuerdo” (como causa de atipicidad) y “consentimiento” (como causa de justificación). En este marco, se entendía que si el trabajador aceptaba laborar en las condiciones descritas en el art. 168, tal consenso hacía imposible afirmar que se vio obligado mediante violencia o amenaza a comportarse de tal manera, de modo que se trataba de un caso de “acuerdo” que hace *atípica* la conducta (CARO CORIA, D. La falsa tutela penal del trabajador (páginas sin numerar), *wwccfirma.com*).

a. “Características ambientales, de edificación, procesos y organización”: Esta primera especificación responde a una selección de ciertas áreas que constituyen “pilares” dentro de la actividad laboral. En principio, una infracción de seguridad que afecte a estos ámbitos tan relevantes, será potencialmente peligrosa (grave peligro), porque son *estructurales* en el desempeño de la actividad productiva.

“Edificación” refiere a condiciones generales de construcción e infraestructura sanitaria del local de trabajo, es decir no está necesariamente relacionado con la actividad laboral en sí misma. Una adecuada edificación debe proteger de las condiciones climáticas y reducir la probabilidad de accidentes, tener adecuadas salidas de emergencias, buena ventilación, iluminación, señalización de riesgos, conexiones seguras de gas y electricidad, etc.<sup>1536</sup>

Pero también la edificación puede referirse a la actividad en concreto, así por ejemplo, un edificio donde se realiza una actividad que genera polvo en el ambiente, debe responder a un diseño especial, que prevea una correcta ventilación. Una infracción en el diseño del edificio para que sea seguro, crea un riesgo “arquitectónico” que difícilmente se pueda neutralizar totalmente con otros medios, por ejemplo en el supuesto mencionado, con máscaras que filtren el polvo. La deficiencia de la edificación puede ser generada también por la falta de mantenimiento del edificio.

Hay actividades productivas peligrosas que requieren de un especial diseño edilicio, por ejemplo: las fábricas de pirotecnia. En esos establecimientos los desechos de material explosivo deben acumularse en depósitos especiales, contruidos según los parámetros del decreto n° 302/83, reglamentario en materia de pólvora, explosivos y afines, de la ley n° 20.429. En el fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Sala II, “Delfino y otros/homicidio culposo”, del 31/12/2004, se abordó el caso de una fábrica de pirotecnia, ubicada en la Provincia de Santa Fe, en la que, al no contar con ese depósito especial para desechos explosivos, éstos se acumulaban en un pozo en el patio del establecimiento, “a cielo abierto.” A raíz de ello y ante la ausencia de señalización del pozo, alguien tiró una colilla de cigarrillos encendida, ocasionando una explosión que causó un muerto. En otro orden de cosas, es alarmante la falta de mantenimiento de los hospitales públicos en la provincia de Buenos Aires, que ha generado masivas protestas de los trabajadores de la salud pidiendo inversiones en infraestructura. En ese sentido, en octubre de 2016, en un hospital ubicado en la localidad de Isidro Casanova, se desprendió del techo un caño de agua, lesionando a una enfermera. Milagrosamente ello ocurrió un día de huelga y por lo tanto casi

---

<sup>1536</sup> En un estudio sobre condiciones de trabajo en Universidades de Argentina, se ha destacado la importancia de la infraestructura de servicios (en muchos casos se han detectado “redes de servicios vetustas y saturadas, instalaciones de gas antirreglamentarias o con pérdida, con servicios eléctricos al borde del colapso por el crecimiento vegetativo experimentado, sin las correspondientes protecciones y con cables de tela y goma, inexistencia de redes de servicios de gases comprimidos, por lo que se usan los tubos dentro de los edificios y de los laboratorios, de desagües cloacales rotos y por donde se suele evacuar sustancias peligrosas. Las de agua, en algunos casos son vetustas”) (FLANDRINO, A., La salud y seguridad de un sistema particular, 2009, [www.biblioteca.clacso.edu.ar](http://www.biblioteca.clacso.edu.ar), pp.53 y ss.).

no había trabajadores ni público, de lo contrario, hubiera generado una verdadera tragedia.<sup>1537</sup>

Asimismo es importante el cuidado y control de las “características ambientales” del lugar donde se desarrollen las tareas laborales. Ello refiere a un ambiente físico inocuo de trabajo: nivel permitido de ruidos, vibraciones, radiaciones, condiciones de temperatura (temperatura de 38° C en adelante puede causar grandes daños al trabajador, así como las temperaturas bajas -menores a 0°-, el riesgo de congelamiento). También se relaciona con el control de sustancias químicas que puedan afectar al ambiente de trabajo: sustancias inflamables, corrosivas, irritantes, tóxicas, agentes biológicos, entre otros.<sup>1538</sup> Un ejemplo emblemático de condiciones ambientales peligrosas, es el caso de los TTC, en los que la humedad, oscuridad y falta de ventilación, sumados al hacinamiento crean las circunstancias propicias para contraer infecciones pulmonares y enfermedades como la tuberculosis (el basilo de Koch que genera esa dolencia, sólo sobrevive en un ambiente húmedo y resguardado de la luz solar).<sup>1539</sup>

Las condiciones ambientales inseguras muchas veces son consecuencia de problemas relativos a la edificación, por lo que estas dos áreas no son totalmente independientes. Ello puede observarse en el siguiente caso:

En el fallo ya citado de la CNCP,<sup>1540</sup> se abordó la imputación por homicidio culposo de un trabajador, al socio gerente de un frigorífico (Demarco) que no observó las Normas Argentinas de Gas n° 200 y 201, ni aseguró el correcto funcionamiento de los artefactos laborales necesarios para la seguridad de sus empleados, lo que produjo un efecto deflagrativo cuando el 5 de septiembre de 2008, el empleado Faustino Paz intentó encender uno de los quemadores (debido a la acumulación de gas en el ambiente por las pérdidas de los artefactos), sufriendo quemaduras que le causaron la muerte. El Tribunal señaló que “de la disposición “1

---

<sup>1537</sup> Hospital Paroissien: una enfermera sufrió una fractura, tras la rotura de un caño, diario *El Digital*, 26/10/2016, [www.elldigital.com.ar](http://www.elldigital.com.ar).

<sup>1538</sup> Las condiciones a las que debe responder el ambiente de trabajo, están especificadas en el decreto 351/79, reglamentario de la ley n° 19.587. Por su parte, la SRT en su Resolución n° 861/2015, aprobó el protocolo para medición de contaminantes químicos en el aire del ambiente de trabajo.

<sup>1539</sup> En un dictamen fiscal reciente, se alertó sobre la “expansión progresiva de la tuberculosis en la Ciudad de Buenos Aires”, como consecuencia del trabajo esclavo en talleres clandestinos de costura, como ocurría a principios del siglo XX en las fábricas textiles. El informe, señala que mientras a nivel nacional la incidencia de la enfermedad disminuyó un 39 por ciento entre 1985 y 2011, en el ámbito porteño (Bs. As.) se registró un aumento del 25 por ciento, según estadísticas oficiales. El incremento estaría relacionado, con las condiciones de hacinamiento y extrema vulnerabilidad socioeconómica y cultural en las que viven los talleristas, muchos de ellos inmigrantes provenientes de países con altas tasas de incidencia de la tuberculosis, como Bolivia. De acuerdo con la información suministrada por el Hospital Piñero, ubicado en el sur del barrio de Flores (Bs. As.), el 60 por ciento de las personas infectadas atendidas trabajaban en talleres textiles clandestinos (noticia publicada en *El Universal*, el 26/01/2014, [www.eluniversal.org.ar](http://www.eluniversal.org.ar)).

<sup>1540</sup> Causa n° 1239/2013, Sala IV, “Demarco, Ángel s/ recurso de casación”, reg n°589.14.4, del 15/4/2014.

688” de la Dirección General de Política y Evaluación Ambiental, dependiente del Ministerio de Medio Ambiente del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, del día 21/6/2007, surge la obligación en cabeza de Demarco de cumplir con lo dispuesto en el punto p) del artículo 3° de la misma, debiendo “cumplir en el ambiente interno con todos los requisitos que fija la Ley Nacional N° 19.587 de Seguridad e Higiene en el Trabajo, sus decretos reglamentarios y disposiciones complementarias, incluidas aquellas del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”. En una inspección efectuada por la empresa “Metrogas S.A.” (que provee el servicio de gas), se detectó que en el frigorífico había conexiones antirreglamentarias y filtraciones de gas, deficiencias de instalaciones, agregados de cañerías, cañerías con uniones dobles, tomas sin taponar, etc. que determinaban las condiciones ambientales inseguras en el establecimiento comercial.

En tercer lugar, cabe asignarle relevancia a la planificación de cómo debe ser un “proceso” inocuo en el marco de ciertas actividades productivas. Por ejemplo, en un laboratorio donde se manipulan sustancias químicas o biológicas peligrosas, el diseño del procedimiento adecuado debe responder a determinadas pautas de seguridad (evitar una reacción química cuya nocividad se desconoce o el fortalecimiento y propagación de un virus o bacteria) que incluyen el exhaustivo control de las condiciones ambientales en procesos que involucren materiales radioactivos.<sup>1541</sup> La relevancia de esta área (procesos) es independiente de que, por ejemplo el laboratorio, contenga una campana para aspirar vapores tóxicos u otra medida de seguridad *subsidiaria* al proceso seguido.<sup>1542</sup>

En la Planta Piloto de la Facultad de Ingeniería de la Universidad Nacional de Río Cuarto (provincia de Córdoba), se trabaja con proyectos vinculados a la producción de biodiésel y se procesan residuos de aceite comestible utilizando hexano, un solvente altamente inflamable. En diciembre de 2007 se produjo allí un accidente

---

<sup>1541</sup> El 04 de agosto 2008, el Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA) informó que una muestra sellada que contenía plutonio (material radioactivo) explotó durante el fin de semana en el laboratorio de Seibersdorf, ubicado 35 kilómetros al sudeste de Viena. El Organismo señaló que el incidente se produjo debido a un aumento de presión, que no hubo víctimas y que no se produjo una fuga de radioactividad al medioambiente, ya que se controló dentro del área de seguridad del laboratorio. El OIEA agregó que esas instalaciones cuentan con múltiples sistemas de seguridad, que incluyen el filtrado del aire para prevenir escapes radioactivos (Naciones Unidas-Centro de Información, [www.cinu.org.mx](http://www.cinu.org.mx)).

<sup>1542</sup> La importancia de respetar los procesos seguros para la salud de los trabajadores puede observarse en el siguiente suceso: En la Central Nuclear de Embalse (provincia de Córdoba), el 15 de abril de 2016, durante tareas de mantenimiento en el edificio del reactor se produjo un derrame de 10 litros de agua pesada que mojó parcialmente la ropa de trabajo de 9 operarios. Los reactores nucleares tipo “Candú” como la Central Nuclear Embalse tienen 3 circuitos, uno primario que es de agua pesada y otros dos - secundario y terciario - de agua ligera que se usan básicamente para poder sacar un poco el calor; a veces sucede que los circuitos se pinchan y sale el agua pesada. El agua pesada está radiactivamente contaminada porque forma parte del circuito primario, de ese modo, los 9 operarios estuvieron expuestos al peligro de la radiación *porque no pueden tener una protección absoluta* (en referencia a equipos de protección personal). Esta fuga de agua pesada se produjo en el marco de un *proceso irregular o antinormativo*, ya que se ha decidido de forma ilegal extender la vida útil de la Central (que se encuentra fuera de funcionamiento por mantenimiento), sin autorización de la Secretaría de Ambiente de la provincia de Córdoba. Como no se trata de un reactor nuevo, extender su vida útil (cambiando sólo algunas piezas) implica riesgos crecientes de fallas (RED NACIONAL DE MEDIOS ALTERNATIVOS, 26 de abril de 2016, [www.rnma.org.ar](http://www.rnma.org.ar)).

que dejó 6 heridos gravísimos, con el 80 % del cuerpo quemado. A un montacargas se le cayó un tambor de 200 litros de ese químico, que se derramó provocando un incendio y luego una explosión en cadena. La tragedia se potenció porque se incumplió con el *proceso correcto de acumulación del hexano* (había entre 10 y 15 tambores con hexano, acumulados en la planta desde hacía unos días). Esos tambores nunca debieron ser tantos, ni estar juntos en un solo lugar.<sup>1543</sup>

En otro orden de cosas, en un país como Argentina, donde está tan desarrollada la industria agropecuaria, muchos trabajadores rurales están expuestos a riesgos de manejo de animales, donde seguir el procedimiento indicado es fundamental. En este sentido, si se manejan animales que por su peso superan al trabajador de 3 a 10 veces (vacunos, equinos), las lesiones traumáticas, patadas, cornadas, apretones o atropellos pueden llegar a ocasionar heridas, fracturas, hemorragias internas y hasta la muerte. Nótese que frente a este riesgo en particular, no existe otra prevención más que el “proceso adecuado”, ya que no hay equipo de protección personal que pueda resguardar al trabajador de los daños causados por estos animales.

Una situación particular relativa a la infracción de los “procesos seguros” dispuestos en la normativa de prevención, es la que sucede en Argentina con el uso de agroquímicos.

El problema data de hace una década, pero se agravó con marcada intensidad en este último tiempo. A punto tal que en 2015, 30.000 profesionales de la salud exigieron que deje de utilizarse uno de los productos más usados en la producción agrícola argentina: el glifosato. Según las investigaciones, el glifosato es tan peligroso como el PCB de los viejos transformadores o el virus del papiloma humano (HPV). La OMS informó que existe evidencia científica suficiente para declarar potencialmente cancerígeno al producto que la multinacional estadounidense Monsanto desarrolló a fines de los años 60. El glifosato no sólo provoca cáncer, sino que también está asociado a enfermedades de la piel, respiratorias y neurológicas.<sup>1544</sup> En 2005 un trabajador rural murió por intoxicación por uso del glifosato, sin que los empleadores le hubieran dado mínima información sobre el uso de sustancia de alta toxicidad, ni equipos adecuados de protección personal para la pulverización. Recientemente dichos empleadores fueron condenados civilmente a pagar una reparación de casi 1.000.000 de pesos, pero no hubo investigación penal.<sup>1545</sup> En Argentina se usan unos 300 millones de litros de glifosato en 28 millones de hectáreas, especialmente en las que se produce soja. Ante esta situación, un fiscal federal pidió recientemente detener el uso del glifosato en todo el país a raíz de las exigencias de diversas organizaciones de salud, señalando que en el campo argentino se multiplicó un 1000 por ciento el uso de agrotóxicos entre 2005 y 2015.<sup>1546</sup>

Finalmente, el área relativa a la “organización” del trabajo, remite a una cuestión central en la seguridad laboral. Su relevancia se relaciona con la prevención de la “imprudencia profesional” del trabajador (por ejemplo por la repetición de tareas que genera el

---

<sup>1543</sup> “Explosión en la Universidad Nacional de Río Cuarto: 20 heridos”, *La Nación*, 5/12/2007.

<sup>1544</sup> “Argentina envenenada: proliferan el cáncer y las malformaciones por el uso de químicos para producir alimentos”, 26/06/2015, [www.iprofesional.com](http://www.iprofesional.com).

<sup>1545</sup> “Fallece el Trabajador Tareas de Fumigación, por Intoxicación con Glifosato”, 1/10/2013, [www.adelaprat.com](http://www.adelaprat.com).

<sup>1546</sup> “Buscan prohibir el uso de agrotóxicos por ser posible causante de cáncer y malformaciones”, 1/01/2017, [www.infobae.com](http://www.infobae.com).

acostumbramiento y menosprecio del riesgo). En efecto, la *organización del trabajo* tiene que ver con la fijación de horarios; rotaciones de tareas; extensión de la jornada de trabajo; actividad simultánea de dos o más operarios en la misma máquina, tarea o puesto de trabajo; apremio de tiempo o ritmo de trabajo acelerado; evitar tareas monótonas o rutinarias, trabajos peligrosos solitarios e interferencias entre distintos puestos de trabajo y con una modalidad en ascenso: el “trabajo por turnos”.

Las exigencias de la economía, la globalización y el ritmo actual de crecimiento de las corporaciones, obliga a mantener los servicios y los procesos productivos de manera continua. Como respuesta a esa necesidad, diferentes sectores de la economía: el sector salud, manufactura, transporte, servicios de seguridad y comunicaciones, entre otros, cuentan con sistemas de “trabajo por turnos”. El trabajo por turnos es toda forma de organización del trabajo en equipo, según la cual los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo, implicando para el trabajador, la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes en un período determinado de días o de semanas. De esta forma, los trabajadores se reemplazan uno al otro para que el establecimiento opere más horas que con un trabajador individual. En la rotación de turnos los trabajadores alteran sus horas de trabajo por la mañana, tarde o noche. En esta organización hay que tener en cuenta la frecuencia de rotación y la extensión del ciclo de rotación. Dependiendo de ello, pueden generarse trastorno de sueño, fatiga, y enfermedades cardiovasculares.<sup>1547</sup> Pero lo más importante es que la irregularidad en los períodos de trabajo y descanso puede alterar los ritmos biológicos y de ese modo, el trabajador está “menos alerta” y puede cometer errores fatales.

Sobre la duración de la jornada de trabajo, la ley n° 11.544 (del 12/9/1929) establece que:

Art. 1: “La duración del trabajo no podrá exceder de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales para toda persona ocupada por cuenta ajena en explotaciones públicas o privadas, aunque no persigan fines de lucro.

No están comprendidos en las disposiciones de esta ley, los trabajos agrícolas, ganaderos y los del servicio doméstico, ni los establecimientos en que trabajen solamente miembros de la familia del jefe, dueño, empresario, gerente, director o habilitado principal.

La limitación establecida por esta ley es máxima y no impide una duración del trabajo menor de 8 horas diarias o 48 semanales para las explotaciones señaladas.”

Art.2: “La jornada de trabajo nocturno no podrá exceder de siete horas, entendiéndose como tal la comprendida entre las veintiuna y las seis horas. Cuando el trabajo deba realizarse en lugares insalubres en los cuales la viciación del aire o su compresión, emanaciones o polvos tóxicos permanentes, pongan en peligro la salud de los obreros ocupados, la duración del trabajo no excederá de seis horas diarias o treinta y seis semanales. El Poder Ejecutivo determinará, sea directamente o a solicitud de parte interesada y previo informe de las reparticiones técnicas que correspondan, los casos en que regirá la jornada de seis horas.”

---

<sup>1547</sup> FEO ARDILLA, J., *Influencia del trabajo por turnos en la salud y la vida cotidiana*, trabajo de grado para optar al título de especialista en salud ocupacional, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007, p. 16.

b. “la falta de adecuación de la tarea asignada a los rasgos personales del trabajador”. No es suficiente con adoptar las medida de seguridad adecuadas para un determinado trabajo “en general”, sino que éstas además, deben tener en cuenta las características personales de cada trabajador individual, de lo contrario las medidas “generales” pueden ser tan ineficientes para evitar riesgos para el trabajador, como si se prescindiese de ellas.<sup>1548</sup> En esta línea de pensamiento, se ha señalado que el mandato constitucional de las “condiciones dignas de labor” (art. 14 bis CN) apuntan a un aspecto material u objetivo -lugar o modo del trabajo- y a otro personal o subjetivo -situación personal del trabajador-.<sup>1549</sup> Es por ello que la legislación que concrete esta garantía, debe tener en cuenta el tipo de trabajo de que se trate, y debe referirse tanto al ámbito en el que el trabajador desempeña su labor, como a las condiciones de salubridad y seguridad en la tarea y también al *aspecto individual* del trabajador. El tipo penal que aquí se propone respeta así, tales pautas constitucionales.

Tienen especial relevancia en este ámbito, las disposiciones que regulan el trabajo seguro de las mujeres embarazadas y de los menores de edad.

Argentina ratificó en el año 2000, el Convenio OIT sobre la Protección de la Maternidad (n° 103) y la recomendación de la protección de la maternidad para brindar protección a las mujeres trabajadoras en el embarazo. Cumple este mandato a través de la Ley 20.744, Ley de Contrato de Trabajo, donde se establece las responsabilidades del empleador respecto a la Protección de la Maternidad en los artículos 177 al 186. Cada Sindicato o Gremio puede a su vez por intermedio de convenios colectivos de trabajo o paritarias ampliar el contenido de esta Ley. Respecto del trabajo de los menores de edad, las fuentes legales que lo regulan son, además de la CN y la Convención sobre los Derechos del Niño, el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) n° 138, Convenio Sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo, ratificado por Ley n° 24.650 y la citada Ley de Contrato de Trabajo en el Título VIII, "Del Trabajo de los Menores", artículos 187 a 195.

Existen en Argentina muchos casos de trabajo infantil “culturalmente aceptados” (en la mayoría de los casos el menor trabaja con o para la familia.<sup>1550</sup> En ese sentido cabe destacar, los niños que trabajan en la recolección de la caña de azúcar (Zafra), hortalizas y frutillas en la provincia de Tucumán; los niños “tareferos”, que podan las plantas de yerba mate y separan la hoja del palo, en los yerbatales de la provincia de Misiones;

---

<sup>1548</sup> AGUADO LÓPEZ, *El delito contra la seguridad...*, p. 198.

<sup>1549</sup> BIDART CAMPOS, *Tratado elemental...*, pp. 476 y ss.

<sup>1550</sup> Recientemente la ley n° 26.847 (12/04/2013), ha introducido en el CP argentino, al art. 148 bis que establece que: “Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años el que aprovechar económicamente el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil siempre que el hecho no importare un delito más grave. Quedan exceptuadas las tareas que tuvieren fines pedagógicos o de capacitación exclusivamente. No será punible el padre, madre, tutor o guardador del niño o niña que incurriere en la conducta descripta”.

niños “ajeros”, que trabajan en la provincia de Mendoza, deschalando y cortando el ajo; los que cosechan uvas en la provincia de San Juan, entre otros. También, debe destacarse a los niños futbolistas, que juegan al fútbol para ciertos clubes, por dinero.<sup>1551</sup>

c. “Incumplimiento de la colocación de protecciones de maquinarias, instalaciones y alturas e incumplimiento del suministro de equipos de protección personal”

Estas dos expresiones refieren sí a *determinadas infracciones* de normas de prevención (y no a ciertas áreas) que pueden identificarse como gravemente peligrosas.<sup>1552</sup> Se distingue entre las medidas generales (cuyo incumplimiento pueden generar -en principio- un peligro común) y las medidas de seguridad personales (cuya infracción genera un peligro individual). La importancia de esta distinción se señaló en el capítulo IV, donde se destacó el problema generado por el art. 316 al no discriminar entre esas dos clases de medidas. Aunque parezca superflua esta discriminación dentro del tipo, creo que es necesaria, teniendo en cuenta lo ocurrido con la jurisprudencia española, que al aplicar el art. 316 sin discriminar cuando se generó un peligro común o individual, *crea problemas en la determinación del concurso que corresponde aplicar al caso*. Esta distinción se corresponde con dos escalas penales diferentes establecidas en el tipo y permite dejar en claro que el delito se consuma con la situación de peligro grave que afecte a *un sólo trabajador*.

Nótese que el verbo utilizado respecto de los equipos de protección individuales es “suministrar” que refiere a “poner a disposición” sin recurrir a un verbo tan problemático como el “facilitar” del art. 316.

d. “La ausente o insuficiente formación e información de los trabajadores sobre prevención de riesgos”.

Por último, la infracción del deber de formación e información, adquiere aquí una máxima relevancia, en tanto el trabajador, además de ser una “pieza” dentro del proceso

---

<sup>1551</sup> COSTAMAGNA, O., Sanciones penales en el derecho laboral argentino; consecuencias penales de las cuestiones laborales, en *Derecho Penal del trabajo. Una mirada de doble vía*, MUÑOZ SEGURA/POSADA MAYA (coords.), Bogotá, 2017, pp. 238/40.

<sup>1552</sup> En este sentido, la ley n° 19.587 dispone en su art. 8°: “Todo empleador debe adoptar y poner en práctica las medidas adecuadas de higiene y seguridad para proteger la vida y la integridad de los trabajadores, especialmente en lo relativo: a) a la construcción, adaptación, instalación y equipamiento de los edificios y lugares de trabajo en condiciones ambientales y sanitarias adecuadas; b) a la colocación y mantenimiento de resguardos y protectores de maquinarias y de todo género de instalaciones, con los dispositivos de higiene y seguridad que la mejor técnica aconseje; c) al suministro y mantenimiento de los equipos de protección personal; d) a las operaciones y procesos de trabajo.” A este precepto cabe añadir también como normativa de remisión del tipo, los decretos reglamentarios y convenios colectivos homologados que refieren a actividades laborales específicas.



productivo, es también un sujeto individual que interactúa con el riesgo y debe hacerlo con autonomía para poder autoprotgerse. En ese contexto, es tan importante proveerlo de los medios de protección como darle los conocimientos necesarios para que *asocie el riesgo con esas medidas de prevención* y de ese modo asegurar su cumplimiento. Por eso se ha propuesto aquí una interpretación amplia del deber de información que pesa sobre el empleador, bajo los términos de lo desarrollado en el capítulo V.<sup>1553</sup>

En esta línea de pensamiento, se ha señalado que la importancia de la prevención en una empresa está íntimamente relacionada con el valor que se le atribuya a la formación e información: es aquí donde mejor se puede comprobar hasta qué punto asume el empresario y su personal intermedio el deber de seguridad. Es cierto que la disposición de las medidas de prevención tanto colectivas como individuales son imprescindibles, pero es la formación e información de los trabajadores sobre los riesgos lo que más puede ayudar a conseguir un entorno laboral seguro.

#### 4 Cláusula de nivelación del peligro

Esta cláusula está contenida en la fórmula: “imponga condiciones...susceptibles de afectar gravemente la salud y vida de éstos [trabajadores]”

La formulación exige un peligro abstracto-concreto (estadio de evolución anterior al de peligro concreto). En este sentido, no es suficiente la constatación del incumplimiento de las medidas de seguridad extrapenales, sino que se requiere un “estado de peligrosidad descontrolada”, que en la práctica se traduce en que es *inminente el ingreso de algún trabajador en el radio del peligro* (epicentro del “remolino”) y que el sujeto activo no puede controlar ese posible ingreso. Es decir, no se trata de la inminencia *del resultado lesivo* -peligro concreto-, sino del paso previo a ella. Lo que se quiere evitar es *el incumplimiento del empresario del estandar de seguridad* (infracción del primer

---

<sup>1553</sup> El art. 9 de la ley n° 19.587 establece que: “Sin perjuicio de lo que determinen especialmente los reglamentos, son también obligaciones del empleador; a) disponer el examen pre-ocupacional y revisión periódica del personal, registrando sus resultados en el respectivo legajo de salud; b) mantener en buen estado de conservación, utilización y funcionamiento, las maquinarias, instalaciones y útiles de trabajo; c) instalar los equipos necesarios para la renovación del aire y eliminación de gases, vapores y demás impurezas producidas en el curso del trabajo; d) mantener en buen estado de conservación, uso y funcionamiento las instalaciones eléctricas y servicios de aguas potables; e) evitar la acumulación de desechos y residuos que constituyan un riesgo para la salud, efectuando la limpieza y desinfecciones periódicas pertinentes; f) eliminar, aislar o reducir los ruidos y/o vibraciones perjudiciales para la salud de los trabajadores; g) instalar los equipos necesarios para afrontar los riesgos en caso de incendio o cualquier otro siniestro; h) depositar con el resguardo consiguiente y en condiciones de seguridad las sustancias peligrosas; i) disponer de medios adecuados para la inmediata prestación de primeros auxilios; j) colocar y mantener en lugares visibles avisos o carteles que indiquen medidas de higiene y seguridad o adviertan peligrosidad en las maquinarias e instalaciones; k) *promover la capacitación del personal en materia de higiene y seguridad en el trabajo, particularmente en lo relativo a la prevención de los riesgos específicos de las tareas asignadas*; l) denunciar accidentes y enfermedades del trabajo” (el resaltado me pertenece).

nivel del deber de seguridad), *seguido del comienzo de la interacción del trabajador con el riesgo* (pero antes de ingresar en el radio de influencia del peligro), lo que nos conduce a ubicar al “peligro grave” en un estadio de evolución *anterior* al peligro concreto (peligro abstracto-concreto).

Cabe resaltar que el adjetivo “grave” refiere directamente a la posible afectación de la salud y vida del trabajador, dejando en claro que alude al aspecto relacionado con la magnitud del resultado temido (“severidad”) y no con una cuestión relativa al estadio de evolución del peligro (como interpreta la mayoría de la doctrina respecto del art. 316, donde “grave” califica al peligro).

El peligro abstracto-concreto es además el adecuado para que el tipo de peligro abarque las conductas que pueden generar las enfermedades laborales a largo plazo.

A diferencia del art. 316, la redacción típica en el artículo propuesto es más clara en este aspecto y sólo admite esta interpretación y no la correspondiente al peligro concreto.

En cuanto a la escala penal del peligro común, se tuvo en cuenta la prevista por el art. 188 del CP argentino (peligro de inundaciones e incendio), pero se la redujo (1 a 4 años de prisión), ya que en este caso el riesgo (laboral) es de una magnitud menor a la de “desastre” en términos del art. 188.<sup>1554</sup> Respecto del riesgo individual, se ha tomado como parámetro el delito de abandono de personas, art. 106 CP argentino, pero con una reducción de esa escala penal (1 a 3 años de prisión), en virtud de que el art. 106 prevé un peligro concreto.<sup>1555</sup>

### **II.3.b Apartado 2°**

“Cuando el trabajador haya sido expuesto *reiteradamente* al peligro de contraer una enfermedad laboral grave”.

Como se ha desarrollado en el capítulo anterior, el riesgo de contraer una enfermedad, a diferencia del “accidente” (lesión o muerte instantánea) se produce durante un lapso más o menos prolongado de tiempo. Se explicó que esta forma de ejecución del delito responde a la “lógica de los delitos de acumulación”. Ahora bien, la acumulación aquí es un concepto que sirve como herramienta dogmática de interpretación, pero no se trata estrictamente de un delito de acumulación. En primer lugar, porque a diferencia de

---

<sup>1554</sup> Art. 188 “Será reprimido con prisión de uno a seis años el que, destruyendo o inutilizando diques u otras obras destinadas a la defensa común contra las inundaciones u otros desastres, hiciere surgir el peligro de que éstos se produzcan...”.

<sup>1555</sup> Art. 106 “El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de 2 a 6 años...”.

aquellos, no hay aquí un bien jurídico colectivo, sino un bien jurídico que aunque presente “cierta elasticidad” que permite una afectación gradual, es individual (salud). En segundo término, no hay aquí una especie de “autoría accesoria”, típica de los delitos ambientales <sup>1556</sup> -en el sentido de que para la prohibición se tienen en cuenta los posibles aportes de otros eventuales infractores, respondiendo a la idea de que “si todos lo hicieran se afectaría gravemente el medio ambiente”.-<sup>1557</sup> A diferencia de ello, en este caso, debido a la modalidad comisiva, el bien jurídico no puede afectarse de una vez, con un único comportamiento, sino que requiere una reiteración en el tiempo de la conducta para que se produzca el resultado -enfermedad-. Por eso se usa en el tipo la expresión “reiteradamente”, porque remite a la repetición del incumplimiento del estandar de seguridad. El aspecto cuantitativo que contiene la fórmula “reiteradamente” integra el ámbito de valoración del juzgador, quien para determinar “cuántos” incumplimientos satisfacen ese requisito, deberá tener en cuenta la lesividad de cada infracción -capacidad de provocar una microlesión-.

Nótese que el criterio de lesividad potencial usado para el accidente (apartado 1) y el de la enfermedad (apartado 2) son diferentes ya que en este último caso la lesividad de un sólo comportamiento infractor del empresario es mínimo (genera una microlesión imperceptible), pero esa diferencia se equilibra con la exigencia de la *reiteración* de la conducta

En cuanto a la escala penal propuesta debe tenerse en cuenta que el riesgo de exposición a contraer una enfermedad laboral es un riesgo individual, pero la escala se reduce (1 a 3 años de prisión) respecto de la prevista para el riesgo individual (de accidente) en el apartado 1º porque es más lejano el resultado. <sup>1558</sup>

### **II.3.c Apartado 3º**

En este apartado se agrava la pena cuando el sujeto activo comete las conductas previstas en los apartados 1º y 2º, en un contexto de informalidad laboral.

En el capítulo I se destacó que en el mercado laboral argentino actual, el trabajo informal y precario se ha generalizado, alcanzando niveles históricamente elevados.

---

<sup>1556</sup> Ver SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*..p.134 y ss.

<sup>1557</sup> Aunque no sería tan descabellado pensar en una lógica similar, partiendo del aporte que puede hacer cada empleador a la afectación de la salud del trabajador que va cambiando de trabajo.

<sup>1558</sup> No obstante, podría argumentarse que la *reiteración* de la conducta tiene un mayor contenido de injusto.

En este escenario de informalidad generalizada, se observa un proceso de doble subordinación del trabajador “en negro”. En efecto, a la dependencia propia que le confiere la relación laboral, se le suma que no puede hacer uso eficaz de los instrumentos jurídicos y extrajurídicos existentes para velar por sus intereses; de ese modo queda sometido de forma absoluta a las políticas empresariales relacionadas con la reducción de costes y maximización de los beneficios económicos, entre las que se incluye la omisión de las medidas de seguridad e higiene laborales exigidas legalmente. Es así que, en un contexto de informalidad laboral, el incumplimiento de las normas de prevención por parte del empresario, adquiere un carácter “perverso”, porque implica un *aprovechamiento* de esa doble subordinación del trabajador. Cuanto mayor es la subordinación del sujeto pasivo al activo, más intensa es la incumbencia de este último. En el caso del trabajador en negro, esa intensificación de competencia determina una mayor vinculación a lo injusto que debe reflejarse en la pena.<sup>1559</sup> Por eso creo que corresponde desvalorar con mayor intensidad la conducta omisiva del empresario, cuando se lleve a cabo en el marco de una relación laboral informal, que tiene su correlato en una escala penal más gravosa.

Esta posición adquiere fundamento en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, en tanto establece que “el trabajo *en sus diversas formas* gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas...de labor.”<sup>1560</sup> Esa expresión debe interpretarse en el sentido de que el mandato protectorio de la ley suprema, no hace distinciones acerca de la modalidad o forma jurídica de la prestación; incluyendo tanto al trabajador formal, como al informal.

Por ese motivo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas reconoció en 2016 que el derecho al trabajo abarca “a nuevas categorías, como las de los trabajadores por cuenta propia, los trabajadores del sector informal, los trabajadores agrícolas, los trabajadores refugiados y los trabajadores no remunerados”. También la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se viene ocupando de modo normativo de los trabajadores de cooperativas y sectores informales.<sup>1561</sup> De ahí que, para la efectividad completa de los derechos sociales, resulta necesario que se llegue a estos sectores para que gocen de condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo equivalentes a las de los trabajadores asalariados, con protección contra la

---

<sup>1559</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *RDP y C*, 2° Época, n°13, p.40.

<sup>1560</sup> El resaltado me pertenece.

<sup>1561</sup> “Institucionalización de un nuevo sujeto social en Argentina”, ARESE, *La voz del interior*, 11/5/2017.

discriminación, derecho a la seguridad y a condiciones de trabajo seguras y saludables, a la protección de la maternidad, a la libertad de asociación, a la libertad de disponer de su remuneración y a la protección contra el desempleo.<sup>1562</sup>

En este esquema y teniendo en cuenta la situación particular de los trabajadores “en negro” en Argentina, que desarrollan su actividad en situaciones de mucha mayor precariedad que los trabajadores formales, en los ámbitos de mayor riesgo (pequeñas y medianas empresas, talleres textiles, sector de la construcción, agrario y minero) y que la siniestralidad entre esos trabajadores duplica a la que sufren los registrados,<sup>1563</sup> creo que necesitan una protección penal *intensificada*.

### II.3. d Apartado 4°

En el último apartado del tipo penal propuesto se tipifica lo que en el capítulo V se ha denominado el “delito de favorecimiento”, que consiste básicamente en elevar a la categoría de delito autónomo la conducta del empresario que infringe el deber de vigilar a quien le ha delegado su competencia sobre la gestión del proceso productivo o una faceta de éste, que puede ser también la función específica de seguridad. Nótese que en este caso el tipo penal releva penalmente, no la infracción del deber de vigilancia propio del segundo nivel del deber de seguridad -que tiene que ver con la supervisión del trabajador (vigilar “el acto del trabajador”)-, sino la infracción del deber *residual* de control del delegante (deber secundario).

Conforme se ha explicado, en el ámbito de los riesgos laborales, esta infracción del deber de control por parte del empresario que ha delegado su competencia tiene mucha trascendencia, sobre todo teniendo en cuenta la posición social que ocupa el empresario y el *sentido delictivo que exterioriza*.<sup>1564</sup> Este aserto ha llevado a un sector de la doctrina española a considerar al empresario delegante como *autor* -tanto del delito del art. 316 como del delito imprudente de resultado-. Sin embargo, considero que ese razonamiento no es correcto dogmáticamente, porque aun cuando haya una infracción de su deber residual de control, lo cierto es que el empresario en este caso, ya no ostenta

---

<sup>1562</sup> *Ibidem*

<sup>1563</sup> Ver lo expuesto en el capítulo I.

<sup>1564</sup> ROBLES PLANAS, *InDret*, 2/2012, p 18. La defectuosa organización de la empresa se presenta como un indicador objetivo de responsabilidad penal ulterior del directivo materialmente responsable de dicha organización. Es decir, el empresario es garante de que su propia organización no genere lesiones a terceros (RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Legalidad y eficiencia en materia penal empresarial, *Derecho Penal Económico*, Bs.As., 2010, pp. 111/12).

la competencia (la ha delegado) y no ha tenido el dominio del hecho -en principio-, por lo que debe ser considerado un partícipe en el delito del delegado, ya que no estamos ante un delito de infracción de deber.

Comparto la idea de que por razones político-criminales el empresario que no controla debidamente al delegado que incumpliendo el deber de seguridad -delegado- ocasiona la lesión o muerte de éstos, *debería* ser también autor, (ya que en definitiva también se trata del riesgo generado por “su propia -inadecuada- organización”), por eso es que propongo la creación de este delito de favorecimiento que puede ser doloso o imprudente. Nótese que el verbo típico es *favorecer*, es decir tiene una formulación “positiva”, que se distingue, de lo que sería la expresión de la participación omisiva en el delito de resultado imprudente del delegado. Desde esta nueva visión, la infracción del deber de vigilancia del empresario delegante configura una *inadecuada o incorrecta organización de su ámbito de responsabilidad*, poniéndose de manifiesto su mayor amplitud y su *significado propio* frente a la de “participar en el delito del delegado”. Este cambio de perspectiva, se corresponde con la idea de imputarle al empresario, no una intervención en el delito de su colaborador, sino su “propio delito”, que se independiza así de la relación causal con el resultado lesivo imprudente.

Una vez perfeccionada la delegación de funciones, el delegado tiene el control directo de la fuente de peligro, pero el empresario delegante pasa a tener el deber de supervisar la actuación del delegado. Con esa lógica, se ha definido al deber secundario (residual) de vigilancia del empresario como: “*instar a que el delegado ejerza el control directo del riesgo e intervenir para minimizar el riesgo cuando entienda que el subordinado no está cumpliendo adecuadamente su deber*”. De este modo, la infracción de esa conducta debida por el empresario, consistirá en “*favorecer que el delegado no ejerza el debido control del foco de peligro y no intervenir cuando éste incumpla su deber de control*” y así, en su caso, favorecer que se produzca el resultado lesivo. Por eso el tipo penal autónomo que recepta esta conducta disvaliosa del empresario, es un delito de *favorecimiento*.

Ahora bien, creo que ese delito sólo debe abarcar los casos en que se produce efectivamente el resultado lesivo y no únicamente el peligro, sobre todo teniendo en cuenta que en el tipo penal propuesto se releva el peligro abstracto-concreto (no prevé un resultado de peligro, a diferencia de la interpretación que hace la doctrina del art. 316).

Finalmente, resta aclarar que el resultado lesión o muerte del trabajador es en este precepto, una condición objetiva de punibilidad, por eso es indiferente a los fines del encuadre legal de la conducta del empresario, la cantidad de resultados lesivos imprudentes producidos.

En definitiva, se trata de castigar al empresario que configure de modo inadecuado su esfera de organización, de manera que ello facilite la actuación delictiva del delegado, sobre la base de dos condiciones: en primer lugar, que su conducta de organización resulte contraria al deber de cuidado exigible (omisión de control adecuado del delegado o de intervención para minimizar el riesgo). La segunda condición será, la realización de la acción antijurídica del delegado (incumplimiento de sus deberes primarios de seguridad -brindar condiciones seguras y/o vigilar la actividad de los trabajadores para que cumplan las medidas de prevención-, lo que dependerá del contenido de la competencia delegada) y que a consecuencia de ello, se produzca efectivamente un resultado de lesión o muerte de algún trabajador (condición objetiva de punibilidad). Así planteado, el delito aquí propuesto consiste, en la infracción del deber del empresario de impedir que dentro de su ámbito de responsabilidad (*y a pesar de la delegación*) tenga lugar la causación del resultado lesión y/o muerte del trabajador o trabajadores.

El delito de favorecimiento del empresario puede ser doloso o imprudente. Cuando es doloso, el “favorecedor” tiene la misma pena del autor del delito imprudente (delegado), de ese modo, el empresario delegante es penado con una escala penal más gravosa que la correspondiente a una partícipe por omisión.

En cuanto a la forma imprudente, el precepto postulado prevé una escala penal menor que la correspondiente a la conducta dolosa, utilizando la fórmula de reducción propia de la tentativa.<sup>1565</sup>

---

<sup>1565</sup> El art. 42 del CP argentino dispone que “El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el art. 44”. Por su parte, el art. 44 del CP, al establecer la escala penal de la tentativa dispone que “La pena que correspondería al agente, si hubiera consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad...”. Creo que esta fórmula debe interpretarse del siguiente modo: que el mínimo de la pena debe ser equivalente a dos tercios del mínimo correspondiente al delito consumado y el máximo reducirse a la mitad.

## CONCLUSIONES

-Gran parte de los accidentes y enfermedades laborales producidos en Argentina son consecuencia del *incumplimiento pertinaz y generalizado* de las normas de orden público respecto de la higiene y seguridad en el trabajo. En ese comportamiento infractor del empresario argentino intervienen tres factores, que no resultan del todo independientes y que refieren a 1. La *idiosincrasia del empleador argentino* (factor cultural: menosprecio de la prevención de riesgos); 2. Las *características propias del sistema normativo nacional* (configurado por la vaguedad y dispersión con que se ha legislado en materia de seguridad e higiene) y 3. El *contexto socio económico argentino actual* donde el trabajo informal y precario se ha generalizado, alcanzando niveles históricamente elevados.

-El índice de siniestralidad laboral en Argentina es alto, frente a lo que resulta necesaria la intervención del Estado en la erradicación o al menos contención, de los riesgos que se ciernen sobre la persona del trabajador en el transcurso de su prestación laboral a favor del empresario. Con este panorama y partiendo de la inexistencia de algún precepto penal vigente apto para lograr ese objetivo, se postula la intervención del Derecho penal mediante la creación un tipo penal de peligro.

-La intervención penal protectora de la seguridad en el trabajo aquí postulada, se justifica:

En primer lugar por la *legitimidad del objeto de tutela*: por su conformidad con el mandato protectorio del art. 14 bis que impone “condiciones dignas de labor” y que debe interpretarse conjuntamente con los arts. 14 y 19, todos de la Constitución Nacional argentina.

En segundo término, por su *necesidad*: el sistema normativo extrapenal de prevención de riesgos laborales, no ha resultado eficiente en Argentina. El Derecho penal como medio *preventivo*, adelantando la tutela a un momento previo a la muerte o lesión (sancionando con pena de prisión la omisión de dar seguridad laboral, poniendo en peligro la vida y la salud de los trabajadores), puede ser eficaz para lograr el cumplimiento de la normativa de prevención de quienes, ni las indemnizaciones ni las sanciones administrativas han sido suficientes para motivarlos en la norma. Con esta lógica, la protección penal efectiva en este ámbito, requiere dos pasos sucesivos: la tipificación del delito de peligro y luego su aplicación efectiva. A lo que debe agregarse (como objetivos de largo plazo) una reforma integral de la normativa



laboral/administrativa y una campaña de concientización respecto de la relevancia de la prevención de riesgos laborales, para lograr un cambio cultural.

Finalmente, la introducción del delito de peligro se justifica por la *posibilidad de que su forma se adecue a los principios esenciales de un Derecho penal democrático*: conforme a los cuales, debe atenderse a la *intensidad* de los ataques dirigidos a los bienes jurídicos (vida y salud del trabajador) -abarcando sólo los más graves- (principios de intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad). Asimismo, la situación de desigualdad estructural de la relación laboral, en la que una parte -trabajador- depende de la otra -empresario-, es una nota clave para configurar a los trabajadores en relación de dependencia, como un *colectivo vulnerable* que requiere una protección intensificada de sus derechos fundamentales, que pueden verse afectados en el marco de esa relación “asimétrica”, y debe ser reforzada mediante la intervención del Derecho penal, a fin de nivelar, de proteger al más débil frente al más fuerte.

-La “competencia por organización”, es el planteamiento más acertado para determinar el fundamento y alcance del deber de garante que pesa sobre el empresario. La posición de garantía del titular de la empresa surge como *contrapartida de la libertad fundamental de que goza para organizarla del modo en que mejor se ajuste a su propio interés*.

-La delegación de funciones por parte del empresario, supone el traslado de la competencia, pero no se extingue el núcleo esencial del deber primario y originario que consiste en garantizar la observancia del cuidado necesario para evitar en la medida de lo posible -y exigible-, que del círculo de organización de la empresa se deriven daños para terceros. En la delegación de funciones -con transformación de competencias-, el delegado es el titular de los deberes primarios de garante y el delegante de los deberes secundarios o residuales de garante.

-En el encargo de tareas, el mero ejecutor (a diferencia del delegado), no tiene poder de decisión sobre el ámbito de competencia en el que se desarrolla su tarea -ni gestiona ni tiene obligación de control-, pero se trata de un sujeto *autorresponsable*, es decir, es posible que del incumplimiento de sus obligaciones también se derive su responsabilidad. En la medida en que se aparte de los parámetros que configuran su actuación (estándar normativo) y esto suponga la orientación de su conducta hacia un actuar delictivo, también debe responder por ello.

-Cuando el ejecutor (sujeto autorresponsable) se extralimita en su función, orientando su actividad hacia un comportamiento delictivo, también hay responsabilidad del mandante por el resultado delictivo que deriva de su propio ámbito de competencia pero, causado *directamente* por la infracción de su ejecutor. La atribución de responsabilidad penal al primero requiere de la constatación de una *relación de imputación* entre el resultado delictivo acaecido y la *infracción de un deber de control*. En ese caso, se le podría imputar el delito como autor (en comisión por omisión). Su posible responsabilidad en comisión por omisión se fundamenta en la *activación de su ámbito de competencia* a través del concreto encargo: el ámbito de competencia inicialmente asumido por el mandante/empresario, se *actualiza y concreta* con el encargo de la ejecución de una tarea a uno de sus colaboradores. De esa forma, aquel no es responsable *directamente* de la conducta de su ejecutor (autorresponsable) pero sí *del resultado* que de ella pueda derivarse, pues eso sí entra en su ámbito de competencia. De ese modo, nos encontramos ante un supuesto de *autoría accesoria* -ya que el resultado típico (lesión o muerte del trabajador) se produce por la concurrencia del comportamiento defectuoso de ambos-, pero éstos mantienen aquí la *individualidad* en su responsabilidad.

-Cuando el delegante infringe su deber de control sobre el delegado, quien a su vez actúa incorrectamente y genera un resultado lesivo (muerte o lesión de un trabajador), además del delegado (sujeto autorresponsable) puede tener responsabilidad el delegante, siempre que lo no impedido por el empresario (esto es, la actividad lesiva del delegado) forme parte del círculo de prestaciones a terceros que se derivan de su *organización inicial*. El fundamento de la responsabilidad del delegante por la actividad delictiva del delegado reside en que el desarrollo de la actividad del segundo tiene lugar en el ámbito de organización del primero, de forma que a éste le sigue incumbiendo, pese a la delegación, el cumplimiento de los deberes de vigilancia y supervisión relativos a que de su propio ámbito de organización no surjan peligros para terceros (también en forma de actividades lesivas que puedan partir del delegado en el marco de aquel ámbito).

-Sobre la base de la relevancia del ámbito de competencia que mantiene el delegante tras la delegación, su contribución al hecho delictivo a través de la infracción de su deber de control es de *menor intensidad* que la del delegado. Los deberes de supervisión tienen, respecto al ámbito de actividad común entre delegante y delegado, una naturaleza *secundaria o accesoria*. En esta medida, la calificación de la intervención del delegante se aproxima a las estructuras de la participación en el delito.

-Esa omisión del empresario (infracción del deber de vigilancia que fundamenta la intervención del delegante) tiene suma relevancia teniendo en cuenta la posición social del empresario, pero -a diferencia de la opinión de cierta postura doctrinal-, no puede ser considerada autoría. Sí corresponde de *lege ferenda*, darle otra perspectiva y comenzar por definirla como una *inadecuada o incorrecta organización de su ámbito de responsabilidad*. Así definida la conducta del delegante, se pone de manifiesto su mayor amplitud y su *significado propio* frente a la de “participar en el delito del delegado”.

-Si partimos de los efectos que produce la delegación de funciones (multiplicación de competencias), esto es, que el delegado tiene el control directo de la fuente de peligro, pero el empresario delegante pasa a tener el deber de supervisar la actuación del delegado, podemos definir al deber secundario de vigilancia del empresario como: “*instar a que el delegado ejerza el control directo del riesgo e intervenir para minimizar el riesgo cuando entienda que el subordinado no está cumpliendo adecuadamente su deber*”. De este modo, el incumplimiento de esa conducta debida por el empresario, consistirá en “*favorecer que el delegado no ejerza el debido control del foco de peligro y no intervenir cuando éste incumpla su deber de control*” y así, en su caso, favorecer que se produzca el resultado lesivo. Por eso el tipo penal autónomo que recepte esta conducta disvaliosa del empresario -y que aquí se postula-, será un delito de *favorecimiento*. Que implica castigar al empresario que configure de modo inadecuado su esfera de organización, de manera que ello facilite la actuación delictiva del delegado, sobre la base de dos condiciones: que su conducta de organización resulte contraria al deber de cuidado exigible (omisión de control adecuado del delegado o de intervención para minimizar el riesgo) y la realización de la acción antijurídica del delegado (incumplimiento de sus deberes primarios de seguridad -brindar condiciones seguras y/o vigilar la actividad de los trabajadores para que cumplan las medidas de prevención-, lo que dependerá del contenido de la delegación) y que a consecuencia de ello, se produzca efectivamente un resultado de lesión o muerte de algún trabajador (condición objetiva de punibilidad).

-El deber de seguridad atribuido al empresario es *complejo* o *mixto* y consiste en: a) *brindar las condiciones seguras* de trabajo y b) *vigilar el acto* del trabajador para que éste cumpla con las medidas de seguridad.

-El acto inseguro del trabajador puede tener su origen en una imprudencia imputable al trabajador (*temeraria*) o en una imprudencia *profesional* del trabajador (imputable al empresario) o que se combinen imprudencias de ambos.

-El *estándar de cuidado* impuesto al empresario, se concreta de modo diverso en dos ámbitos distintos: por una parte con relación a las *medidas materiales y organizativas preventivas* dispuestas *ex ante* (condiciones seguras de trabajo o estandar de seguridad) y por otro, en lo que se refiere a la *supervisión o vigilancia* del desarrollo de la actividad laboral en el centro de trabajo (actos del trabajador). Estos dos niveles se describen así:

1. Medidas materiales y organizativas ex ante: el primer concepto incluye medidas físicas (barandas, instalaciones, etc.), señalizaciones (por ej. de huecos, lugares no transitables con carga, etc.), y proporcionar los medios de protección individual. El segundo refiere a modos de organizar el trabajo (horarios, sistemas de turnos o relevos, etc.). Si el resultado lesión o muerte es concreción de uno de los peligros que se pretenden evitar al disponer esas medidas, cabrá imputar ese resultado a la omisión de facilitar esas medidas (incumplimiento de las “condiciones seguras de trabajo”).

2. Supervisión o vigilancia: en este segundo ámbito, se pueden distinguir tres niveles diferentes: El deber genérico de seguridad también impone al empresario conocer -con cierta profundidad-, la dinámica real de la actividad laboral en el centro de trabajo (como manifestación de su poder de gestión). Ello se logra a través de una *supervisión genérica*. En ese marco y ante una situación de indicios de irregularidad en el cumplimiento de las medidas de seguridad, corresponde una supervisión más profunda (*supervisión especial*), en la que el empresario tiene el deber de evitar o neutralizar esas imprudencias que ya no son imprevisibles. Finalmente, el art. 17.2 LPRL impone al empleador, en determinadas situaciones allí descritas y que se relacionan con características de la actividad laboral, el deber de proporcionar los equipos de protección individual y de vigilar su uso efectivo (*supervisión específica*). El alcance de ese deber de supervisión está limitado por el precepto del art. 15.4 LPRL (prevención de imprudencias no temerarias), siempre y cuando el uso de los equipos venga impuesto por las situaciones referidas en el citado art 17.2 y no para “compensar” la omisión de las medias de seguridad colectivas, en cuyo caso el deber de vigilancia respecto de dicho uso se intensifica de tal modo que no opera el límite del art. 15.4 LPRL. De aquí se sigue, que el deber de vigilancia del empresario puede estar asociado a una medida de aseguramiento o de salvación.

-En cuanto a los límites del deber de seguridad del empresario, la cuestión fundamental para dilucidar su responsabilidad penal, parece ser -según la opinión de la doctrina y la jurisprudencia- la determinación de que la imprudencia del trabajador ha sido temeraria; pero en realidad estamos ante un postulado falso: *lo necesario es que el empresario no haya infringido el deber de cuidado*, esa es la situación que realmente determina la falta de responsabilidad penal de éste. Según esta afirmación, se debe proceder del modo inverso: la delimitación de la extensión del deber de cuidado empresarial debe ser el eje en el tratamiento de los supuestos de negligencia del trabajador.

-Partiendo de la compleja problemática que genera la contraposición entre la asimetría propia de la relación laboral y el hecho de que el trabajador es un sujeto autorresponsable, se ha determinado bajo qué condiciones se configura la *autorresponsabilidad del trabajador*, en tanto “parte débil” de esa relación desigual. La “imprudencia del trabajador” es competencia del empleador, *sólo en la medida que ésta sea consecuencia de un incumplimiento del deber de cuidado de éste*. En esta dirección, lo que debe definirse entonces es la imprudencia profesional *como imputable a la organización del empresario* y aquellas “imprudencias” del trabajador no abarcadas por ese concepto, al no tener incidencia en el ámbito de la responsabilidad penal del empresario, no será necesario definir las.

-La imprudencia profesional sólo puede predicarse de un “acto inseguro” del trabajador *que siempre será consecuencia de un error*. Es decir, el trabajador se comporta de modo “profesionalmente imprudente” cuando lo hace bajo los efectos de un “error” y ese error es generado -o no evitado- por el comportamiento *infractor* del empresario de su deber de formación e información concebido de manera *amplia*. No se trata sólo de que el empresario deba formar e informar al dependiente sobre la existencia y características del riesgo (arts. 18 y 19 LPRL, en sentido literal), sino que además, le compete a aquel, que el operario tenga certeza sobre la correcta *dimensión* del riesgo. Las actitudes del trabajador hacia el riesgo estarán en relación con la *percepción* y el *significado* (valoración) que éste le atribuya al mismo. Si el trabajador no identifica (no percibe) y/o no valora (no interpreta) el riesgo tal y como ha estado definido por quienes lo han establecido y han arbitrado las medidas de prevención acordes a éste, *es probable que no logre ver el alcance y el sentido de dichas medidas y por consiguiente no las cumpla*. Para que el operario respete las medidas de seguridad, *su valoración del riesgo deber ser coincidente con aquella que guió el diseño de dichas medidas y con la valoración del empresario* -en tanto autoridad que debe velar por su cumplimiento-.

-En este esquema, para afirmar la responsabilidad penal del empresario en el “accidente laboral”, *debe acreditarse una doble relación de riesgo: que la inexacta percepción o valoración del riesgo por error imputable a la infracción del deber de información, haya sido determinante del acto imprudente del trabajador y que el riesgo mal percibido o mal valorado se haya concretado en el resultado lesivo -lesión o muerte del trabajador-*.

-El ámbito de competencia del trabajador -sobre su vida y salud- *está integrado en el del empresario* -organización del proceso productivo-. En la interacción del trabajador con el riesgo, se ponen de manifiesto sus dos aspectos: como dependiente o subordinado y como titular de esos bienes jurídicos expuestos al riesgo. Estas dos fases o aspectos están entrelazados: el trabajador sólo ejerce su soberanía y actúa como titular de sus bienes jurídicos, si como dependiente (de la organización ajena) se le “habilita”, es decir se le provee del *fondo de conocimientos necesario para asociar el riesgo con las medidas de seguridad correspondientes (previstas y provistas)*. El “fondo de conocimientos” y las medidas de seguridad marcan el límite entre la posibilidad de autoorganización o no: si el trabajador cuenta con esos elementos puede autoorganizarse, de lo contrario, *el empresario le arrebató su soberanía y por lo tanto, la organización de la vida/salud del trabajador pasa a ser asunto suyo: esa es la razón por la que el empresario debe responder por el resultado lesivo*. El “acto inseguro o imprudente” del trabajador -que afecta su vida y/o salud- debe tener el *sentido objetivo de organización*, en tanto titular de esos bienes jurídicos, para exonerar al empresario de responsabilidad penal. Un operario correctamente formado e informado, con conciencia del riesgo (adecuada percepción y valoración), con todas las medidas de seguridad -acordes a esa valoración- a su disposición y con el fondo de conocimientos necesario para asociarlas al riesgo, está en mejores condiciones de autoprotgerse que el empresario, porque tiene en sus manos el sí y el cómo de su interacción con el riesgo (porque actúa como titular de sus bienes jurídicos y ejerce su soberanía sobre ellos).

-Desde esta lógica, no cabe descartar *de plano* la posibilidad de imputación del comportamiento al ámbito de la víctima-trabajador porque éste “no se autoorganiza” en el trabajo; esa reflexión (usada por la doctrina) desconoce que, aun admitiendo las diferentes posiciones de empresario y trabajador ocupadas en el marco de la relación (asimétrica) laboral, pueden distinguirse *diferentes esferas de organización* correspondientes a los sujetos que desempeñan ambos roles. El empresario es el titular de la esfera de organización en la que se encuentran implicados los bienes jurídicos

protegidos y de la correcta organización de dicho ámbito depende, en suma, la indemnidad de éstos. Así, la competencia originaria de organización del empresario puede desdoblarse: por un lado la que corresponde a la *indemnidad de los bienes jurídicos del trabajador* y por otro, la relativa a la *organización del proceso productivo en sí mismo*. Frente a esas dos facetas, la “correcta organización de dicho ámbito” involucra básicamente la realización de dos acciones por parte del empresario: en lo que concierne estrictamente a la organización del proceso productivo, el empresario le encarga al trabajador una tarea que debe cumplir en el marco de la distribución del trabajo: la ejecución de una actividad específica que el subordinado debe desarrollar en la empresa como contraprestación del contrato de trabajo (en sentido material). Con relación a la segunda faceta, el empresario debe efectuar una *delegación de competencia* a favor del trabajador: la competencia sobre sus bienes jurídicos (vida y salud) expuestos al riesgo del trabajo. Esta delegación de competencia al trabajador sobre la indemnidad de su vida y salud es inescindible del encargo de tareas para que la organización del ámbito del empresario sea correcta y para que el trabajador pueda desarrollar su actividad como sujeto autorresponsable, teniendo en cuenta que *es él -y no el empresario- quien interactúa con el riesgo*. En esa interacción, el trabajador debe tener pues, poder de autonomía.

-Según este esquema, conviven en el rol del trabajador, un “encargo de funciones” (en el que no tiene autonomía) y una “delegación de competencia” como titular de su vida y salud, bienes expuestos al riesgo, respecto de los que *sí puede organizarse*, siempre y cuando se configuren los requisitos. Por eso se ha dicho que hay dos esferas de competencia pertenecientes a estos dos sujetos: trabajador (sobre sus bienes jurídicos) y empresario (sobre el proceso productivo) que se superponen en el marco de la empresa. Este desdoblamiento de competencias es un *reflejo de los dos aspectos que componen la empresa: como foco de riesgo por un lado, y como proceso productivo, por otro*.

-Así, deben darse ciertas condiciones para que el trabajador tenga la posibilidad de decidir *libremente* autoprotegerse -o no-, en el ámbito del proceso productivo (del que forma parte, pero como *individuo*). Esas condiciones dependen de quien organiza ese ámbito (empresario) y consisten en la dotación al subordinado de todos los medios necesarios para lograr una interacción lo más inocua posible con el riesgo. Ese es el modo en que el empresario delega su competencia originaria sobre la indemnidad de la vida y salud del trabajador, en tanto garante de la fuente de peligro en la que éste se inserta como consecuencia del contrato de trabajo.

-Con esta *delegación* se resuelve la “antinomía” entre la desigualdad estructural de la relación laboral (ya que el empresario es el *organizador exclusivo* del proceso productivo) y la *autorresponsabilidad* del trabajador. Es decir, diferenciadas las dos esferas de competencia (que responden a dos niveles de organización *distintos pero interdependientes*), en las que no hay un mero solapamiento, sino que pueden representarse como dos círculos concéntricos. En esta delegación especial, son deberes *residuales* del delegante (empresario): proporcionar los medios de protección necesarios al trabajador durante la realización de la tarea. En cuanto sobreviene un cambio en la situación que requiere una adaptación de los medios de seguridad, no es obligación del trabajador -delegado- informar o solicitarlos, ya que eso es competencia (deber de vigilancia) del empresario. El empresario también tiene un deber residual de *intervención* que conserva y posee particulares características. Ese deber consiste en intervenir (revocando la competencia delegada al trabajador) y evitar que el trabajador se autoponga en peligro (y/o evitar el resultado lesivo), aun cuando el trabajador es competente por su seguridad, *pero sólo cuando esa situación sea conocida o cognoscible por el empresario*. Se trata de una especie de deber de “salvamento”. La fundamentación de este deber radica en que aun cuando el trabajador se autoorganice en lo que refiere a su protección, está ejecutando una tarea *encargada* por el empresario, en el marco de su ámbito de competencia: la gestión del proceso productivo, y en ese sentido no se ha separado de la “emanación del riesgo” de esa actividad organizada por el empresario.

-Si bajo tales condiciones, el empresario omite intervenir y se produce el resultado lesivo, éste debe serle imputado. Sin embargo, debe tenerse en cuenta también la intervención de la víctima en el hecho. En otros términos, hay una “responsabilidad compartida” de ambos y ello es la consecuencia de la especial vinculación de las dos esferas de competencia perteneciente a cada uno -que nunca se independizan-. Este supuesto se resuelve *como* una concurrencia de riesgos porque en definitiva, hay aquí una infracción de un deber por parte del empresario (además de una intervención imprudente de la víctima) que no es el de brindar las condiciones seguras o el de vigilancia, sino el deber de intervención que constituye un deber residual que el empresario sigue teniendo luego de delegar eficazmente la competencia al trabajador sobre la indemnidad de su vida y salud, y que debe ejercer en caso de que el “delegado” cumpla su función defectuosamente (en tanto titular de sus bienes jurídicos expuestos al riesgo laboral). No obstante, no se trata estrictamente de una concurrencia de riesgos



(según aquí se la define). Ello por cuanto, los casos tratados como de “riesgos concurrentes”, hacen referencia a la intervención imprudente del trabajador *simultánea o posterior* a la infracción del deber de cuidado del empresario. Por el contrario, aquí la infracción del deber de intervención del empresario es posterior al acto descuidado del trabajador.

-Estas dos esferas de competencia (del empresario y del trabajador) en el marco de la empresa, encuentran su “equilibrio” (o están coordinadas) cuando el trabajador cuenta con todas las herramientas de seguridad normativamente previstas para lograr una adecuada (lo más inocua posible) interacción con el riesgo, *teniendo siempre la posibilidad en sus manos de salvaguardar sus bienes jurídicos expuestos (autonomía del trabajador)*. Es decir, no se trata estrictamente de una “organización conjunta” (debido a las posiciones diferentes que ocupan empresario y trabajador) sino de una *coordinación conjunta de ambas esferas de autonomía, donde la esfera del empresario contiene a la del trabajador*. En este marco, cabe distinguir dos *niveles diferentes de organización* (del proceso productivo por un lado, y de la seguridad de los bienes jurídicos del trabajador, por otro) que generan la configuración de dos esferas de competencia vinculadas de un modo especial: una esfera “contextual o continente” del empresario y una esfera “contenida” del trabajador (interdependientes). En otras palabras, “la víctima se autoorganiza en el ámbito de organización del autor”, generándose de ese modo dos *ámbitos concéntricos de organización*. De la esfera de competencia del empresario surgen los elementos necesarios para habilitar la competencia del trabajador, que por eso ésta es la “contenida”.

-Si bien la concurrencia de un riesgo relevante atribuible a la acción de la víctima (trabajador) sin duda puede influir en el examen de la conducta del autor, lo hará en diferentes niveles -determinación del deber de cuidado, gravedad del injusto e imputación del resultado- dependiendo de cuándo se produce el comportamiento de quien a la postre, resulta lesionado. Esa intervención puede ocurrir *durante* el comportamiento típico del empresario o *posteriormente*.

-Cuando la intervención del trabajador-víctima sólo es cognoscible *ex post* o se produce con posterioridad a la conducta del empresario, esto podrá afectar exclusivamente la *imputación del resultado*, es decir, la relación de riesgo. Por eso la solución adecuada a esos casos no consiste en degradar la imprudencia atribuida al comportamiento del empresario. En efecto, el autor impuso un riesgo a la víctima, por eso el hecho de que ésta realice un aporte ulterior que incide sobre el riesgo inicial no puede hacer

desaparecer sin más “la fuerza explicativa del riesgo”. Si bien no hay aquí una exclusión de la imputación objetiva del resultado, la conducta del trabajador tiene una influencia real y decisiva en la producción del resultado, de modo que existe un solapamiento entre los ámbitos de responsabilidad de ambos que permite afirmar que debe apreciarse una disminución del injusto en el lado del autor (empresario).

-La menor intensidad de injusto del comportamiento en el que la víctima ha prestado una cooperación relevante, se explica *por la menor intensidad del desvalor del resultado* que debe verse representada en la *determinación de la pena* que se impondrá al empresario. El fundamento de la reducción de la pena se encuentra en que la conducta imprudente de la víctima reduce la medida del injusto, operando una “compensación normativa de riesgos” (no de culpas). El injusto es graduable en todos sus niveles y esa circunstancia, teniendo en cuenta el estadio en que se produce su reducción (desvalor de resultado), debe verse proyectada en la pena a imponer y no en la recalificación de su imprudencia (etapa superada del análisis). La posición -doctrinaria/jurisprudencial- que resuelve el problema degradando la gravedad de la imprudencia del empleador, no tiene en cuenta el *momento* en que el comportamiento imprudente del trabajador se involucra en el proceso de riesgo. Cuando lo hace *a posteriori* del comportamiento infractor del empresario o simultáneamente pero sólo es cognoscible *ex post*, la conducta de la víctima sólo puede influir en la imputación del resultado (relación de riesgo) y, por lo tanto no puede modificar el carácter de grave o menos grave del accionar imprudente del empresario, por cuanto esa cuestión se decide en el primer juicio de imputación.

-Contrariamente a lo postulado por las tesis colectivistas (que identifican al bien jurídico protegido como la “seguridad laboral” o la vida y salud de los trabajadores en su dimensión “colectiva”), el objeto de protección en el art. 316 es la vida y salud de los trabajadores, en tanto bienes jurídicos *individuales*.

-Desde esta visión, el verdadero problema en este tipo penal no reside en la identificación de los intereses lesionables, que siguen siendo bienes jurídicos individuales (vida y salud), sino en la *modalidad de ataque* a los mismos, caracterizada por su potencial ofensivo frente a una pluralidad de sujetos pasivos. Es decir, el atributo de “colectivo” corresponde más bien a la clase de peligro del que se trata de preservar dichos bienes individuales.

-Los bienes colectivos cumplen una doble función: En primer lugar, una función *negativa* (ligada al principio *neminem laedere*) de prestación de seguridad, y con ello,

de garantía de conservación para los bienes individuales, en la medida en que la estabilidad y el equilibrio de los sustratos colectivos contienen y neutralizan riesgos para ellos. Se trata de una función de los bienes colectivos de “contención de riesgos” para determinados bienes individuales. La otra función es *positiva* -ligada a la procura existencial- de promoción y con ello, de garantía de “desarrollo y expansión de sus potenciales”, en la medida en que la estabilidad y el equilibrio de los sustratos colectivos proporcionan a todos por igual la explotación de las posibilidades de uso y consumo legítimos de los bienes individuales complementados. En este esquema, la función positiva es la *esencial* de los bienes colectivos, pues es *la fuente de legitimidad de su posible protección autónoma*. Este rol propio de los bienes colectivos puede definirse como “creación y configuración de espacios que delimiten las condiciones en que los bienes jurídicos a los que complementan, puedan cumplir realmente su función social”.

-La seguridad laboral, *sólo desarrolla una función de seguridad o contención de riesgos* y no una “función positiva” que le otorgue la jerarquía de bien colectivo “con perfil propio”. La referencia a la seguridad laboral es sólo un “recurso” a un objeto de referencia “concebido” como supraindividual para adelantar la protección de los bienes individuales (vida y salud) del colectivo trabajadores a la situación de peligro, (pero configurado como un delito de lesión -de ese bien colectivo “aparente”-, para eludir la crítica al adelantamiento). Sin embargo, el carácter “colectivo” que se le asigna proviene en realidad, de que constituye una abstracción conceptual que alude, por un lado al conjunto de dichos de intereses individuales (de una pluralidad de trabajadores) y por otra parte al carácter colectivo *del ataque (modalidad del riesgo)*.

-En este esquema, el sujeto pasivo de delito es individual (trabajador), pero por la estructura del tipo penal hay una *pluralidad de titulares del bien jurídico protegido que no comparten la titularidad de un bien colectivo, sino sólo la fuente del riesgo (actividad laboral peligrosa) que los “aglutina” (los amenaza a todos) como colectivo*. Así, ese carácter colectivo no pertenece al bien jurídico protegido: la vida y salud son bienes jurídicos individuales cuyo titular es *cada uno* de los trabajadores, aun cuando se pueda decir que existe un *interés* del colectivo de los trabajadores en que se protejan tales intereses, ya que todos ellos en el desempeño de la actividad, están expuestos a ese riesgo.

-Esta confusión también se pone de manifiesto, en el caso de quienes sostienen que el bien jurídico protegido es la vida y la salud de los trabajadores, *pero como colectivo*.

Esa es la interpretación que hacen de la fórmula “poner en peligro la vida o salud de los trabajadores” *en plural* al no facilitar los medios para que ese mismo colectivo desempeñe su actividad en condiciones adecuadas de seguridad. Sin embargo, la esencia del bien jurídico protegido no cambia, ya sea que se lo agreda individual o pluralmente. Que se ataque la vida y la salud “pluralmente” *no transforma al bien jurídico en colectivo*. Por eso debe distinguirse entre bienes jurídicos de titularidad individual, pero cuyo ataque afecta a una pluralidad de sujetos y por otro lado, auténticos bienes de titularidad colectiva, en los que, a diferencia de la categoría anterior, no puede cuantificarse la parte de titularidad que cada individuo tiene sobre el bien jurídico.

-La situación en el art. 316 consiste en que tras un alegado bien jurídico colectivo “aparente”, se oculta sólo una agrupación más o menos heterogénea de objetos jurídicos individualizables, contrariando de esa forma la exigencia de indivisibilidad de los bienes colectivos. La circunstancia relativa al ataque plural, que es inherente a la clase de peligro que asecha los bienes jurídicos individuales en el ámbito laboral, debe verse representada en la *técnica de tipificación* y no en una “transformación” del bien jurídico protegido. Ello por cuanto, lo que se requiere en la situación descrita es una nueva estrategia de protección del Derecho penal, que le permita ejercer su función tuitiva de un bien jurídico protegido tradicional, pero frente a una *diferente* forma de agresión.

Esta reflexión debe traducirse en una interpretación adecuada -y distinta a la realizada por la doctrina dominante- del tipo penal del art. 316 y que abarca fundamentalmente dos temas centrales:

1. En primer lugar, el relativo a qué rol cumplen en la estructura típica, la “pluralidad de trabajadores” por un lado y el trabajador individualmente considerado, por el otro.
2. En segundo término, qué contenido y alcance se le debe asignar a la “puesta en peligro grave de la vida y salud de los trabajadores”, exigida por la norma penal.

La relevancia de la “pluralidad” del ataque se pone de manifiesto *en la determinación del objeto de acción* de este tipo penal. En efecto, aquí la “amenaza” no se dirige a un individuo en particular (como en el homicidio o lesiones) sino al *colectivo de trabajadores*, eso es lo que significa que el ataque sea *plural*. La consecuencia dogmática de esta apreciación, será pues, la configuración de un objeto de acción *diferente* al propio de los delitos tradicionales (homicidio y lesiones) contra la vida y salud como bienes individuales. Es decir, en los delitos contra los bienes jurídicos individuales vida y salud, *no necesariamente* el objeto de acción es el individuo como portador del bien jurídico, sino que puede serlo la “pluralidad de individuos”, ya que el

objeto de agresión se configura *según la modalidad de ataque al bien jurídico*. Entonces, el “ataque plural” tiene el efecto de configurar un objeto de acción “plural o colectivo”, con quien tiene una *relación especular*. La “*contracara*” del carácter colectivo del ataque, no es el carácter colectivo del bien jurídico protegido, sino del objeto de acción. Es por ello, que no resulta incompatible sostener que el objeto de protección de los delitos de homicidio y lesiones, coincide con el del art. 316, ya que es el objeto de acción el que desempeña una *función diferenciadora entre tipos delictivos que protegen un mismo bien jurídico*.

-El hecho de que el trabajador individual sea el titular del bien jurídico protegido -y sujeto pasivo-, puede llevar a sostener que es coherente la interpretación del art. 316 como delito de peligro concreto, en el sentido de que es suficiente la puesta en peligro de la vida y salud de un sólo trabajador para la consumación del delito. Sin embargo, no es así, por cuanto el objeto de acción no puede ser otro que el colectivo, porque sólo al colectivo se refiere la conducta desvalorada en el tipo. El trabajador individualmente considerado es el titular del bien jurídico -vida y salud- (sujeto pasivo) mientras que el objeto de acción es una pluralidad indeterminada de “sujetos pasivos”.

-La estructura típica del art. 316 responde a esa caracterización del riesgo laboral, en tanto riesgo abierto o plural, diseñando un objeto de acción acorde a éste (vida y salud de la pluralidad de trabajadores) (delito de peligro común). Sin embargo, no puede desconocerse que en el ámbito laboral, existen también supuestos que configuran “ataques individuales”, que refieren a objetos de acción personales y que también requieren tutela penal. No obstante esa realidad compleja de este sector de riesgos, creo que el *tenor literal* del art. 316, sólo ha captado la faceta más característica del riesgo laboral -ataque plural/objeto de acción colectivo-, cuando en realidad correspondía que contemple *también* ese otro aspecto (no plural) del riesgo, aunque no sea el caso “emblemático” de afectación a los bienes jurídicos en juego. Desde esta óptica, considero una gran falencia del tipo penal que no haya incluido expresamente esa otra modalidad del riesgo (aunque no sea la más “representativa”) y no hiciera una clara distinción de estas dos realidades, ya que si bien ambas requieren protección penal, éstas deben responder a fórmulas típicas distintas (aunque puedan integrar el mismo precepto), ya que ostentan diferencias esenciales (no sólo en la consideración del objeto de acción respectivo, sino la magnitud de sus consecuencias, que deben reflejarse en penalidades distintas).

-La indeterminación del tipo en ese sentido no puede ir en desmedro de la protección del trabajador *individualmente considerado* (objeto de acción individual), frente a un ataque no plural. Por ello, propongo una exégesis del delito que sea inclusiva también de esos supuestos, que aunque no son característicos de este ámbito de riesgos, no pueden quedar fuera de la protección penal aquí postulada. Sin embargo, ello no se traduce en avalar la interpretación que aquí se cuestiona, de la puesta en *peligro concreto* de la vida o salud del trabajador individual, como momento consumativo del delito del art. 316. Una interpretación literal, dejando fuera esos supuestos, frustraría los fines políticos criminales que justifican la protección penal del colectivo vulnerable en este sector (trabajadores) y resultaría contraria a la voluntad legislativa, más allá de la redacción inadecuada (confusa) en ese sentido.

-La permisión de la actividad laboral, a pesar de su nivel de riesgo, sólo es posible si al mismo tiempo se controla el peligro propio del sector, prohibiendo las modalidades de conducta que pueden elevar el riesgo por encima de lo permitido. En este sentido, la permisión del riesgo laboral está condicionada a la existencia -normativa- de las medidas de prevención y *a su efectiva realización*. Es en ese punto donde se manifiesta oportuna la intervención del Derecho penal como instrumento idóneo para la *determinación* de los empresarios al cumplimiento de las normas de seguridad, como condición necesaria para la permisión del riesgo que conlleva la actividad laboral.

-La característica de los posibles sujetos activos de este delito, es que confían en que a pesar de las condiciones irregulares de trabajo, no se produzca el accidente. Entonces, el mensaje del legislador al empresario deberá dirigirse al sujeto ordenándole que en la dirección y organización del trabajo que tiene a su cargo, aplique todo el cuidado necesario para detectar los peligros que pueden surgir y todas las medidas de seguridad que a tales efectos están previstas en las disposiciones legales, normas profesionales y de experiencia, pues así evitará la producción de accidentes.

-Frente a esta problemática, debe descartarse la opción del tipo penal cualificado de homicidio o lesiones imprudentes (elevando la pena básica prevista para estos delitos cuando el resultado lesivo se produce como consecuencia de una infracción de normas de seguridad laboral) por cuanto, imponer la pena ya en el momento del peligro implica *reforzar* la exigencia de cumplimiento del deber de seguridad y juntamente con ello, *extender* el ámbito de la protección penal de la vida y la salud del ciudadano, respecto de un nuevo modo de agresión (actividad laboral peligrosa), como expresión de la

política estatal de seguridad e higiene en el trabajo. Por eso entiendo que se debe recurrir a la técnica de los delitos de peligro para proteger de un modo más adecuado la vida y salud del trabajador y esa será mi propuesta para el ordenamiento penal argentino.

-Desde la perspectiva aquí planteada, la vida y salud de los trabajadores, se ponen en peligro cuando la actividad laboral se desarrolla sin las condiciones de seguridad normativas, incluso *antes* de que se produzca un resultado de peligro concreto. Esto es, la “inseguridad laboral” surge en el mismo momento en que se infringen las normas de prevención creando una situación de peligro *apta* para afectar esos bienes jurídicos individuales de los trabajadores, como *pluralidad indeterminada*. Por eso considero que el art. 316 debe interpretarse principalmente como un delito de peligro común. Ello, más allá de que se consideren abarcados casos de riesgos individuales, donde el o los trabajadores expuestos estén determinados (por la selección del autor).

-La dimensión colectiva, que gran parte de la doctrina coloca en el bien jurídico protegido, se manifiesta en realidad en la modalidad de agresión *plural* a los bienes jurídicos individuales (vida y salud), propia del peligro en el ámbito laboral y caracterizada por su potencial lesivo para múltiples e indeterminados sujetos (“trabajadores”) y que es la que exige -y fundamenta- una nueva estructura típica de protección (de peligro común o general).

-No hay contradicción entre sostener un bien jurídico individual -vida y salud- (posición de la que aquí se parte) y esta interpretación, ya que es la estructura típica la que determina que la “puesta en peligro” lo sea de un colectivo indeterminado, el que representa al *objeto de acción principal* del delito (contracara del ataque plural), aunque en ciertos casos, el riesgo individual (también típico) “moldee” un objeto de acción subsidiario individual o determinado.

-Esta estructura del art. 316, esencialmente de delito de peligro común, es incompatible con su interpretación como delito de peligro concreto. En efecto, la exigencia de un resultado de peligro concreto, supone *necesariamente* la consideración de un objeto de acción individual, (el sujeto es determinado al “ingresar al radio del peligro”), diferente al descrito en el tipo (“trabajadores” como pluralidad indeterminada). Por eso, equiparar las estructuras propias del peligro común y del peligro concreto, implica un *cambio de perspectiva (ex ante a ex post)* y relevar un momento posterior (y eventual) a la situación de peligro abierto abarcada por la norma.

Respecto de los casos subsidiarios de riesgo individual incluidos en el tipo, aunque se trata de supuestos de objeto de acción individual o determinado (el o los trabajadores expuestos), esa determinación proviene de la selección hecha por empresario, al infringir una medida de seguridad laboral que genera un riesgo individual y no colectivo, y *no por el ingreso de éstos al radio del peligro* (peligro concreto). En la lógica de pensamiento aquí propuesta, la relevancia penal de ese comportamiento empresarial infractor, se produce antes de dicho ingreso (peligro abstracto-concreto).

-La estructura típica “combinada” (peligro común-peligro concreto), sólo es admisible en el caso en que el legislador requiera *expresamente* ese resultado *además* de la configuración del peligro general. La interpretación mayoritaria del art. 316, al exigir el resultado de peligro concreto -sin que el tipo lo requiera expresamente- impone un esquema típico que responde a una técnica de protección que no es acorde o compatible con lo que la norma quiere evitar, esto es, el peligro común.

-La puesta en peligro de los “trabajadores” (definidos como pluralidad indeterminada), no puede interpretarse como un resultado de peligro concreto, sino más bien como un elemento típico que afectará al *momento de la consumación del delito*. Desde esta óptica, la expresión típica que alude a esa puesta en peligro (en los términos “peligro grave”) no exige un resultado, sino que configura una *cláusula de idoneidad* del peligro. Esa cláusula de idoneidad refiere a las condiciones definitorias de la situación de riesgo, entre las que se incluye la exigencia de “concreción” del sujeto pasivo indeterminado, (descartando los casos en que no existió la posibilidad de que alguien pudiera penetrar en ese radio de peligro) y requiere también cierta objetivación de la lesividad potencial o peligrosidad de la conducta. Bajo tales pautas, debe configurarse un estado de “incontrolabilidad” (“remolino”), de falta de dominio de la fuente de peligro, es decir, no basta la creación de una situación peligrosa si el empleador ha tomado recaudos para contrarrestar el peligro. De ello se desprende que no es suficiente la constatación del incumplimiento de las medidas de seguridad extrapenales, sino que se requiere la creación de un “estado de peligrosidad descontrolada”, que en la práctica se traduce en que es inminente el ingreso de algún trabajador en el radio del peligro (epicentro del “remolino”) y que el autor no puede controlar ese posible contacto.

-En este esquema, la expresión típica *peligro grave* no puede representar la hipótesis de máxima proximidad del resultado lesivo (peligro concreto), sino que el calificativo “grave” sólo puede referirse al aspecto relacionado con la magnitud del resultado temido: severidad y extensión.



-Esta exégesis propuesta tiene directa repercusión en la problemática del concurso entre esta infracción de peligro y los eventuales delitos de resultado de lesiones u homicidio imprudentes, y se traduce en la necesidad de aplicar la técnica del concurso ideal en el caso de que se configure un peligro colectivo. Si el riesgo es individual, corresponde aplicar concurso de leyes (subsidiariedad) en el caso de que el o los trabajadores expuestos hayan sido finalmente lesionados o fallecidos. Si no todos los trabajadores expuestos al riesgo individual son afectados por resultado lesivo, debe aplicarse concurso ideal, por cuanto el riesgo individual (de los trabajadores no lesionados) no es abarcado por el delito de resultado imprudente.

-En este punto considero que la gran falencia del art. 316 radica en la remisión genérica a “no facilitar los medios de seguridad”, sin discriminar la naturaleza del riesgo que esa omisión puede generar, teniendo en cuenta las características de las diferentes medidas de prevención incumplidas (generales y personales). No relevar esa distinción en la redacción del tipo, es lo que genera complicaciones en el análisis propio de la actividad de subsunción típica, que se agudizan en aspectos como el concurso entre este delito de peligro y el delito imprudente de resultado (lesiones y homicidio). Esta problemática se ve acentuada por el recurso a una interpretación del peligro grave como concreto, que resulta incompatible ante los casos de peligro común. Ante ello, lo que aquí se propone entonces, es una interpretación del art. 316, como un delito de peligro hipotético o abstracto-concreto, que es la que resulta coherente con su consideración como delito esencialmente de peligro colectivo (aunque se entiendan incluidos los casos subsidiarios de riesgo individual). Esta exégesis conlleva necesariamente la distinción de ambas situaciones (peligro común y peligro individual) y de las consecuencias que generan (situaciones concursales). Ante la indeterminación del tenor literal, otra solución posible podría ser la exégesis restringida de los “medios no facilitados” como aquellos cuya omisión sean susceptibles de crear un peligro colectivo, (descartando el individual). Sin embargo, considero que esta imprecisión del precepto no puede conllevar a la desprotección del trabajador ante un riesgo individual (aunque no represente la hipótesis principal del riesgo propio de la actividad laboral, en tanto fuente de peligro común a la que están sometidos todos los trabajadores en general y que es la que impone la necesidad de una nueva técnica de tutela penal de sus bienes jurídicos individuales vida y salud, atacados “pluralmente”). A partir del contexto delineado, en el tipo penal aquí propuesto se distinguirá *expresamente* la situación del peligro colectivo y el individual, a los que se le asignarán escalas penales diferentes.

-Con la interpretación aquí propuesta de considerar al art. 316 como delito de peligro abstracto-concreto, está claro que no es necesario un tipo paralelo imprudente “flanqueante”, ya que la consumación no requiere la configuración de un resultado de peligro separable de la acción peligrosa. En este esquema, el dolo del autor sólo debe extenderse a la conciencia de la *aptitud de la conducta peligrosa para lesionar (gravemente)* los bienes jurídicos vida y salud de los trabajadores.

-La estructura del delito de peligro en el ámbito de los riesgos laborales debe estar integrada por tres cláusulas: una cláusula “de bloqueo”, porque su misión es *bloquear la tipicidad penal* cuando, a pesar de haberse creado un peligro grave, no hay infracción administrativa; una cláusula de “nivelación penal del peligro”, en tanto su función es nivelar el riesgo a lo que el Derecho penal considera relevante (exigencia de “peligro grave”) y una cláusula de “especificación de la conducta”, que define y abarca *sólo algunas maneras posibles de configurar el riesgo prohibido* (estas dos últimas cláusulas son “*de contenido*”).

-La cláusula de bloqueo -a diferencia de las otras dos- no es una valoración, sino una *constatación* (la infracción a la normativa extrapenal); por el contrario, las cláusulas de contenido sí constituyen elementos valorativos, que cumplen una función de “filtro” de las infracciones administrativas. Ese filtro debe ser decisión exclusiva del legislador *penal* -y en su medida, también del juez penal-, quienes, cada uno en el marco de su función (legislar e interpretar y aplicar el derecho) seleccionan entre *todas* esas contravenciones, las que tienen relevancia penal, *desvinculándose de la valoración que hace la norma extrapenal sobre la gravedad del peligro* (peligro grave administrativo). En efecto, mediante la fórmula “con infracción de las normas de prevención”, el legislador no utiliza la “infracción” como un elemento necesario desde el punto de vista del *desvalor* (es decir, necesario para consignar el ataque antijurídico), sino como un instrumento imprescindible para *limitar* la intervención penal en la materia, esto es, desde el punto de vista *prescriptivo*.

-Una vez definido el riesgo que se quiere prohibir, al tipo penal sólo le resta *describir* al sujeto activo; ya no hace falta introducir un nuevo criterio de determinación, porque *el sujeto activo debe ser el reflejo de las cláusulas de contenido* (de especificación y de nivelación) y *de la de bloqueo*. Sin embargo, con la fórmula “legalmente obligados”, el art. 316 introduce un *criterio nuevo*, que no responde a esas cláusulas, sino a una pauta externa, “extra tipo”, ya que si la determinación del sujeto activo queda en manos de la

norma extrapenal, el criterio no tendrá que ver con el riesgo definido en el tipo - penalmente relevante-, y con quien puede generarlo, sino en realidad con quien puede ser *autor de la infracción administrativa*. De este modo, quedan fuera del tenor literal potenciales sujetos activos que si bien ostentan la posición de garante de seguridad, no responden a la fuente seleccionada por el legislador (ley extrapenal). Por eso, el diseño del art. 316, no respeta la simetría que debe existir entre el riesgo penalmente relevante definido en el tipo y quienes pueden generarlo con su conducta.

-Respecto de la autoría del delito de peligro, el criterio rector determinante debe ser el “organizador”. En este contexto, el organizador puede ser el empresario o en quien éste delegue sus funciones (competencia) o el “organizador de hecho” (por arrogación). Es decir, quien ostente *la competencia -originaria del empresario- sobre la indemnidad de los bienes jurídicos del trabajador, para poder delegársela a éste* (junto al encargo de la tarea laboral específica) y de ese modo, asegure un funcionamiento coordinado durante el desarrollo de la actividad laboral de esta competencia delegada, con la esfera de competencia no delegable (al trabajador) del empresario (organización del proceso productivo). Por su parte, el mero ejecutor de una actividad asignada por el empresario no tiene el deber de seguridad (a diferencia del delegado), sino únicamente un encargo concreto, que cuando lo incumple (generando el peligro grave para los trabajadores) sólo podrá ser un *colaborador* del delito de peligro.

-El organizador puede responder a las tres fuentes mencionadas en el art. 11 CP español (ello, más allá de posibles solapamientos). El empresario responde, en principio a la ley (de prevención), el delegado al contrato y el “organizador de hecho”, a la injerencia.

-El organizador de hecho o “usurpador”, *también debe cumplir el deber de seguridad laboral*. Por ello, la propuesta de tipo penal que aquí se brinda, contempla en la descripción del sujeto activo al empresario, al delegado y al organizador de hecho (por arrogación). En la figura del delegado se entienden incluidos, tanto el de gestión del proceso productivo (“encargado” para la doctrina y jurisprudencia españolas), como los específicos, esto es, en quienes el empresario delegue funciones concretas de seguridad (por ejemplo, técnicos de prevención). Con esa descripción se responde a un criterio *material* de autoría y no formal como el art. 316.

-En cuanto a la cláusula de especificación de la conducta, la expresión típica utilizada por el legislador en el art. 316 (“no faciliten los medios necesarios”), no es la más adecuada. Ello, no sólo por la imprecisión -vaguedad y ambigüedad- de los vocablos que componen la fórmula (“medios” y “facilitar”), sino también por el *contenido* de la

cláusula. En esta exégesis no creo que la expresión “no facilitar los medios necesarios” permita seleccionar las infracciones más idóneas para generar el peligro grave. En la práctica, existen otros ilícitos administrativos que pueden resultar igual o más peligrosos y que al no responder a esa modalidad de conducta, sólo son abarcados por el Derecho penal cuando se produce el resultado de lesión o muerte del trabajador.

-El criterio de “gravedad” en esa primera selección de las conductas, a cargo de la cláusula de especificación, no pasa por la selección de un “particular medio comisivo”, ya que en principio, difícilmente se pueda abstraer una *modalidad* de infracción a la norma extrapenal, que se adapte a *todos* los ilícitos administrativos susceptibles de generar el peligro más grave, dada la especial complejidad del ámbito de los riesgos laborales. Por eso, creo que cuando pueda identificarse una infracción determinada que sea idónea para generar el “peligro grave”, debe describírsele directamente en el tipo. Cuando no pueda identificarse un ilícito administrativo en particular, que según la experiencia sea *per se* susceptible de generar el peligro penalmente relevante, la precisión de la descripción de la conducta debe pasar por la mención *taxativa* de las áreas en donde una infracción puede generar ese peligro (edificación, procesos, organización y ambiente del trabajo). De este modo, se propone una fórmula doble, con un primer nivel de mayor precisión y un segundo nivel complementario, menos preciso porque sólo se “enmarca” la posible infracción penalmente relevante, en atención a la importancia del área a la que refiere, en el sentido de un tipo “de recogida”.

-El verdadero adelanto “eficaz” de la barrera de punición en el ámbito de los riesgos laborales, es el delito de peligro abstracto-concreto. Ello porque, desde el punto de vista político-criminal no hay una diferencia significativa entre prohibir el peligro concreto y prohibir el resultado lesivo imprudente: el peligro sólo desaparece cuando el potencial lesivo de un curso causal puede neutralizarse de *manera dirigida*. Esa posibilidad de neutralizar el riesgo del proceso productivo se logra cumpliendo el estandar de seguridad, pero se pierde una vez que el trabajador comienza la interacción con ese riesgo, sin estar habilitado para la protección adecuada de los bienes jurídicos expuestos (vida y salud). De ello se sigue que la prohibición en el delito de peligro debe dirigirse hacia *la infracción del primer nivel del deber de seguridad*, es decir a evitar que el trabajador comience a interactuar con el riesgo, sin que el empresario haya cumplido con el estandar de seguridad exigido y antes de que aquel ingrese a la esfera de influencia del peligro (peligro concreto). Sólo ese estadio de evolución del riesgo le es exclusivamente imputable al empresario, por ser consecuencia directa de lo que aquí se

ha llamado “condiciones inseguras” de trabajo y que son su competencia exclusiva (y de quienes actúen en su lugar), en tanto organizador exclusivo del proceso productivo.

-La infracción del segundo nivel del deber de seguridad (vigilancia/intervención) abarca un estadio de evolución del riesgo en el que entran a jugar factores que son relevantes en la configuración del resultado de peligro concreto *pero que no dependen exclusivamente del comportamiento ilícito del empresario* (infracción del estandar de seguridad). Hacer depender la aplicación del tipo penal, de la producción de un resultado de peligro, cosa que ya no depende totalmente del empresario, pone en tela de juicio la capacidad de motivación del delito de peligro, ya que no siempre un incumplimiento del estandar de seguridad *con aptitud lesiva grave* (que es lo realmente relevante) se traduce en un resultado de peligro concreto.

-Una de las consecuencias de interpretar al art. 316 como delito de peligro concreto, es que al exigir la interacción del trabajador con el riesgo, momento a partir del cual se activa el segundo nivel del deber de seguridad del empresario -vigilancia/intervención- y el ingreso de éste en la órbita del peligro, el delito se configura entonces como una infracción de esa clase de deberes. En la exégesis aquí propuesta, de peligro abstracto-concreto, está claro que la vigilancia no se presenta como una medida “adecuada” (no es relevante). En este sentido, el hecho de que el tenor literal del art. 316 no mencione la infracción al deber de vigilancia, puede ser un indicio más de que lo que quiso prohibir el legislador es un peligro abstracto-concreto y no concreto. Para ser coherente, si el tipo penal exige un resultado de peligro concreto, debe abarcar también la infracción del deber de vigilancia.

-El tipo penal del art. 316 debe interpretarse como de peligro abstracto-concreto, a partir de ello, lo que el precepto quiere evitar es que el trabajador interactúe con el riesgo sin poder autoorganizarse para proteger su vida y salud, y *no que luego de la interacción (peligrosa), no se produzca el resultado de peligro*. Cumplir con el deber de vigilancia no forma parte de la conducta del empresario “habilitante” de la esfera de competencia o autonomía del trabajador para resguardar sus bienes jurídicos. Lo que marca el momento en el que el Derecho penal debe intervenir adelantadamente al resultado lesivo (delito de peligro) es la *necesaria configuración del ámbito de autonomía del trabajador al momento de iniciar la interacción riesgosa* y abarca el incumplimiento del estandar de seguridad debido y no del deber de vigilancia/intervención. En esta exégesis, el delito de peligro se consuma *en el momento en que el trabajador comienza a interactuar con el riesgo sin estar habilitado para autoprotgerse*, allí se configura el

“peligro grave” (peligrosidad idónea) y no cuando se produce el ingreso del bien jurídico (vida/salud) en la órbita del peligro (resultado de peligro concreto consecuencia de la infracción del deber de vigilancia/intervención).

-Otra razón importante para fundamentar la interpretación aquí propuesta del art. 316, como delito de peligro abstracto-concreto, es que de ese modo queda abarcada en el riesgo típico, la conducta infractora susceptible de generar enfermedades laborales a largo plazo y que, en rigor, no podría quedar incluida según la exégesis del peligro concreto (sólo abarcadora del riesgo propio de los accidentes de trabajo y las llamadas “enfermedades accidente” o instantáneas). Esta exégesis es consistente con la introducción en el art. 316 de la referencia expresa a la “salud” -de los trabajadores-, término que no integraba la fórmula del anterior art. 348 bis a), que sólo mencionaba la vida y la integridad física.

-El delito de peligro concreto se reserva para casos de *riesgo extremo*, ya que exige la constatación de un *momento* en el devenir de los acontecimientos, en el que la lesión material parece prácticamente irreversible. Ese “momento” al que apunta a identificar la técnica de peligro concreto, no es otra cosa que el *preludio de la realización instantánea* del correspondiente delito de lesión. Por eso, esta técnica legislativa no es apta para prevenir las enfermedades laborales, teniendo en cuenta que éstas son el resultado de la ejecución *progresiva* del delito de resultado de lesiones. En ese contexto, la *idoneidad* del peligro para causar una lesión y/o muerte instantánea y para producir -a largo plazo- una enfermedad laboral, responde a parámetros diferentes, que deben ser receptados (de modo diferenciado) por un tipo penal que pretenda ser efectivo en la prevención de *ambos efectos lesivos*. Desde esta óptica, en el segundo caso (a diferencia del primero), la descripción típica debe referir a una acción peligrosa cuya aptitud para producir la lesión *provenga de su reiteración*, por lo que se impone introducir ciertas precisiones en el concepto de la idoneidad del riesgo, recurriendo a la “lógica de la acumulación”.

-No debe interpretarse al art. 316 como un delito de omisión impropia, sino más bien como un delito de “omisión pura de garante”, es decir, de gravedad intermedia entre uno de comisión por omisión y uno de omisión pura. Ello por cuanto, según se ha venido desarrollando, los elementos definitorios del art 316 son: omisión, posición de garante y ausencia de resultado (de peligro).

-El tenor literal del delito de peligro propuesto para el CP argentino es el siguiente:

1°. “El empresario, la persona en quien éste delegue o quien de hecho organice una actividad laboral en la que intervengan trabajadores por cuenta ajena, que contrariando

las disposiciones -legales, reglamentarias y de convenios colectivos de trabajo homologados- sobre prevención de riesgos laborales, imponga condiciones peligrosas de trabajo referidas a las características ambientales, de edificación, procesos y organización; a la falta de adecuación de la tarea asignada a los rasgos personales del trabajador; al incumplimiento de la colocación de protecciones de maquinarias, instalaciones y alturas; al incumplimiento del suministro de equipos de protección personal y a la ausente o insuficiente formación e información de los trabajadores sobre prevención de riesgos, que sean susceptibles de afectar gravemente la salud y vida de éstos, sufrirá la pena de 1 a 4 años de prisión cuando se trate de un peligro común y de 1 a 3 años de prisión, cuando el peligro sea individual.

2°. Cuando el trabajador haya sido expuesto reiteradamente al peligro de contraer una enfermedad laboral grave, la pena será de 1 a 2 años de prisión.

3°. Cuando las conductas descritas en los apartados 1° y el 2° se lleven a cabo en perjuicio de uno o más trabajadores informales, los máximos de las penas allí previstas se elevarán en un año más de prisión.

4°. El empresario que organizando inadecuadamente la supervisión de la competencia delegada, favorezca que el delegado incurra en el supuesto descrito en el apartado 1° y/o no vigile que los trabajadores cumplan con las medidas de prevención, generando la conducta de éste, lesión (es) y/o muerte (s) de algún (os) trabajador (es), sufrirá la pena prevista para el autor de esos delitos, sin perjuicio de la pena correspondiente al delegado. Cuando el favorecimiento del empresario haya sido imprudente, la pena se disminuirá de un tercio a la mitad.”

## ANEXO

Entrevista a Carlos Aníbal Rodríguez<sup>1566</sup>

1. ¿Por qué cree Ud. que los accidentes laborales, consecuencia de incumplimientos de la norma de prevención por parte del empleador no llegan a la sede judicial penal? Casi no hay fallos por lesiones u homicidios imprudentes laborales en Argentina.

Rta.: Falta una norma clara que configure delito ante dichos incumplimientos. Durante mi período como Ministro de Trabajo de Santa Fe inicié varios juicios por vía penal. Ninguno tiene aún sentencia definitiva. He conocido que en algún caso el juez penal se declaró incompetente.

2. ¿Cree Ud que son confiables los índices de siniestralidad laboral de la SRT.?

Rta.: Los datos que da a conocer la SRT son datos provenientes del sector asegurado. Es decir que no se ofrecen datos del sector no estructurado de la economía, no sabemos nada acerca de los trabajadores no registrados.

En el sector formal, es decir con trabajo registrado, tenemos varias fuentes de subregistro. En primer lugar son absolutamente falsos y subregistrados los datos concernientes a las enfermedades profesionales. Por otra parte y dado que las ART son compañías de seguros es sabido que aumentan la alícuota a los empleadores que superan la siniestralidad que ellos por su cuenta definen como "normal". Esta modalidad es una invitación para que el empleador no denuncie todos los accidentes que tiene. Con estas 3 observaciones la respuesta a su pregunta es que las estadísticas de la SRT no son fiables.

3. ¿Le parece que funciona adecuadamente el sistema de inspección o policía del trabajo? Podría mejorarse? Tiene una adecuada comunicación con la SRT? (Creo que responden a las autoridades locales)

Rta.: Cada provincia ha definido la importancia que da al tema y no me cabe duda que estamos muy lejos de tener en todas la inspección que sería necesaria. Existen comunicaciones con la SRT ya que esta última financia algunos contratos en provincias.

---

<sup>1566</sup> Médico, especializado en medicina del trabajo, completó su formación en la especialidad en la Clínica del Lavoro "Lugi Devoto" (Milán, Italia). Actualmente se desempeña como Director de la Especialización de Postgrado en Medicina del Trabajo de la Universidad Nacional del Litoral; Experto de la Organización Internacional del Trabajo en salud y seguridad en el trabajo y desarrollo de programas de trabajo decente en los países andinos. Desarrolla actividades docentes en Universidades de distintos países y es docente del Centro Internacional de Formación de la OIT en Torino (Italia) y tutor en los cursos a distancia que ofrece el Departamento de Actividades con los trabajadores de la OIT. Fue Director General de Salud y Seguridad en Argentina en dos oportunidades, la última previo concurso. Se desempeñó desde el 2002 hasta agosto del 2007 como Gerente General de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo. Ejerció como Ministro de Trabajo y Seguridad Social de la Provincia de Santa Fe entre el 2007 y el 2011, en esta tarea puso en marcha la Agenda Provincial de Trabajo Decente, las paritarias docentes, la participación de los trabajadores en salud y seguridad en el trabajo y programas contra el trabajo infantil.



De esta forma los inspectores no tienen la estabilidad que debe garantizársele conforme el Convenio 81 de la OIT

4. ¿Cree que un delito de peligro con pena de prisión para el empresario que no cumple la norma de seguridad de riesgos laborales, creando un peligro grave para los trabajadores, ayudaría a prevenir los accidentes de trabajo?

Rta.: Sin duda es así.

5 ¿Cree Ud que empresas extranjeras con actividades peligrosas se instalan en Latinoamérica aprovechando la inexistencia de ese delito de peligro?

Rta.: Se instalan por distintos factores, entre ellos éste.

6. ¿Cree que hay alguna característica o patrón, respecto de la siniestralidad laboral en Latinoamérica? Hay alguna característica propia del "empresario incumplidor" argentino?

Rta.: No lo creo.

## BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁZQUEZ, M., Acerca de la teoría de bienes jurídicos, en *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal, Libro homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez*, Lima, 2007

ABOSO, G., *Trata de personas*, Bs. As., 2013

ACALE SÁNCHEZ, Siniestralidad laboral y delito: apuntes de Derecho comparado entre las legislaciones española y uruguaya, *Revista Derecho Laboral*, n° 254, 4/2014

ACALE SÁNCHEZ, Análisis criminológico de la siniestralidad laboral en la provincia de Cádiz, en TERRADILLOS/ACALE/GALLARDO, *Siniestralidad laboral. Un análisis criminológico y jurisprudencial*, 2006

ACALE SÁNCHEZ, Puesta en peligro de la vida y la salud de los trabajadores en el ámbito de la construcción: análisis de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 433/2005, de 27 de septiembre de 2005, *Revista de Derecho Social*, 2006

ACKERMAN, M., *Ley de Riesgos del Trabajo*, Santa Fe, 2013

AGUADO CORREA, T. *El Principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Madrid, 1999

AGUADO LÓPEZ, *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, Valencia, 2002

ALCACER GUIRAO, Enjuiciamiento del peligro, tentativa y delitos de peligro, *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, año V, n° 9 A, 1999

ALLER, G., Estudio acerca de la Ley n° 19.196: Responsabilidad Penal del Empleador, 2014, p.13, [www.fder.edu.uy](http://www.fder.edu.uy)

ALONSO ALAMO, *Derecho penal mínimo de los bienes jurídicos colectivos (Derecho penal mínimo máximo)*, *Revista penal*, N° 32, 2013

AMELUNG, K, El concepto de “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos, en HEFENDEHL (ed), *La teoría del bien jurídico*, Madrid, 2007

ARESE, C., El anteproyecto de Código Penal: hacia un derecho criminal protectorio de los Derechos Humanos Laborales, DT 2015, n° 3, (enero) (cita on line: AR/DOC/3275/2014).

ARESE, C., Derecho penal del trabajo y la seguridad social, *Revista 14 bis*, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo, Córdoba, 2005

BAIGÚN, D./ZAFFARONI, E. (dir), *Código Penal y Normas Complementarias*, Tomo 4, Bs.As., 2008

AGUSTINA SANLLEHÍ, J., *El delito en la empresa*, Barcelona, 2010

ANTACLI, G., La prevención de los riesgos y la seguridad en el trabajo: un desafío para la responsabilidad social empresaria, publicado en 12/2008, [www.saij.jus.gov.ar](http://www.saij.jus.gov.ar)

ARÉVALO VELA, J., La protección penal de la seguridad y salud en el trabajo, *Revista Actualidad Penal*, n°6, 2014, [actualidadpenal.com.pe](http://actualidadpenal.com.pe).

ARROYO ZAPATERO, *Manual del Derecho penal del trabajo*, Barcelona, 1988

ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Madrid, 1981

ARROYO ZAPATERO/TIEDEMANN/NIETO MARTÍN (coord.), *Eurodelitos*, México, 2006,

BACIGALUPO ZAPATER, E, *Delitos impropios de omisión*, Madrid, 2005

BACIGALUPO, E., La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial, en ID (dir), *La responsabilidad penal de las sociedades. Actuaciones en nombre de otro. Responsabilidad de los consejos de administración. Responsabilidad de los subordinados*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995

BACIGALUPO, E., *Derecho Penal- Parte General*, Bs. As., 1999

BADENI, G., *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo II, Bs. As., 2010

BAIGÚN, D./ZAFFARONI, E. (dir), *Código Penal y Normas Complementarias*, Tomo 4, Bs.As., 2008

BALLESTEROS MARTÍN, J., El delito alimentario, en *Protección penal de consumidores y usuarios*, Manuales de Formación Continuada, n° 15, Consejo General del Poder Judicial, 2001

BALMACEDA HOYOS, Una aproximación al derecho penal del trabajo en Chile, en *Derecho Penal del trabajo. Una mirada de doble vía*, MUÑOZ SEGURA/POSADA MAYA (coords.), Bogotá, 2017

BARBA, FERNÁNDEZ, MORALES, RODRÍGUEZ NARDELLI, MANZOTTI, BUENO y GIORDANO, *Salud y Seguridad en el trabajo, aportes para una cultura de la prevención*, 2014, disponible en [www.ilo.org](http://www.ilo.org)

BARTOMEUS PLANA en ROJO TORRECILLA (coord.), *Delitos contra los derechos de los trabajadores*, Barcelona, 1998

BATISTA GONZÁLEZ, M. La responsabilidad penal de los órganos de la empresa, en *Derecho penal económico*, BACIGALUPO (dir), Buenos Aires, 2005

BAYLOS/TERRADILLOS, *Derecho penal del trabajo*, Madrid, 1997

BERRUEZO, R., Derecho penal laboral, en *Derecho Penal Laboral. Delitos contra los trabajadores*, Bs As, 2011

BIDART CAMPOS, G., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Bs. As., 2006, tomo I-B

BISCEGLIA, V., *La protección penal de la seguridad e higiene del trabajo*, Tesis de posgrado en Derecho penal y criminología, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2006.

BISCEGLIA, V., Talleres Clandestinos. Una herramienta de explotación laboral. Su penalización., disponible en [www.cajurídico.com.ar](http://www.cajurídico.com.ar)

BOIX REIG/ORTS BERENGUER, Consideraciones sobre el artículo 316 del Código Penal, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Cuenca, 2001, Volumen II

BOLAÑOS GONZÁLEZ, M., El objeto material de la acción delictiva. Aspectos jurídicos y filosóficos. *Anuario Jurídico Colegio de Abogados*, Vol. 5

BOLEA BARDÓN, C., Imputación de resultados lesivos en accidentes laborales: cuotas de responsabilidad, en *Protección Penal de los derechos de los trabajadores*, MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir), Bs As, 2009

BUOMPADRE, J., *Trata de personas, migración ilegal y derecho penal*, Córdoba, 2009

BUOMPADRE, J., *Delitos contra la libertad*, Bs. As., 1999

BUSTOS RAMÍREZ, Los bienes jurídicos colectivos, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Año 1986, Número Extraordinario 11

CALDERÓN VALVERDE, Análisis de las modificaciones del artículo 168-A del Código Penal efectuado por la Ley N° 30.222, *Gaceta Penal & Procesal Penal* n° 63, septiembre 2014

CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, Barcelona, 1998

CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Mendoza, 2001

CANCIO MELIA, Frontera entre sanción administrativa y responsabilidad penal, en *Economist & Jurist*, vol. 19, n°151, 2011

CANCIO MELIÁ, ¿"Derecho penal" del enemigo?, en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Bs As, 2005

CARBONELL MATEU, J., Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos, en BOIX REIG (dir) *Intereses difusos y Derecho penal*, *Cuadernos de derecho judicial*, 36-1994

CARDOZO POZO, R., *Bases de política criminal y protección penal de la seguridad vial*, Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2009,

CARMONA GARCÍA, J., Tipos penales relacionados con el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Breve análisis comparativo entre la Legislación Venezolana y Española, *Revista Gaceta Laboral*, vol. 15, n° 2, 2009, Universidad del Zulia

CARO CORIA, *La falsa tutela penal del trabajador*, disponible en [www.ccfirma.com](http://www.ccfirma.com)

CASTIÑEIRA PALOU/LLOBET ANGLÍ/MONTANER FERNÁNDEZ Accidentes de trabajo, medidas de seguridad y concurrencia de culpas: criterios jurisprudenciales, *InDret*, 1/2005

CASTIÑEIRA PALOU/LLOBET ANGLÍ/MONTANER FERNÁNDEZ ,Concurrencia de culpas en accidentes laborales- Comentario a la SAP de Barcelona de 2 de septiembre de 2003, *ADPCP*, Vol. LVIII, 2005.

CHOCLAN MONTALVO, J., *Deber de cuidado y delito imprudente*, Barcelona, 1998

CENTURIÓN ORTÍZ, R., *Derecho Penal-Parte Especial*, Asunción, 2011

CEREZO MIR, Los delitos de peligro abstracto, en DONNA (dir.) *Revista de derecho penal*, 2001-2

CESANO, J, La imputación penal en el ámbito de la empresa y las estructuras omisivas: bases para su análisis, en *Revista de derecho penal*, DONNA (dir), 2011-2, Delitos contra el patrimonio-I

COLINA RAMÍREZ, *Sobre la legitimación del Derecho penal del riesgo*, Madrid, 2014,

COMPAÑY CATALÁ, J., *La protección penal de la seguridad y salud en el trabajo*, Tesis doctoral UPF, Barcelona, 2009

CONDE PUMPIDOTOURÓN, *Comentarios del Código Penal* (dir.), LÓPEZ BORJA de QUIROGA (coord.), Barcelona, 2007, vol. 3

CONTINO, L., Trabajo clandestino como virus cultural, *Revista Derecho del Trabajo*, Año I, n°2, Bs. As., 2015 ([www.saij.gob.ar](http://www.saij.gob.ar))

CORCOY BIDASOLO, Delitos laborales. Ámbito y eficacia de la protección penal de los derechos de los trabajadores, en CONDE-PUMPIDO TOURÓN (dir), *Derecho Penal Económico, Cuadernos de Derecho Judicial*, 2- 2003

CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, 1999

CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, Bs. As., 2005

CORCOY BIDASOLO, Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir), *La política criminal en Europa*, Barcelona, 2004

CORCOY BIDASOLO, Protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales y Derecho penal mínimo, en MIR PUIG (dir) *Derecho penal del siglo XXI, Cuadernos de Derecho Judicial*, 8-2007

CORCOY BIDASOLO, Siniestralidad laboral y responsabilidad penal, en *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir), Bs. As., 2009

CORCOY BIDASOLO/CARDENAL MONTRAVETA/ HORTAL IBARRA, Protección penal de los accidentes laborales, *Revista del Poder Judicial*, n° 71, Barcelona, 2003

CORNAGLIA, R., Licencia patronal para matar, *Revista Le monde diplomatique*, n° 61, 7/2004

COSTAMAGNA, O., Sanciones penales en el derecho laboral argentino; consecuencias penales de las cuestiones laborales, en *Derecho Penal del trabajo. Una mirada de doble vía*, MUÑOZ SEGURA/POSADA MAYA (coords.), Bogotá, 2017

COTILLAS MOYA, La intervención culpable del trabajador en los delitos contra la seguridad en el trabajo, *LLPenal*, 2005

CREUS, C., *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo I, Bs. As., 1983

CUADRADO RUIZ, M., *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, Barcelona, 1998

CUELLO CONTRERAS, Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de la autoría y modalidades del delito, *InDret*, 1/2011

CUNEO LIBARONA, R., *Responsabilidad penal del empresario*, Buenos Aires, 2011

D´ALESSIO (dir), *Código Penal de la Nación Comentado y Anotado*, Tomo II, *Parte Especial*, Bs.As., 2009

DE LA GÁNDARA VALLEJO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, Madrid, 1995

De la MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa*, Barcelona, 1996.

De la CUESTA AGUADO, Tipificación del riesgo y delitos de peligro, en DONNA (dir.) *Revista de Derecho Penal, Delitos de peligro-I*, 2007-2

De RIVAS VERDE-MONTENEGRO, *El accidente de trabajo en las obras de construcción como fuente de responsabilidad penal*, tesis doctoral (Universidad de Alcalá), Alcalá de Henares, 2015

De VICENTE MARTÍNEZ, R., *La respuesta penal a la siniestralidad laboral* Barcelona, 2013

De VICENTE MARTÍNEZ, R., *Seguridad en el trabajo y Derecho Penal*, Barcelona, 2001

Del ÁGUILA, A., El Paraguay proletarizado: la experiencia de los trabajadores paraguayos en la industria de la construcción argentina, 2012, [www.grupoparaguay.org](http://www.grupoparaguay.org)

Del ÁGUILA, A., “El que no se la banca, mejor que se dedique a otra cosa”. Riesgo, masculinidad y clase social entre trabajadores paraguayos en la industria de la construcción del Área Metropolitana de Buenos Aires, 2015 [www.scielo.org.ar](http://www.scielo.org.ar).

Del ÁGUILA, A. *Homo constructor. Trabajadores Paraguayos en el Área Metropolitana de Buenos Aires*, Bs. As., 2017

Del CASTILLO CODES, E., Estudio sobre los delitos de peligro, *Revista de Derecho Penal*, n° 19, 2006

Del CASTILLO CODES, *La imprudencia: autoría y participación*, Madrid, 2007

DEMETRIO CRESPO, E., Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad en el Derecho penal, DONNA (dir.) *Revista de derecho penal, Autoría y participación-I*, 2005

DESDENTADO BONETE, Reflexiones sobre los accidentes de trabajo al hilo de algunas decisiones judiciales recientes, *Revista de Derecho Social*, nº 24, Albacete, 2003

DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión, *Poder Judicial*, nº 24, 1991

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El delito contra la seguridad en el trabajo: algunos problemas del dolo y la imprudencia, concursales y relativos al artículo 318 del Código Penal, *Revista del poder judicial*, nº 80, 2005

DIEZ RIPOLLÉZ, J., De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (<http://criminet.ugr.es>), 2005.

DÍEZ RIPOLLÉS, J., El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena, *Actualidad Penal*, nº1, 2001

DONNA, Derecho Penal-Parte Especial, Bs. As, 1999

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Del riesgo al resultado: homicidios y lesiones imprudentes en la construcción, en POZUELO PÉREZ (coord.), *Derecho penal de la construcción*, Granada 2012

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., El argumento de la “imprudencia temeraria del trabajador” (art.15.4 LPRL) y la responsabilidad penal del constructor, arquitectos y otros garantes por lesiones o muertes laborales, *Revista General de Derecho Penal*, nº 6, 2006

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Valencia, 2006

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., Prevención de la delincuencia empresarial, *Eunomía*, nº2 (marzo/agosto), 2012

DOPICO GÓMEZ- ALLER, J., ¿qué salvar del art.318 CP?, La responsabilidad de administradores y encargados del servicio en los delitos contra los derechos de los trabajadores atribuidos a una persona jurídica. Consideraciones de *lege ferenda*, *Revista General de Derecho Penal*, nº9, 2008

DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, Pamplona, 1996

DOVAL PAIS, A. Estructura de las conductas típicas, con especial referencia a los fraudes alimentarios, en BOIX REIG (dir) *Intereses difusos y Derecho penal*, *Cuadernos de derecho judicial*, 36-1994

DOVAL PAIS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*, Valencia, 1999

ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., Art. 317 del C. P.: un delito imprudente relativo a la vida, integridad física o salud de las personas, *Actualidad Penal*, nº 38, 2000

ESCRVÁ GREGORI, J., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, Barcelona, 1976

FARALDO CABANA, C., *El delito contra la seguridad e higiene en el trabajo*, Valencia, 2013

FARALDO CABANA, P., Problemas de atribución de la responsabilidad penal derivados de la estructura jerárquica de la empresa, en *Estudios de derecho ambiental, Libro Homenaje al Prof Josep Prats Canut*, Valencia, 2008

FAYT, C., *Evolución de los Derechos Sociales: Del reconocimiento a la exigibilidad*, Bs. As., 2007

FEIJÓO SÁNCHEZ, Delitos contra la seguridad colectiva: ¿tentativas imprudentes?, *La Ley*, n°1, 1997, p. 2004

FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Derecho penal de empresa e imputación objetiva*, Madrid, 2007

FEIJOO SÁNCHEZ, B., La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el Derecho penal español, *Revista de derecho penal*, n° 4, 2003

FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Resultado lesivo e imprudencia*, Bogotá, 2003

FEIJÓO SÁNCHEZ, Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro, DONNA (dir.) *Revista de derecho penal, Delitos de peligro-I*, 2007-2

FEIJÓO SÁNCHEZ, B., Seguridad del tráfico y resultado de peligro concreto: comentario a la SSTs de 5 de marzo de 1998 y 2 de junio de 1999. Sobre la normativización del peligro, DONNA (dir.) *Revista de derecho penal, Delitos de peligro-II*, 2008-1

FEO ARDILLA, J., *Influencia del trabajo por turnos en la salud y la vida cotidiana*, trabajo de grado para optar al título de especialista en salud ocupacional, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007

FERIA GALBÁN, K., La siniestralidad laboral en Cuba. Un acercamiento a través de los límites de la responsabilidad penal, *Revista Pensamiento Penal*, [www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar), 1° de diciembre de 2014

FERIA GALBÁN, K., Los riesgos laborales y su intervención en el Derecho penal cubano, *Revista Pensamiento Penal*, [www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar), 7 de julio de 2015

FERREIROS, E., El derecho Penal del Trabajo, disponible en [www.adapt.it](http://www.adapt.it),

FLANDRINO, A., La salud y seguridad de un sistema particular, 2009, [www.bibliotecaclacso.edu.ar](http://www.bibliotecaclacso.edu.ar),

FONTÁN BALESTRA, C., *Tratado de Derecho Penal*, Tomo IV, Parte Especial, Bs.As., 1969

FORMARO, J., *Riesgos del trabajo*, Bs As, 2013.

FRISCH, W., *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Cuello Contreras, J/Serrano González de Murillo, J. (trad.), Madrid, 2004,

GALLARDO GARCÍA, Análisis jurisprudencial de la protección de la vida y la salud en el ámbito laboral: cuestiones concursales, *Revista de Derecho Social*, n° 41, 2008



GALLARDO GARCÍA, La protección penal de la salud de los trabajadores, *Derecho y salud*, vol. 14, n° 2

GALLARDO GARCÍA, *Protección jurídica de la vida y salud de los trabajadores*, Granada, 2016

GALLO, P. El caso Escudero, Daniel y otro, en *Jurisprudencia de Casación Penal*, ZIFFER (dir), tomo II, Bs. As., 2010

GALLO, P., Tráfico de inmigrantes: ¿un delito sin víctima?, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, BERTOLINO/ZIFFER (dir), Bs. As., abril 2012

GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem material y concurso de delitos*, Barcelona, 1995

GARCÍA ARÁN, La protección penal de la seguridad en el trabajo en el Código penal vigente y en el Proyecto de Código Penal de 1992, en TERRADILLOS BASOCO (dir.) *Derecho penal del trabajo y derecho administrativo sancionador*, Cádiz, 1992

GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico- Parte General*, Lima, 2007

GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico-Parte Especial*, Lima, 2016

GARCÍA CAVERO, El principio del *ne bis in idem material* en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa, *Política criminal*, vol. 11, n° 21 (Julio 2016) ([http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_11/n\\_21/Vol11N21A2.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_21/Vol11N21A2.pdf))

GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho en la empresa: Criterios de imputación*, Barcelona, 1999

GARCÍA FIGUEROA, F., Los sujetos activos de los delitos contra la seguridad y salud en el trabajo. Especial consideración al sector de la construcción, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2011

GARCÍA RIVAS, Delito contra la seguridad en el trabajo: estructura típica, bien jurídico y concurso de delitos, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 15- 2005

GARCÍA RIVAS, Reflexiones sobre inseguridad laboral en imprudencia, *Revista de Derecho Social*, n°24 (2003)

GELLI, M., *Constitución de la Nación Argentina*, Bs.As., 2003

GIL GIL, A., *El delito imprudente*, Barcelona, 2007

GIMBERNAT ORDEIG, Causalidad, omisión e imprudencia, *ADPCP*, t. 47, (mes 3), 1994

GIMBERNAT ORDEIG, E., El delito de omisión impropia, en *Revista de Derecho penal y criminología*, n° 4, 1999

GIMBERNAT ORDEIG, Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida, *Estudios Penales en recuerdo del Profesor RUIZ ANTÓN*, Barcelona, 2003

GIMÉNÉZ-SALINAS FRAMIS, A., SUSAJ, G. y REQUENA ESPADA, L., La dimensión laboral de la trata de personas en España, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-04 (2009)

GOLDBERG, A (dir.), Las condiciones de trabajo en los talleres clandestinos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: factores de riesgo e impacto en la salud/enfermedad de los trabajadores, CONICET, 2011, [www.srt.gob.ar](http://www.srt.gob.ar)

GÓMEZ MARTÍN, V., El enigmático art. 318 CP: diez cuestiones controvertidas, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Bs As, 2009

GÓMEZ MARTÍN, V., Libertad, seguridad y “sociedad de riesgo”, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *La política criminal en Europa*, Barcelona, 2004

GÓMEZ RIVERO, M., La responsabilidad penal por los riesgos y resultados lesivos en el ámbito de la construcción, en TERRADILLOS BASOCO (dir.), *La siniestralidad laboral. Incidencia de las variables “genero”, “inmigración” y “edad”*, Albacete, 2009

GÓMEZ TOMILLO, M., Contribución a la teoría de los delitos de peligro hipotético-aptitud abstracta. Los delitos de tenencia como paradigma de peligro abstracto puro, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005

GONZÁLEZ, M., El objeto material de la acción delictiva. Aspectos jurídicos y filosóficos. *Anuario Jurídico Colegio de Abogados*, Vol. 5

GONZÁLEZ NUÑEZ, J., Tráfico ilícito de inmigrantes y otros ilícitos migratorios, disponible en [www.ciidpe.com.ar](http://www.ciidpe.com.ar)

GONZÁLEZ RUS, *Sistema de Derecho penal español*, MORILLAS CUEVA (coor), Madrid, 2011

GRACIA MARTÍN, L., Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del estado de derecho, en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, ORTS BERENGUER (dir.), Valencia, 2009

GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en nombre de otro en Derecho penal*, Zaragoza, 1985

GRACIA MARTÍN, L., La comisión por omisión en el Derecho penal español, en *La comisión por omisión*, Madrid, 1994

GRACIA MARTÍN, L., La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del estado de derecho (social y democrático), *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, n°3

GRACIA MARTÍN, L., La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno, en REÁTEGUI SÁNCHEZ/REQUEJO SÁNCHEZ (coord.), *Derecho penal económico y de la empresa*, Lima, 2016

GRACIA MARTÍN, L., Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante), *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid 2001

GRACIA MARTÍN, L., Nuevas perspectivas del Derecho penal tributario (Las “funciones del tributo” como bien jurídico), *Actualidad Penal*, n° 10, 1994.

GRACIA MARTÍN, L., Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de reforma penal en España, *Actualidad Penal*, (18), 1994

GRACIA MARTÍN/CAYÓN GALIARDO, *Las infracciones de deberes contables y registrales tributarios en Derecho penal*, Madrid, 1990

GRAUER GODOY, A., *El delito alimentario*, Revista de Derecho y Proceso Penal, nº 21, 2009

GRECO, L, *Existem criterios para a postulacao de bens jurídicos coletivos?*, en *Revista de Concorrência e Regulacao, añoII, números 7/8, 2012*

GRISOLIA, J., *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Bs. As., 1999

GUISASOLA LERMA, C., *Tendencia expansiva de los delitos de peligro y garantías penales*, DONNA (dir.) *Revista de Derecho Penal, Delitos de peligro-II, 2008-1*

HAIRABEDIÁN, M., *Tráfico de personas*, Bs. As., 2009

HASSEMER, W., *Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno*, ADPCP, 1992

HASSEMER, W., *Bienes jurídicos en el Derecho penal*, en *Estudios sobre Justicia Penal, Libro Homenaje a Julio Maier*, Bs As, 2005

HEFENDEHL, *El bien jurídico como eje material de la norma penal*, en HEFENDEHL (ed), *La teoría del bien jurídico*, Madrid, 2007

HEFENDEHL, R, *¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros?*, RECPC, 04-14, 2002

HELLBUSCH/VICENS, *AC/DC: antes y después de Cromañón. Discursos sobre el riesgo y el rock*, *Letra, Imagen, Sonido, L.I.S.*, Ciudad Mediatizada, año IV, nº9, Bs. As., 2013

HERNANDEZ BASUALTO, H., *Apuntes sobre la responsabilidad (imprudente) de los directivos de empresa*, *Derecho Penal Económico*, Bs.As., 2010

HERNÁNDEZ BASUALTO, H., *Delitos contra los trabajadores en el derecho penal chileno*, en *Derecho penal laboral*, Bs. As., 2011

HORTAL IBARRA, J., *Concreción del riesgo típico en el delito contra la seguridad en el trabajo (art. 316). A la vez, un apunte sobre algunos modelos europeos de protección “penal” de la prevención de riesgos laborales*, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Bs As, 2009

HORTAL IBARRA, J., *Contratación de trabajadores: “irregulares”, inmigración clandestina, tráfico ilegal de personas y derecho penal*, en VARELA CASTRO/MARCHENA GÓMEZ (dir) *La protección penal de los trabajadores: tipos, instrucción y enjuiciamiento*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 5-2008

HORTAL IBARRA, J., *Legitimación y eficacia de la intervención penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales*, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir), *La política criminal en Europa*, Barcelona, 2004

HORTAL IBARRA, J., *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Barcelona, 2005

HORTAL IBARRA, CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN, (dir.), *Manual de Derecho penal económico y de empresa-Parte general y Parte especial*, tomo II, Valencia, 2016

HUERTA TOCILDO, S. *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, 1987

ILHARRESCONDO, J., *Delitos Societarios*, Bs. As., 2011

ISENSEE, J, *El derecho constitucional a la seguridad*, Geminiani/Manso Porto (trad.), Bs. As, 2014

JAKOBS, G., Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal, en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1997

JAKOBS, G., *Derecho Penal-Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, 1995

JAKOBS, G., La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente, *Estudios de Derecho Judicial*, n° 20, 1999

JAKOBS, G., La competencia por organización en el delito omisivo, en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1997

JAKOBS, G., La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza”, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997

JAKOBS, G., La imputación penal de la acción y de la omisión, en *ADPCP*, t. III, 1996

JAKOBS, G., *Imputación objetiva en Derecho penal*, Cancio Meliá, M. (trad.), Bs. As., 1996,

JAKOBS, G., Injerencia y dominio del hecho, en *Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2001

JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Bs As, 2005

JAKOBS/STRUENSEE, *Problemas capitales del derecho penal moderno*, Bs. As., 1998

JESCHEK, *Tratado de Derecho Penal- Parte General*, Manzanares Samaniego, J. (trad.), Granada, 1993

JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal-Parte general*, Olmedo Cardenete, M. (trad), Granada, 2002

JORGE BARREIRO, A. Cuestiones conflictivas de los tipos penales contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores y sus repercusiones procesales, *Cuadernos de Derecho Judicial*, V-2008

KINDHÄUSER, Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal, *InDret*, 1/2009

KISS, Delito de peligro concreto y acción peligrosa, en *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo, Libro Homenaje a Eberthard Struensee*, Bs As, 2011

KISS, A., *El delito de peligro abstracto*, BsAs, 2011

KISS, Delito de lesión y delito de peligro concreto: ¿qué es lo “adelantado”?, *InDret* n°1, 2015

LANGÓN CUÑARRO, M., Responsabilidad penal del empleador (ley 19.196/2014), en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, n°25, v.7, Montevideo, 2014

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J., Aspectos constitucionales del Derecho penal del trabajo, en *La protección penal de los trabajadores: tipos, instrucción y enjuiciamiento*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, V-2008,

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J., Bien jurídico y objeto protegible, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, N°4, 2012

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J., Caso del trabajador imprudente, en *Casos que hicieron historia en el Derecho penal*, SANCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ (coord.), Madrid, 2011

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J., Elogio del artículo 325 del Código Penal, en *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Granada, 2005

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J., Fundamento y límites del deber de garantía del empresario, en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, *Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedeman*, Madrid, 1995

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J., La imputación penal del accidente de trabajo, en *Cuadernos penales José María Lidón*, n° 3, Bilbao, 2006

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J., La prevención penal de los riesgos laborales: cinco preguntas, *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J., *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1994

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J., *Los delitos de omisión: fundamentos de los deberes de garantía*, Madrid, 2002

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J., Por un derecho sólo penal: derecho penal, derecho de las medidas de seguridad y derecho administrativo y sancionador, en *Libro Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J., Seis tesis sobre la autoría en el delito contra la seguridad de los trabajadores, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Bs. As., 2009

LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, Valencia, 1999,

LAURENZO COPELLO, *El resultado en Derecho penal*, Valencia, 1992

LESCANO CAMERIERE/TULA, Derecho penal del trabajo: lineamientos básicos para su comprensión, *Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del departamento judicial de San Isidro*, n° 19, San Isidro, 2006

LÓPEZ PALOMERO, E., *Derecho penal del trabajo*, Bs. As., 2011

LOZANO LARES, F. *El tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral*, Albacete, 2015

LOZANO LARES, *Tipología del tratamiento técnico de la siniestralidad laboral*, Albacete, 2015

LUCIANI, D., *Criminalidad organizada y trata de personas*, Santa Fe, 2011

LUZÓN PEÑA, Injerencia, comisión por omisión y omisión de socorro, en *Derecho penal de la circulación*, Barcelona, 1990

LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid, 1996

LUZÓN, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN, Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999, ponente Bacigalupo Zapater, en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN (Coords.), *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, León, 2004

MALET VÁZQUEZ, M., *Accidentes laborales: análisis del delito previsto en la Ley N° 19.196*, *Revista de Derecho Penal* N° 22, 12/2014

MANSDÖRFER, Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas en un grupo, *InDret* 2/2007

MAQUEDA ABREU, La idea de peligro en el moderno Derecho penal. Algunas reflexiones críticas a propósito del Proyecto de Código Penal de 1992, *Actualidad Penal*, n°26/27, 1994

MARAVÉR GÓMEZ, M. *El principio de confianza en Derecho penal*, Madrid, 2009

MARÍN ARCE, J., El derecho de información de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales y los derechos lingüísticos, [www10.gencat.net](http://www10.gencat.net)

MARTÍN LORENZO/ORTÍZ DE URBINA GIMENO, Delitos contra la seguridad de los trabajadores en el ámbito de la construcción, en POZUELO PÉREZ (coord.), *Derecho penal de la construcción*, Granada 2012

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa-Parte especial*, Valencia, 2015,

MARTÍNEZ -BUJÁN PEREZ, Los delitos de peligro en el derecho penal económico y empresarial, *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa* 2, 2012

MATA y MARTÍN, R., *Derecho penal y siniestralidad laboral: los concursos de infracciones*, *Revista General de Derecho Penal*, n° 10, 2008.

MATA y MARTIN, R., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, 1997

MEDINA MAILHO, R., *Desde la historia hacia el futuro: buenas prácticas para consolidar la cultura de la prevención de riesgos del trabajo, a partir del estudio comparado del rol de los agentes sociales en Argentina y España*, Tesis doctoral, Universidad de Alcalá, Alcalá, 2014.

MEINI MÉNDEZ, I., *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Valencia, 2003

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Delitos de peligro y su técnica de tipificación*, Madrid, 1993

MENÉNDEZ, A., El delito ambiental básico a la luz de la reciente jurisprudencia, en *Estudios penales en homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, Madrid, 2005

MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, 2001

Ministerio Público Fiscal, Procuraduría General de la Nación, Informe sobre Talleres Clandestinos en la Ciudad de Bs.As., 2006, disponible en [www.elisacarrio.com](http://www.elisacarrio.com)

MIR PUIG, S., *Derecho Penal-Parte General*, Barcelona, 2015

MIR PUIG, S., Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo código penal, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 03-06 (2001)

MIRANDA HERRÁN, E., La enfermedad profesional en los delitos contra la seguridad en el trabajo, Ponencia presentada en el curso ante Fiscales especialistas en seguridad laboral, celebrado en Madrid, octubre de 2011

MOLINA FERNÁNDEZ, F. ¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?: Reflexiones sobre un bien jurídico problemático, y a la vez aproximación a la “participación” en el delito, en BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO (ed.), *Política Criminal y blanqueo de capitales*, Madrid, 2009

MONGE FERNÁNDEZ, A. *La responsabilidad penal por riesgos en la construcción*, Valencia, 1998,

MONTANER FERNÁNDEZ, R. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, Barcelona, 2008

MORALES GARCÍA, Responsabilidad penal asociada a la siniestralidad laboral, *XVI Jornadas Catalanas de Derecho Social*, 2005

MORALES PRATS, F., Técnicas de tutela penal de los intereses difusos, en BOIX REIG (dir) *Intereses difusos y Derecho penal*, *Cuadernos de derecho judicial*, 36-1994

MORENO MARCOS, M., El principio de precaución y la democratización del riesgo: posibles aplicaciones en el Derecho laboral en torno a la salud y seguridad de los trabajadores expuestos a sustancias carcinógenas o mutágenas, *Revista de Derecho Social*, nº 36 Albacete, 2006

MORILLAS CUEVA, La responsabilidad penal en materia de seguridad y salud laboral, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 14- 2004

MORILLAS CUEVA, *Comentarios al Código Penal Segunda época*, COBO del ROSAL (dir.), Madrid, 2006, tomo X (vol. 1)

MUÑOZ, D. La tenencia del peligro. Una visión crítica de las estructuras de “simple tenencia” desde el principio-garantía de lesividad, DONNA (dir.) *Revista de derecho penal, Delitos de peligro-I*, 2007-2

MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1996,

- MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, Madrid, 2009
- MUÑOZ LORENTE, Algunas consideraciones sobre el concepto de peligro, clandestinidad y delito continuado en los delitos contra el medio ambiente, DONNA (dir.) *Revista de Derecho Penal, Delitos de peligro-I*, 2007-2
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo del art. 311 del Código Penal en el marco del Derecho penal*, Pamplona, 2008
- NAVARRO CARDOSO, *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho penal*, Madrid, 2001
- NAVARRO CARDOSO, *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Valencia, 1998
- NAVARRO FRÍAS, I., *Mandato de determinación y tipicidad penal*, Granada, 2010
- NIETO MARTÍN A., Le droit pénal du travail, en *Droit pénal des affaires en Europe*, GIUDICELLI DELAGE, G. (dir), París, 2006
- NINO, C., *Un país al margen de la ley*, Bs. As.1992,
- NUÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal en la empresa*, Valencia, 2000
- OLAIZOLA NOGALES, I., Delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 316 y 317 CP) y su relación con los resultados lesivos, *InDret n°2*, 2010
- ORCARAY REVIRIEGO, J., La obligación empresarial en materia de seguridad y salud laboral. El deber de seguridad, *Revista General del Trabajo y de la Seguridad Social*, n°16, 2008
- PAJONI, Los accidentes de trabajo y la perversión de una ley increíblemente vigente. Las acciones judiciales y el día después del trabajador accidentado, en *El derecho del trabajo en la constitución nacional*, Bs. As., 2007
- PALACIO, A., WAGNER, G. y ZUCCHINI, M., *Salud laboral y prevención de riesgos del trabajo*, monografía presentada en el marco del Seminario Sobre Aportaciones Teóricas y Técnicas Recientes, Universidad Nacional de La Pampa, La Pampa, 2011 disponible en [www.biblioteca.unlpam.edu.ar](http://www.biblioteca.unlpam.edu.ar)
- PALMA LAMPEREIN, M. y TORO VENEGAS, N., *La noción de riesgo en materia de responsabilidad del empleador por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Proyecto de ley sobre responsabilidad penal del empleador por accidentes del trabajo*, Memoria para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2012
- PARDO MONTENEGRO, F., *La responsabilidad penal empresarial y los delitos laborales*, Tesis para optar al grado de Magister en Derecho Penal de Los negocios y de La empresa, Universidad de Chile, Santiago, 2012



PAREDES CASTAÑÓN, J., La responsabilidad por productos defectuosos: Problemática político-criminal y reflexiones de *lege ferenda*, en *Derecho penal de la empresa*, CORCOY BIDASOLO (dir), Universidad Pública de Navarra, Navarra, 2002

PAREDES CASTAÑÓN, J., *El riesgo permitido en Derecho penal*, Madrid, 1995

PEÑA CABRERA FREYRE, A., La política criminal en la sociedad de riesgo, en *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal, Libro homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez*, Lima, 2007

PEÑA CABRERA FREYRE, Análisis de las modificaciones al tipo penal de atentados contra la seguridad y salud laboral. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n° 62, agosto 2014,

PEÑARANDA RAMOS, E, Autoría y participación en la empresa, en *Cuestiones Actuales de Derecho Penal Económico*, SERRANO-PIEDECASAS, J/DEMETRIO CRESPO, E.(dir), Madrid, 2008

PEÑARANDA RAMOS, E., SUARÉZ GONZÁLEZ, C. y CANCIO MELIÁ, M. *Un nuevo sistema del Derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva de Günther Jakobs*, Bs As, 1999

PÉREZ ALONSO, E. y ZUGALDÍA ESPINAR, J., Responsabilidad penal del empresario y del técnico en prevención de riesgos laborales, en DONNA (dir), *Revista de Derecho penal*, 2008-1, Delitos de Peligro II

PÉREZ CAPITÁN, L., *La imprudencia del trabajador accidentado y su incidencia en la responsabilidad empresarial*, Madrid, 2009

PÉREZ CAPITÁN, La actuación administrativa en materia de prevención de riesgos laborales, en Siniestralidad laboral y Derecho penal, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 15- 2005

PERÉZ CRESPO, G., El control de la normativa de higiene y seguridad en el nuevo régimen de riesgos de trabajo, ponencia en el marco de las XXIII JORNADAS DE DERECHO LABORAL, disponible en [www.tel.org.ar](http://www.tel.org.ar)

PÉREZ MANZANO, M., *Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995*, Madrid, 1999

PÉREZ MANZANO, Delitos contra los derechos de los trabajadores, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n° 7, Año III, Bs. As., 1997

PERIN, A., La contribución de la víctima y la imputación objetiva del resultado en la teoría del delito imprudente, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 18-3, 2016

PERIS RIERA, J., Delitos de peligro y sociedad de riesgo: una constante en la dogmática penal de la última década, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005

POLAINO NAVARRETE, M., El bien jurídico en el Derecho penal, *Publicaciones de la Universidad de Sevilla*, 1974

POMARES CINTAS, E., El delito de trata de seres humanos con fines de explotación laboral, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-15, 2011

POMARES CINTAS, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Valencia, 2013

PORTILLA CONTRERAS, La participación omisiva en delitos de resultado y simple actividad, en *El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos*, LH al Prof. Doctor Don Ángel Torío López, Madrid, 1999

POZUELO PÉREZ, L., De nuevo sobre la denominada “expansión” del Derecho penal, en *El funcionalismo en derecho penal, Libro homenaje al Profesor Günther JAKOBS*, Tomo II, Bogotá, 2003

PURCALLA BONILLA, Delitos específicos contra la seguridad y la salud de los trabajadores: la conducta típica en los artículos 316 y 317 del Código Penal, en *Aranzadi Social*, N° 5, 2005

QUINTERO OLIVARES (dir), MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 2011

RAGUÉS I VALLÉS, Atribución de responsabilidad penal en estructuras empresariales. Problemas de imputación subjetiva, en *Nuevas tendencias del Derecho Penal Económico y de la empresa*, Lima, 2005

RAMÍREZ BARBOSA, *El delito contra la seguridad y la salud en el trabajo*, Madrid, 2007

RANDO CASSERMEIRO, *La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador*, Valencia, 2010

REMERSARO CORONEL, L., *El delito de riesgos laborales*, Montevideo, 2016

REQUENA JULIANI, *Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio: posición de garante e imputación objetiva*, Madrid, 2010

REVELLES CARRASCO, El artículo 316 CP como norma penal en blanco y su compatibilidad con el principio de legalidad. Análisis jurisprudencial, *Revista de Derecho Social*, n° 46, 2009

REYES ALVARADO, Causalidad y explicación del resultado, en *Libro Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005

REYES ECHANDÍA, *Tipicidad*, Bogotá, 1997

ROBLES PLANAS, R., *Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo*, Bs. As., 2006

ROBLES PLANAS, R., Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión), *InDret*, 2/2012

ROBLES PLANAS, Participación en el delito e imprudencia, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2da Época, n° 6, 2000

RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, J., *Riesgo penal para directivos de empresa*, Bs. As., 2016

- RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Legalidad y eficiencia en materia penal empresaria, en *Derecho Penal Económico*, Bs.As., 2010
- RODRÍGUEZ MESA, M., *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, Navarra, 2005
- RODRÍGUEZ MESA, Unas notas acerca de la responsabilidad penal en materia de siniestralidad laboral, *Revista de Derecho Social*, nº 21, 2003
- RODRÍGUEZ MONTAÑES, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Bs. As., 2004,
- ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida humana: el delito de homicidio*, DONNA (Dir), Revista de derecho penal, 2003-1, Delitos contra las personas-1
- ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coord.), *Derecho Penal-Parte Especial*, Granada, 2016
- ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Cuello Contreras/Serrano González de Murillo (trad), Madrid, 2000
- ROXIN, C., *Derecho penal-Parte general*, Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/de Vicente Remesal, (trad.), tomo I, Madrid, 1997
- RUEDA MARTÍN, M. El bien jurídico protegido en los delitos relativos a productos de consumo masivo, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 30, 2010
- RUEDA MARTÍN, M. *¿Participación por omisión?*, Barcelona, 2013
- RUEDA MARTÍN, Sobre la necesidad de exigir una posición de garante para atribuir una responsabilidad penal, *InDret*, 1/2015
- SÁEZ VALCÁRCEL, Morir en el trabajo: política criminal frente a las accidentes laborales, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 15- 2005
- SALVADOR CONCEPCIÓN, *El delito de creación de riesgo para la salud del trabajador*, Almería, 2010
- SALVADOR CONCEPCION, La responsabilidad *en cascada* ante las medidas de prevención de riesgos laborales, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ra. Época, nº12, 2014
- SALVADOR NETTO, A., Reflexiones sobre la dogmática penal, la imputación objetiva y la sociedad de riesgo, DONNA (dir.) *Revista de Derecho Penal, Delitos de peligro-III*, 2008
- SÁNCHEZ LÁZARO, F. El concepto de trabajador en el derecho penal español, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2º Época, nº13, 2004
- SÁNCHEZ LÁZARO, F., Hacia la superación de la teoría de la imputación objetiva del resultado, *ADPCP*, Vol. LVIII, 2005
- SÁNCHEZ PÉREZ, *La configuración jurídica del accidente de trabajo*, Murcia, 2013
- SANCINETTI, M., El caso Travi Basualdo, Lorenzo Juan de Dios Pedro, en ZIFFER (dir), *Jurisprudencia de Casación Penal*, tomo I, Bs. As., 2009

- SANCINETTI, M. *Teoría del delito y disvalor de acción*, Bs. As., 1991
- SANCINETTI, M., Tipos de peligro, en las figuras penales, *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, año VII, n° 12, 2001
- SARRABAYROUSE, E., *Responsabilidad penal por el producto*, Bs. As., 2006
- SBROCCA COSIMINI, M., *Reflexiones sobre el art. 1de la Ley N 19.196 que consagró la responsabilidad penal del empleador*, *Revista de Derecho Penal*, N° 22, 12/2014
- SCHICK, H., *Riesgos del trabajo*, Bs. As., 2010
- SCHULENBURG, Relaciones dogmáticas entre bien jurídico, estructura del delito e imputación objetiva, en HEFENDEHL (ed), *La teoría del bien jurídico*, Madrid, 2007
- SCHÜNEMANN, B., Prevención de riesgos laborales, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir), *La política criminal en Europa*, Barcelona, 2004,
- SCHÜNEMANN, B., La estructura de los delitos de peligro (los delitos de peligro abstracto y abstracto-concreto como modelo del Derecho penal económico moderno), en *Cuestiones actuales del sistema penal-Crisis y desafíos*, Lima, 2008
- SHÜNEMANN, B., Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana, Cancio Meliá, M. (trad.), *ADPCP*, tomo 49, mes 1, 1996
- SEMPERE NAVARRO/GARCÍA BLASCO/GONZÁLEZ LABRADA/CARDENAL CARRO, *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, Madrid, 2001
- SERRANO PIEDECASAS, J., La responsabilidad del empresario, personal técnico y de los servicios de prevención en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo, *Revista Penal n° 10*, 2002
- SIERRA HERNAIZ, La determinación del sujeto responsable en el marco de las infracciones administrativas en materia de prevención de riesgos laborales, MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir), *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Bs. As., 2009
- SILVA, M., Arriesgarse para no perder el empleo: las secuelas en la salud de los obreros de la construcción del Mercosur, *Sociologías*, año 4, n°8, Porto Alegre, 2002
- SILVA, A. Globalización y gestión de los riesgos del trabajo en el MERCOSUR, *Revista Venezolana de Gerencia (RVG)*, Año 8, n°22, 2003
- SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bs. As., 2010
- SILVA SÁNCHEZ, Artículo 11, en COBO DEL ROSAL (dir), *Comentarios al Código Penal*, tomo I, Madrid, 1999
- SILVA SÁNCHEZ, Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario, *Cuadernos de política criminal*, n°38, 1989
- SILVA SÁNCHEZ, Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2-1997
- SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bs. As., 2003
- SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 2001

SILVA SÁNCHEZ, La regulación de la “comisión por omisión” (art.11), *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997

SILVA SÁNCHEZ, Política Criminal y Reforma legislativa en la comisión por omisión, *Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, 1993

SILVA SÁNCHEZ, Sobre la relevancia jurídico penal de la no-inmediatez en la producción del resultado, en *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, Santiago de Compostela, 1989

SOLER, S., *Derecho Penal Argentino*, Bs. As., 1992

SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, 2003

STRATENWERTH, G., *Derecho Pena- Parte General I. El hecho punible*, Cancio Meliá/Sancinetti (trad.), Bs. As., 2005

TAMARTIT SUMALLA, J., *La víctima en el Derecho Penal español*, Pamplona, 1998

TAZZA, A., *La trata de personas*, Bs. As., 2014

TERRADILLOS BASOCO, *Cuestiones actuales de Derecho penal económico y la empresa*, Lima, 2001

TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, Madrid, 1995

TERRADILLOS BASOCO, El Estado y los conflictos sociales: la función del sistema penal, *Revista de Derecho Social*, n° 9, Albacete, 2000

TERRADILLOS BASOCO, *Estudios sobre Derecho penal de la empresa*, Bs As, 2006

TERRADILLOS BASOCO, Homicidio y lesiones por imprudencia. Imprudencia profesional: concurrencia de culpas, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 5- 2005

TERRADILLOS BASOCO, *La siniestralidad penal como delito*, Albacete, 2006

TERERADILLOS BASOCO, J., Prólogo al libro de GALLARDO GARCÍA, R., *Protección Jurídica de la vida y salud de los trabajadores*, Granada, 2016

TERRADILLOS BASOCO, Protección de la vida y salud de los trabajadores en el Código Penal español, DONNA (Dir), *Revista de Derecho Penal, Delitos contra las personas*, número extraordinario-2003

TERRADILLOS BASOCO, Protección jurídico-penal de la vida y salud de los trabajadores. Ley uruguaya N° 19.196 y experiencia española, *Revista de Derecho Penal N° 22*, 12/2014

TERRADILLOS BASOCO, Respuesta penal frente a la siniestralidad laboral, en Tutela penal de la seguridad en el trabajo, *Cuadernos penales José María Lidón*, Núm. 3, Bilbao, 2006

TORÍO LÓPEZ, Los delitos de peligro hipotético, *ADPCP*, tomo 34, Fasc/mes 2-3,1981

TRILLO PARRAGA, F., Derecho a un trabajo decente y la dignidad de los nadie, en RAMÍREZ (coord.) *Derecho del Trabajo*, Bs.As., 2011

UHLMANN, D. Prosecuting Worker Endangerment: The Need for Stronger Criminal Penalties for Violations of the Occupational Safety and Health Act, *American Constitution Society*, 2009, [www.ACSLaw.org](http://www.ACSLaw.org).

VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto y resultado*, Pamplona, 2007

VÁSQUEZ SHIMAJUCO, S., *La imputación de los resultados tardíos*, Bs. As., 2013

VILLADA, J., *Delito de trata de personas y otros delitos conexos*, Córdoba, 2014

VILLEGAS PAIVA, El tipo penal de atentados contra la seguridad y salud en el trabajo. Comentario a las modificaciones efectuadas al artículo 168-A del PC, *Gaceta Penal & Procesal Penal* n° 63, agosto 2014,

VITAL de ALMEIDA, R, *El consentimiento y su relevancia para la teoría jurídica del delito*, Granada, 2006

Von HIRSCH, A.y WOHLERS, W., Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa, en *La teoría del bien jurídico*, edición española a cargo de ALCÁCER GUIRAO, MARTÍN LORENZO y ORTÍZ de URBINA, Madrid, 2007

ZAFFARONI, E., *Manual de derecho penal-parte general*, Bs. As., 1982

ZAFFARONI/ALAGIA/ SLOKAR, *Derecho Penal-Parte General*, Bs. As., 2000

ZIELINSKI, D., *Disvalor de acción y de resultado en el concepto del ilícito*, Bs. As., 1990

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., Un cambio cultural en la aplicación del Derecho Penal Laboral, publicado el 5/4/2010, en *El Blog de Wilfredo Sanguinetti*, disponible en <https://wilfredosanguinetti.wordpress.com>.

#### NOTAS PERIODÍSTICAS

“Argentinos sin ley”, Laura Zommer, *La nación*, 2/4/2006

Balance y perspectivas sobre las políticas de formalización del empleo en Argentina, Conclusiones del IV Seminario sobre Economía Informal en Argentina (OIT), agosto de 2015, [www.ilo.org](http://www.ilo.org), p. 1/2

El 33% de los trabajadores están en “negro”, edición del día, diario *La izquierda*, 25/8/2016.

Empresarios deben invertir más en Seguridad laboral, Margarita Alcaraz, *Misiones Online* del 23/7/06, disponible en [misionesonline.net](http://misionesonline.net)

“En otros medios: 12 cosas que aprendí siendo corresponsal en Argentina”, Ignacio de los Reyes, para BBC, *tn.com.ar*

La esclavitud en los tiempos de la cultura fashion, Diario *El Tribuno*, 11/5/2015

“La fistula siniestral”, García Villaverde, 7/12/2015, [www.buenafuente.com](http://www.buenafuente.com).

La importancia de invertir en la salud de los empleados, por Bárbara Guerrero, nota publicada el 29/01/10, en [mba.americaeconomia.com](http://mba.americaeconomia.com)

La industria de la muerte, por Matías Cremonte, Presidente de la Asociación de Abogados Laboralistas (AAL), nota publicada en *El Cronista* el 11/10/16

La pérdida de productividad por accidentes de trabajo, nota periodística publicada en *El Cronista*, 2/10/06)

La precariedad es el peor problema laboral del país, entrevista realizada a Claudia DANANI por el diario *El Economista*, 10/06/2016

“La otra inseguridad”, Diego Rubinzal, *Página 12*, del 8/2/2009

“Lo atamo con alambre, lo atamo”, *El Tribuno*, 27/04/2014, [www.eltribuno.info](http://www.eltribuno.info)

“Si es evitable, no es accidente”, Daniel Yofra, *Página 12*, del 25/2/17, Sección Economía,