

# LINEAMIENTOS BÁSICOS DE LA PROTECCIÓN PENAL ADELANTADA DE LA VIDA Y SALUD EN EL TRABAJO

**Patricia Gallo**

Máster en Derecho Penal por la Universidad de Sevilla, España. Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, España. Docente de Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina  
patricia\_gallo@yahoo.com

Recibido: março 24, 2019.

Aceito: outubro 28, 2019.

Diretrizes básicas de proteção  
criminal avançada da  
vida e da saúde no trabalho

Basic Guidelines of Advanced Criminal  
Protection of Life and Health at Work

## RESÚMEN

En el presente trabajo se analiza a qué pautas debe responder la protección penal de la vida y salud de los trabajadores, frente a los riesgos inherentes de la actividad laboral. Teniendo en cuenta que la principal causa de los accidentes y enfermedades de trabajo consiste en el incumplimiento de las normas de seguridad extrapenales (administrativo/laborales), es necesario -en aras de la eficacia de la protección penal- adelantar la barrera de punición a través de un delito de peligro, como lo ha hecho el legislador español mediante el art. 316 del CP español. Partiendo del contexto en el que se enmarca la necesidad de esta protección penal intensificada (fundamentalmente la actual sociedad de riesgo y los fenómenos de expansión y modernización del Derecho penal), se ponen aquí de manifiesto las características propias a las que responde este especial delito de peligro y que tienen directa relevancia en un adecuado diseño del tipo penal que se postula

**Palabras-clave:** Riesgo permitido; Poder de decisión; Posición de garante; Subordinación del trabajador; Globalización; Delito de peligro.

## Resumo

Neste artigo, analisamos a quais diretrizes a proteção criminal da vida e da saúde dos trabalhadores respondem, contra os riscos inerentes à atividade laboral. Tendo em vista que a principal causa de acidentes e doenças profissionais consiste na violação de normas de segurança extra criminais (administrativas / trabalhistas), é necessário- em prol da eficácia da proteção criminal- avançar a barreira da punição através de um crime de perigo, como o legislador espanhol fez através do art. 316 do CP espanhol. A partir do contexto em que se enquadra a necessidade dessa proteção criminal intensificada (principalmente na atual sociedade de risco e diante dos fenômenos de expansão e modernização do direito penal), serão expostas as características desse crime especial de perigo e que tenham relevância direta para um design adequado do tipo penal postulado.

**Palavras-chave:** Risco permitido; Poder de decisão; Posição de garantidor; Subordinação do trabalhador; Globalização; Crime de perigo.

## Abstract

In this paper, we analyze to which guidelines the criminal protection of the life and health of the workers must respond, against the inherent risks of the labor activity. Taking into account that the main cause of accidents and occupational diseases consists in the breach of extra-criminal safety regulations (administrative / labor), it is necessary- for the sake of the effectiveness of criminal protection- to advance the puncture barrier through of a crime of danger, as the Spanish legislator has done through art. 316 of the Spanish CP. Starting from the context in which the need for this intensified criminal protection is framed (mainly the current risk society and the phenomena of expansion and modernization of criminal law), the characteristics of this special crime of danger and that have direct relevance in an adequate design of the criminal type that is postulated.

**Keywords:** Permitted risk; Decision power; Guarantor position; worker subordination; Globalization; Danger crime.

## SUMARIO

I. Introducción a la situación de los “riesgos laborales”; II. La sociedad de riesgo; III. La expansión y la modernización del Derecho penal; IV. Notas características del delito de riesgos laborales; IV.1. Introducción; IV.2. Incremento del riesgo por encima del nivel permitido; IV.3. Delito especial del empresario; IV.4. Dependencia/subordinación del trabajador; IV. 5. Globalización y necesidad de regionalización; V. Conclusiones; VI. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN A LA SITUACIÓN DE LOS “RIESGOS LABORALES”

El de las actividades laborales es un ámbito que puede llegar a ser muy riesgoso<sup>1</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 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 reparadoras o resarcitorias, sino esencialmente *preventivas*.

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 de esas normas de seguridad por parte del empresario.

Frente a esta realidad, los delitos tradicionales de resultado (homicidio y lesiones imprudentes) no parecen ser eficaces para prevenir estos resultados lesivos. En este contexto, 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.<sup>2</sup>

Así lo ha hecho el legislador a través del art. 316 del CP español:

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>3</sup>

<sup>1</sup> Por ejemplo: el de la construcción, minería, agricultura y ciertas industrias.

<sup>2</sup> Ver GALLO, 2018, pp.8 y ss.

<sup>3</sup> Por su parte, la versión imprudente del delito (art. 317) establece que: “Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado.”

**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 de esas normas de seguridad por parte del empresario.**

Puede considerarse a este precepto como una norma paradigmática, no sólo por la evolución que ha tenido su aplicación jurisprudencial,<sup>4</sup> sino también por el desarrollo doctrinario que ha generado.<sup>5</sup>

La creación del tipo penal de peligro en el ámbito de los riesgos laborales, se enmarca en las nuevas necesidades de protección generadas por la llamada “sociedad de riesgo” y en los fenómenos de expansión y modernización del Derecho penal.

## II. 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

<sup>4</sup> En los primeros años, luego de su inclusión en el CP español (1995), este precepto tuvo una escasa aplicación por parte de la jurisprudencia. Una de las razones que explica esa situación, es que el artículo ha sido interpretado casi unánimemente (tanto por la doctrina como por la jurisprudencia) como un delito de peligro concreto. Esta exégesis presenta problemas a la hora de precisar el concepto de “peligro concreto” (esa expresión refiere a un “resultado” de peligro-el bien jurídico estuvo muy cerca de sufrir la lesión- pero que *no es aprehensible por los sentidos*). En segundo término, aun cuando pueda precisarse el concepto “peligro concreto”, surgen muchas dificultades para su constatación (prueba procesal). Ello es compatible con que los primeros años solo se aplicaba este delito de peligro, cuando además se producía un resultado dañoso (lesión o muerte del trabajador), lo que simplificaba el tema de la prueba del resultado de peligro. Además de los problemas señalados, creo que el factor esencial que explicaba la escasa aplicación de la norma, era la *difícil detección* de las situaciones de “puesta en peligro” abarcadas por el tipo penal (por esa razón también era necesario el resultado lesivo, ya que ante el accidente laboral, se daba parte a la policía). En esa lógica, cabe destacar que esta situación ha comenzado a revertirse desde hace unos años, mediante la dotación de mayores recursos a la Inspección del Trabajo (que permite una actuación preventiva más eficiente) y fundamentalmente a partir de la creación de Fiscalías especializadas en siniestralidad laboral (2006). Aunque todavía en muchos de los casos donde los tribunales condenan por el delito de peligro, se ha producido también una lesión u homicidio imprudente, lo cierto es que se aplica también como delito autónomo (ver GALLO, 2018, pp. 243 y ss.). Por mencionar algunas sentencias judiciales donde se ha tratado la aplicación del art. 316: SAP Barcelona, 25/06/99; SAP Toledo, 1°.3/06/03; SAP; SAP Madrid, 17°. 6/10/03; SAP Castellón, 3°. 3/09/02; SAP Vizcaya, 1°26/11/02; STS 2° 12/11/98; STS 2° 19/10/00; SAP Castellón, 3°. 3/09/02; SAP Burgos, 1°. 3/11/08; STS 2°.12/11/98; STS 2°. 19/10/00; SAP Madrid, 17°.6/10/03, SAP Barcelona 6°. 14/11/05, SAP Valladolid 2° 24/11/08; SAP Lleida 1°. 29/06/12, entre muchas otras.

<sup>5</sup> La complejidad de la estructura típica del art. 316 ha llamado la atención de los doctrinarios españoles, que se han avocado a la interpretación de los diferentes elementos típicos: “no facilitar los medios necesarios”, “puesta en peligro grave”, “los legalmente obligados”. Respecto de esta última expresión, se interpreta que el sujeto activo es la *persona física* en la que recae el deber de seguridad respecto de los peligros propios del proceso productivo y que puedan afectar la vida y salud de los trabajadores (empresario y delegados). En este sentido, cabe traer a colación el art. 318 del CP español, que 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” (ver GALLO, 2018, pp. 523 y ss.). En igual dirección se ha expresado la jurisprudencia, diciendo que *cuando la empresa es un ente jurídico, ha de reputarse responsable penal al que ejerza la función de garante* (STS 2°, 29/07/02).

**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*, y ello conduce a la técnica propia del delito peligro y de la ley penal en blanco.**

miembros de esa sociedad. El modelo de la post-industrialización resulta contrapuesto al de la sociedad del desarrollo industrial del siglo XIX, ya que se advierte una elevada “sensibilidad al riesgo” que se traduce en un cambio en la valoración social del riesgo.<sup>6</sup> En este sentido, comienza a tolerarse menos el sacrificio del bien jurídico “vida” en aras del progreso.<sup>7</sup>

Este fenómeno 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, ante la necesidad de controlar los nuevos ámbitos de riesgo inherentes al estado actual de la ciencia y la tecnología.

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>8</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*, y ello conduce a la técnica propia del delito peligro y de la 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 (administrativo/laborales).<sup>9</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, efectuando una especie de “protección anticipada de los bienes”, cuando se entiende que

<sup>6</sup> SILVA SÁNCHEZ, 2001, pp. 34 y ss.

<sup>7</sup> En el marco de la sociedad industrial, la idea general era que la colectividad debía pagar el precio del desarrollo, admitiendo que las empresas no adopten las máximas medidas de seguridad ni empleen materiales de la máxima calidad. Y esto debía admitirse aunque se sepa de antemano no ya que de modo genérico se producirán lesiones o muertes, sino que específicamente en una determinada industria éstas habrán de tener lugar (SILVA SÁNCHEZ, *Ibidem*).

<sup>8</sup> PARDES CASTAÑÓN, 1995, pp.36 y ss.; en igual sentido, ver PERIS RIERA, 2005, p. 689.

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, 2016, p. 29. Sobre el punto, ver FRISCH, 2004, pp. 111 y ss.

por la naturaleza e importancia de los mismos resulta conveniente anticipar la barrera de protección, con el consecuente desplazamiento del umbral de punibilidad.<sup>10</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 se ha señalado, 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>11</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 (vida y salud), en la medida que una infracción de la norma de seguridad puede poner en 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 o abierto*, 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

<sup>10</sup> PERIS RIERA, 2005, p. 691.

<sup>11</sup> SCHÜNEMANN, 1996, CANCIO MELIÁ, 1996, pp.198/99.

al bien jurídico protegido. Los delitos de peligro se constituyen en un instrumento de la política criminal moderna de un Derecho penal preventivo y contenedor de riesgos.<sup>12</sup>

#### 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>13</sup>

Según se ha expresado, 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>14</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.

<sup>12</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, 2007, 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 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>13</sup> HORTAL IBARRA en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, 2004, pp. 149/50.

<sup>14</sup> SCHÜNEMANN, 1996, p. 201; GRACIA MARTÍN en REÁTEGUI SÁNCHEZ/REQUEJO SÁNCHEZ (coord.), 2016, pp. 50/52.

### III. LA EXPANSIÓN Y LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

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>15</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.**

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>16</sup> La explicación de este giro de la legislación penal se encuentra en la necesidad de atender a esos requerimientos de una sociedad cada vez más compleja, y caracterizada por nuevas formas de criminalidad, en su mayoría organizada y de naturaleza económica.<sup>17</sup>

El fenómeno de la expansión se inserta en un marco general de *reinterpretación* de las garantías clásicas y ello debido a un 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>18</sup>

<sup>15</sup> GÓMEZ MARTÍN, 2004, p. 77.

<sup>16</sup> GALLARDO GARCÍA, 2016, 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 en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dir.), 2004, p. 32).

<sup>17</sup> POZUELO PÉREZ, 2003, p. 111.

<sup>18</sup> DEMETRIO CRESPO, 2005, p. 516.

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 esta 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>19</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>20</sup> En este esquema, es impensable pretender retroceder a un Derecho penal tradicional (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>21</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>22</sup>

<sup>19</sup> GRACIA MARTÍN, 2016, pp. 50/51.

<sup>20</sup> HORTAL IBARRA, 2004, p. 244.

<sup>21</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, 2007, pp. 686 y 711.

<sup>22</sup> HORTAL IBARRA, 2010, pp. 393/94.

En el panorama descrito, el delito de riesgos laborales adquiere características propias de las que pueden extraerse pautas a las que debe responder el diseño del tipo penal correspondiente.

## IV. NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL DELITO DE RIESGOS LABORALES

### IV.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>23</sup>

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 de peligro 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>24</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>25</sup>

<sup>23</sup> DEMETRIO CRESPO, 2005, p. 513.

<sup>24</sup> DEMETRIO CRESPO, 2005, p. 514.

<sup>25</sup> GRACIA MARTÍN, 2016, p. 52.

**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.**

Esta concepción permite enmarcar el delito de riesgos laborales, 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>26</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 criminalidad*.<sup>27</sup>

De lo anterior, se desprenden las notas características propias del delito de riesgos laborales y de la situación que éste debe desvalorar, que pueden esquematizarse del siguiente modo: 1. incremento del riesgo por encima del nivel permitido, 2. delito especial del empresario, 3. dependencia del trabajador y 4. delito de peligro en un contexto de globalización.

#### IV.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 socioeconómica 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,

<sup>26</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, 2000, p. 23).

<sup>27</sup> DEMETRIO CRESPO, 2005, pp. 515/16.

siempre que en el supuesto se haya superado el grado de riesgo legalmente establecido.<sup>28</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; “el tipo penal, al superar los problemas relativos al nexo de causalidad, gana un conflicto inherente, pues es transformado en la categoría de disputa entre los límites permitidos y prohibidos, se asume así el aspecto penal de un momento de especulaciones”.<sup>29</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>30</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*

<sup>28</sup> HORTAL IBARRA en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dir.), 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, 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 en DONNA (Dir.), 2008, pp. 695/96).

<sup>29</sup> SALVADOR NETTO, 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, 2005, p. 515).

<sup>30</sup> HORTAL IBARRA, 2004, p. 251.

*orden laboral-administrativo*, reforzando los objetivos de seguridad de esta normativa extra-penal.<sup>31</sup>

Según una opinión doctrinaria, son riesgo permitido todos aquellos peligros inevitables, dado el estado de conocimientos y aquellos que, aun siendo evitables, sería excesivamente costoso excluir.<sup>32</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>33</sup>

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>34</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

<sup>31</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, 2009, pp. 100/01).

<sup>32</sup> CORCOY BIDASOLO en CONDE-PUMPIDO TOURÓN (Dir.), 2-2003, pp. 107/08.

<sup>33</sup> CORCOY BIDASOLO, 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. En la actualidad, la prevención de riesgos laborales requiere un alto grado de medidas de seguridad que antes no eran posibles por su inexistencia o su alto costo y cuya exigencia en otro momento hubiera supuesto un colapso económico y social. Lo mismo sucede con ciertos materiales que aun conociéndose su nocividad, no se han prohibido hasta que no han podido ser sustituidos por otros nuevos y no nocivos. Por ejemplo: la fabricación y utilización de la uralita que contiene asbesto y produce enfermedades a quienes la utilizan y fabrican. Desde que se conoció su nocividad, cada país la ha prohibido cuando socio-económicamente ello no suponía un fuerte perjuicio: en Estados Unidos se prohibió en los años setenta y en España a principios de los noventa (CORCOY BIDASOLO, 1999, p. 92 y nota 177).

<sup>34</sup> HORTAL IBARRA, 2009, 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 (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, 2005, p. 515, nota 58).

humanas.<sup>35</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 convirtiera el daño al cuerpo del trabajador en un acontecimiento verdaderamente fortuito e imprevisible.<sup>36</sup>

### IV.3. Delito especial 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>37</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 con base 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

<sup>35</sup> LOZANO LARES, 2015, 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).

<sup>36</sup> LOZANO LARES, 2015, 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 (Ibídem).

<sup>37</sup> ILHARRESCONDO, 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.

**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.**

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>38</sup>

Estas circunstancias particulares en las cuales está inmerso el delito empresarial 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>39</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>40</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>41</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>42</sup> La doctrina propugna la necesaria toma de conciencia respecto de las modalidades y gravedad

<sup>38</sup> ILHARRESCONDO, 2011, pp. 43/44. Para SCHÜNEMANN, 2004, pp. 258/59, 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 políticamente, porque los trabajadores afectados tienen por lo general buenas razones para no arruinar sus posibilidades laborales en la empresa presentando una denuncia penal.

<sup>39</sup> ILHARRESCONDO, 2011, p. 244.

<sup>40</sup> RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, 2016, pp. 2/3.

<sup>41</sup> SCHÜNEMANN, 2004, p. 260.

<sup>42</sup> ILHARRESCONDO, 2011, 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).

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>43</sup>

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 conlleve.<sup>44</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>45</sup>

<sup>43</sup> ILHARRESCONDO, 2011, 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 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>44</sup> RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, 2016, p. 39, nota 3.

<sup>45</sup> CORCOY BIDASOLO, 2003, pp. 9/10.

**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 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>46</sup>

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.<sup>47</sup>

#### **IV.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 protectora-, 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>48</sup>

<sup>46</sup> CORCOY BIDASOLO, 2003, p.21.

<sup>47</sup> Ver GALLO, 2018, pp. 323 y ss.

<sup>48</sup> SÁEZ VALCÁRCEL, 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 (Ibídem, p. 41).

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>49</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 herramientas y técnicas que aquellas que les impone el patrón, quien detenta las facultades de organización y dirección de la producción.<sup>50</sup>

En segundo término, en el marco de los accidentes laborales pueden configurarse casos de los denominados de “imprudencia de la víctima”.<sup>51</sup> 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

<sup>49</sup> BAYLOS/TERRADILLOS, 1997, pp. 40 y ss.

<sup>50</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).

<sup>51</sup> Ver GALLO, 2018, pp.411 y ss.

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>52</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 tener en cuenta qué amplitud debe dársele en este especial ámbito de dependencia del trabajador, al principio de confianza (esto es, hasta dónde puede el empresario confiar en que sus dependientes actuarán conforme a la medidas de prevención) y el principio de autorresponsabilidad del trabajador.<sup>53</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.

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 puede distinguir entre las “condiciones inseguras” de trabajo y el “acto inseguro” del trabajador.

<sup>52</sup> DESDENTADO BONETE, 2003, p. 88.

<sup>53</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, 2003, pp.20 y 22).

**Teniendo en cuenta la distinción básica entre “condiciones” y “actos” inseguros de trabajo, se concluye 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.**

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 “impredecible”) o en una imprudencia *profesional* del trabajador (imputable al empresario) o que se combinen imprudencias de ambos.<sup>54</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 concluye 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. Ahora bien, es necesario 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, 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, es esencial tener 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. La solución a esa antinomia debe delimitar bajo qué condiciones se configura la *autorresponsabilidad del trabajador*, en tanto “parte débil” de esa relación desigual.<sup>55</sup>

<sup>54</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 (ver GALLO, 2018, pp. 453 y ss.).

<sup>55</sup> Ver GALLO, 2018, pp. 411 y ss.

#### IV. 5. 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>56</sup> A nivel regional, así como está sucediendo en la Comunidad Europea,<sup>57</sup> en el ámbito del Mercosur también deberían 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>58</sup>

<sup>56</sup> Ver los Convenios OIT ratificados por Argentina en GALLO, 2018, pp. 91 y ss.

<sup>57</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 ARROYO ZAPATERO/TIEDEMANN/NIETO MARTÍN (Coord.), 2006). 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, 2016, 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 nivel de preocupación ante distintos problemas sociales, entre otros el de la siniestralidad laboral (*Ibidem*, pp.31/32).

<sup>58</sup> SILVA, 2003, p. 208.

**Considero que, en el contexto de siniestralidad laboral descripto, la intervención adelantada del Derecho penal a través del delito de peligro postulado sería una adecuada herramienta preventiva, de motivación para lograr el cumplimiento de las normas de prevención por parte de los empresarios.**

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>59</sup>

Si el Derecho penal se inhibe ante las más graves -por su lesividad- infracciones a esa disciplina jurídica, “no sólo está respondiendo a los requerimientos de la desregulación, sino que también está introduciendo elementos determinantes de la decisión económica.”<sup>60</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>61</sup>

## V. CONCLUSIONES

Considero que, en el contexto de siniestralidad laboral descripto, la intervención adelantada del Derecho penal a través del delito de peligro postulado sería una adecuada herramienta preventiva, de motivación para lograr el cumplimiento de las normas de prevención por parte de los empresarios.

<sup>59</sup> TERRADILLOS BASOCO, 2000, p. 28.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

En la redacción del tipo penal de peligro deben tenerse en cuenta las particulares características de este delito que han sido expuestas anteriormente. Ello garantizará el cumplimiento de los principios de intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad, ya que no se propugna aquí una forma indiscriminada de intervención penal, sino tipificar sólo las conductas que supongan un *peligro grave* para los bienes jurídicos vida y salud de los trabajadores.

Finalmente y como última reflexión, cabe destacar que 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 una intervención específica del Derecho penal, a fin de nivelar, de proteger al más débil frente al más fuerte.

## BIBLIOGRAFÍA

ARROYO ZAPATERO, L. TIEDEMANN, K. y NIETO MARTÍN, A. (coord.), *Eurodelitos*. México: Universidad de Castilla-La Mancha. Servicio de Publicaciones.; Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2006.

BAYLOS, J. M. y TERRADILLOS, A. Derecho penal del trabajo. Madrid: Trotta, 1997.

CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Delitos laborales. Ámbito y eficacia de la protección penal de los derechos de los trabajadores. In CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (Dir.). *Derecho Penal Económico, Cuadernos de Derecho Judicial*, 2-2003.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos. In MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.). *La política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier, 2004.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad en el Derecho penal. In DONNA, E. A. (Dir.).

*Revista de derecho penal, Autoría y participación-I*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005.

DESDENTADO BONETE, Aurelio. Reflexiones sobre los accidentes de trabajo al hilo de algunas decisiones judiciales recientes. In *Revista de Derecho Social*, n° 24. Albacete: Ediciones Bomarzo, 2003.

FRISCH, W. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

GALLO, P. *Riesgos Penales Laborales*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2018.

GALLARDO GARCÍA, R. *Protección jurídica de la vida y salud de los trabajadores*. Granada: Marcial Pons, 2016.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Libertad, seguridad y “sociedad de riesgo”. In MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, V. (Dir.). *La política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier, 2004.

GRACIA MARTÍN, Luis. La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno. In REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. y REQUEJO SÁNCHEZ, C. (Coord.). *Derecho penal económico y de la empresa*. Lima, 2016.

HORTAL IBARRA, Juan Carlos. Legitimación y eficacia de la intervención penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. In MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.). *La política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier, 2004.

HORTAL IBARRA, Juan Carlos. 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, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.). *Protección penal de los derechos de los trabajadores*. Buenos Aires: Edisofer, 2009.

ILHARRESCONDO, J. *Delitos Societarios*. Buenos Aires: Praxis Jurídica, 2011.

LOZANO LARES, F. *El tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral*. Albacete: Marcial Pons, 2015.

PAREDES CASTAÑÓN, J. *El riesgo permitido en Derecho penal*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1995.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. La política criminal en la sociedad de riesgo. In *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal, Libro homenaje al Dr. Juan BUSTOS RAMÍREZ*. Lima: IDEMSA, 2007.

PERIS RIERA, Jaime. Delitos de peligro y sociedad de riesgo: una constante en la dogmática penal de la última década. In *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*. Madrid: Dykinson, 2005.

- POZUELO PÉREZ, Laura. De nuevo sobre la denominada “expansión” del Derecho penal”. In *El funcionalismo en Derecho penal, Libro homenaje al Profesor Günther JAKOBS*, Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, J. *Riesgo penal para directivos de empresa*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2016.
- SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón. Morir en el trabajo: política criminal frente a los accidentes laborales. In *Cuadernos de Derecho Judicial*. España: Consejo General del Poder Judicial, 15-2005.
- SALVADOR NETTO, Alamiro. Reflexiones sobre la dogmática penal, la imputación objetiva y la sociedad de riesgo. In DONNA, E. A. (Dir.). *Revista de derecho penal, Delitos de peligro-III*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. In *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 49, mes 1, 1996.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Prevención de riesgos laborales. In MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.). *La política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier, 2004.
- SILVA, María Alejandra. Globalización y gestión de los riesgos del trabajo en el MERCOSUR. In *Revista Venezolana de Gerencia (RVG)*, Año 8, n°22, 2003.
- SILVA SÁNCHEZ, J. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.
- SILVA SÁNCHEZ, J. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: S.L. CIVITAS EDICIONES, 2001.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María. El Estado y los conflictos sociales: la función del sistema penal. In *Revista de Derecho Social*, n° 9. Albacete, 2000.