

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL EMPLEADOR POR LA AFECTACIÓN A LA
SEGURIDAD DE LOS TRABAJADORES**

Tesis para optar el Título de Abogado que presenta el Bachiller:

SERGIO ENRIQUE RODRÍGUEZ SALINAS

Asesor:

DR. IVAN FABIO MEINI MENDEZ

LIMA

2017

“A pesar de las alarmantes pérdidas de vidas durante los últimos años, los trabajadores siguen muriendo por causas que podían ser evitadas si existiesen condiciones de trabajo decente”.

Declaración del Director General de la OIT sobre el incendio en la fábrica textil de Aswad (Bangladesh)

08 de octubre de 2013



Esta investigación fue desarrollada con el financiamiento del Vicerrectorado de Investigación de la PUCP, a través del Programa de Apoyo al Desarrollo de Tesis de Licenciatura (PADET) 2016. Además, forma parte de los proyectos en ejecución del Grupo de Investigación y Estudio de Derecho Penal (GRIPEC), grupo de investigación reconocido por el VRI de la PUCP.

AGRADECIMIENTOS

Todo proyecto es el resultado de una serie de factores que confluyen en un momento determinado, y el desarrollo de este proyecto no es la excepción.

En esa línea, el primer agradecimiento va hacia Dios, por haber hecho posible que la idea que nació hace tres años haya visto la luz en este trabajo, y por haber permitido la presencia de todas las personas que lo hicieron posible.

A mi padre, Ismael, por mostrarme el valor más importante de esta carrera, la justicia, y los problemas y desafíos del trabajo asalariado. Y a mi madre, Carmen, por su comprensión, paciencia y apoyo durante todo este proceso.

A mis hermanos, Juan y Roberto, porque cada uno desde su esquina me impulsan día a día a ser tan bueno como ellos.

A mi asesor, el profesor Iván Meini, por haber aceptado formar parte de este proyecto, por su guía y recomendaciones para afrontar tanto la investigación que se llevó a cabo como los obstáculos que se presentaron.

Al profesor Erick Guimaray, por la experiencia adquirida durante el programa SECIGRA en la Procuraduría Anticorrupción, por sus enseñanzas e impulso para lograr esta meta, entre otras.

A todos los miembros del GRIPEC, grupo de investigación al que se encuentra adscrita este proyecto, por sus apreciaciones y recomendaciones para durante las sesiones en las que me permitieron exponer los resultados de este trabajo.

RESUMEN

De acuerdo a las estadísticas de la Organización Internacional del Trabajo, año a año el número de accidentes de trabajo incrementa considerablemente, llegando a considerarse que el trabajo ocasiona actualmente más muertes que un conflicto armado. En el Perú, la alta tasa de informalidad, aunado a la creciente siniestralidad laboral, convierten a la seguridad en el trabajo en un problema latente para la sociedad. Teniendo en cuenta ello, es imperativo analizar el rol del Estado frente a este supuesto a partir de la herramienta más importante y más gravosa con la que cuenta para hacer frente a la afectación de intereses primordiales, el Derecho Penal, y con ello, las obligaciones y responsabilidades que éste asigna al sujeto que ocupa la posición dominante dentro de la relación de trabajo por cuenta ajena, el empleador. Para ello, se desarrolla el contexto histórico en el que surge la preocupación del Estado por las condiciones de trabajo, así como el marco normativo internacional que obliga al Estado en materia de seguridad en el trabajo, a efectos de concluir la necesidad de proteger un bien jurídico tan importante y de recurrir al Derecho Penal para ello. A continuación, se desarrollan los fundamentos del Estado para atribuir responsabilidad penal al empresario, determinando los alcances y límites de la posición de garante del mismo a partir de la libertad como base de la atribución de responsabilidad. Finalmente, se elaboran los criterios a partir de los que se debe evaluar la responsabilidad penal del empleador, teniendo en cuenta la posición de garante del empresario y las necesidades de protección derivadas del artículo 168-A del Código Penal y del bien jurídico que éste protege.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I: LA PROTECCIÓN PENAL DE LA SEGURIDAD Y SALUD DE LOS TRABAJADORES	14
1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. LA LEGISLACIÓN OBRERA DEL SIGLO XIX.....	14
1.1. Health and Morals of Apprentices Act de 1802	15
1.2. Master and Servant Act de 1867	21
1.3. Factory and Workshop Act de 1878	23
2. EL MARCO SUPRANACIONAL DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO	26
2.1. Convenios de la OIT	29
2.1.1. Convenio N° 155	29
2.1.2. Convenio N° 161	32
2.1.3. Convenio N° 187	33
2.2. Recomendaciones de la OIT	34
2.2.1. Recomendación N° 164.....	34
2.2.2. Recomendación N° 197.....	35
3. LA TUTELA DE LAS CONDICIONES DE RIESGO PARA EL TRABAJADOR EN EL DERECHO COMPARADO.....	37
3.1. En los países de la Unión Europea	37
3.2. En América Latina	43
4. EL DELITO DE ATENTADO CONTRA LAS CONDICIONES DE SEGURIDAD Y SALUD EN PERÚ.....	46
4.1. Desarrollo industrial y protección obrera desde finales del siglo XIX.....	46
4.1.1. La protección del Estado de las condiciones de trabajo a inicios del siglo XX	48
4.1.2. La ley sobre accidentes de trabajo.....	49
4.1.3. La ley sobre trabajo de niños y mujeres.....	51
4.1.4. La protección de la siniestralidad en la minería	52
4.2. Antecedentes en la legislación penal: el Código de 1924	53
4.3. La regulación del Código de 1991 y los intentos de reforma	54
4.3.1. Proyecto de Ley N° 4001/2009-PE	55
4.3.2. Proyecto de Ley N° 4034/2009-CR	57
4.3.3. Ley N° 29783.....	59
4.3.4. Ley N° 30222.....	61
5. VALORACIÓN PERSONAL	65
5.1. La necesidad político criminal de la intervención penal en la protección de la seguridad y salud en el trabajo.....	65
5.1.1. La consolidación como derecho fundamental como justificación para la intervención estatal.....	65
5.1.2. El principio de subsidiariedad como objeción a la intervención penal ..	71
5.2. El objeto de protección penal	76
5.2.1. Punto de partida: dignidad en el trabajo y derechos fundamentales	77
5.2.2. La seguridad en el trabajo como bien jurídico autónomo.....	80
CAPÍTULO II: BASES PARA LA DETERMINACION DE LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO	87
1. INTRODUCCIÓN: LA EMPRESA Y SU ORGANIZACIÓN.....	87
2. LA PROBLEMÁTICA DE LA OMISIÓN EN LA EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO	90
2.1. El naturalismo: omisión y movimiento corporal	91
2.2. El neoclasismo: imposibilidad de un sistema unitario	93

2.3.	El finalismo: elaboración de una categoría superior.....	96
3.	FUNDAMENTO DE LA POSICIÓN DE GARANTE	99
3.1.	Principio de autoorganización	100
3.1.1.	Libertad como principio legitimador del Estado.....	100
3.1.2.	Derecho Penal como protección de libertades.....	103
3.1.3.	La posición de garante como manifestación de la libertad de organización	105
3.2.	Creación de riesgos.....	107
3.2.1.	Riesgo jurídicamente prohibido y libertad de actuación.....	107
3.2.2.	Responsabilidad derivada de la creación de riesgo permitido.....	110
4.	FUENTES Y CONTENIDO DEL DEBER ASUMIDO	113
4.1.	Conducta previa como fuente del deber.....	113
4.1.1.	Comportamiento precedente como única fuente material.....	113
4.1.2.	Críticas formuladas al comportamiento previo como fuente material .	119
4.2.	Contenido genérico derivado de la propia conducta	121
4.2.1.	Deberes extrapenales como contenido de deber de garante	124
4.2.2.	Características del comportamiento del garante	125
4.2.3.	Deberes del garante – empresario.....	127
4.2.4.	Protección de bienes jurídicos como único deber del garante.....	130
4.3.	Contenido específico: el objeto de protección del tipo penal	134
5.	REALIZACIÓN DE LA CONDUCTA PUNIBLE	138
5.1.	Equivalencia entre comisión y omisión.....	139
5.1.1.	Comisión y omisión como formas de lesión del bien jurídico.....	139
5.1.2.	Comisión y omisión como formas de comportamiento penalmente relevante	141
5.2.	Relación de causalidad	146
6.	INTERPRETACIÓN COHERENTE DEL ARTÍCULO 13° CP	151
6.1.	Necesidad de la regulación expresa de la comisión por omisión.....	151
6.2.	Fuentes de la posición de garante reconocidas por el legislador.....	157
6.3.	Relación de causalidad: ¿criterio de equivalencia o identidad normativa?	159
6.4.	Consecuencias jurídicas: la pena para el omitente	162

CAPÍTULO III: DETERMINACIÓN DE LA POSICIÓN DE GARANTE DEL EMPLEADOR..... 165

1.	LA POSICIÓN DE GARANTE AL INTERIOR DE LA RELACIÓN LABORAL.....	165
1.1.	Fundamento de la intervención estatal ante riesgos laborales	167
1.2.	Fundamento del deber de protección del empresario – empleador	171
1.3.	Posición de garante y bien jurídico protegido.....	174
2.	CONTENIDO Y LÍMITES DE LA POSICIÓN DE GARANTE DEL EMPLEADOR	178
2.1.	Núcleo de los deberes del empleador	178
2.2.	Alcance de las normas de seguridad y salud	182
2.3.	Alcance de las medidas de protección de riesgos laborales.....	185
2.3.1.	Características de los medios o medidas de protección	188
2.3.2.	Los deberes de vigilancia como contenido del deber del empleador..	190
2.4.	Riesgos creados directamente por el empleador	192
2.5.	Riesgos creados por terceros en el ejercicio de la actividad empresarial	196
2.5.1.	Riesgos creados por trabajadores subordinados.....	197
2.5.2.	Riesgos derivados de la actividad de trabajadores no subordinados .	199
3.	LA DELEGACIÓN DE DEBERES DEL EMPLEADOR.....	202
3.1.	El fenómeno de la delegación de deberes	202
3.1.1.	Aspectos generales de la delegación.....	202
3.1.1.1.	Fundamento de la delegación.....	202
3.1.1.2.	Objeto de la delegación	207
3.1.1.3.	Requisitos de la delegación	209

3.1.1.4. Consecuencias respecto a los deberes del titular	213
3.1.2. Principio de confianza y relaciones verticales	217
3.2. Impacto de la delegación en la autoría y participación.....	222
3.2.1. Creación de riesgo típico e intervención en el hecho punible	222
3.2.2. Consecuencias en la determinación del título de imputación	228
3.2.2.1. Cuando concurren todas las características necesarias para una mutación completa del deber de garante	228
3.2.2.2. Cuando no se cumplen con las características necesarias para transformar el deber de garante del delegante.....	230
3.3. Delegación de deberes y concepto de empleador	232
4. RESPONSABILIDAD DE LA PROPIA VÍCTIMA	235
4.1. Consentimiento del titular de bien jurídico.....	237
4.2. Autopuesta en riesgo.....	239
CONCLUSIONES.....	244
BIBLIOGRAFÍA.....	251



INTRODUCCIÓN

Junto al auge de la economía, en especial de determinados sectores como la construcción, la minería, la industria manufacturera y la actividad inmobiliaria, surge también la preocupación por la seguridad y salud de los trabajadores en estas áreas. La incidencia de las constantes mejoras tecnológicas en las condiciones en las que los trabajadores llevaban a cabo su labor ha sido una inquietud presente desde los inicios de la Revolución Industrial. Esta situación motivó las primeras intervenciones del Estado en la relación maestro-empleado, lo que se ve expresado en la llamada legislación obrera del siglo XIX, génesis del Derecho Laboral.

Este contexto histórico evidencia la necesidad de contar con políticas públicas adecuadas para asegurar a los trabajadores un ambiente de trabajo adecuado, de manera que el desempeño de sus labores no suponga poner en riesgo intereses de suma importancia como la vida o la salud. El progreso en este punto es innegable. La protección de la seguridad y salud en el trabajo ha sido reconocida en los principales instrumentos de Derechos Humanos, como el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo, organismo especializado de las Naciones Unidas, ha incluido la promoción de un empleo que provea seguridad en el centro de labores como parte del Programa de Trabajo Decente, y por ende, como requisito indispensable para asegurar un trabajo que respete la dignidad y los derechos fundamentales.

En esa línea, la OIT ha instaurado, en alianza con la Corporación Financiera Internacional, el programa *Better Work*, cuyo objetivo es mejorar las condiciones de trabajo en las fábricas a través de servicios de asesoría, evaluación y capacitación; y por otra parte, el programa *SafeWork*, que busca concientizar sobre las consecuencias

de los riesgos laborales para así promover una mayor protección por parte de los Estados.

La importancia de contar con normas que obliguen a las empresas a la prevención y reducción de los riesgos derivados de la actividad empresarial se ve expresada, además, en los datos estadísticos. Según información de la OIT, cada año ocurren cerca de 330 millones de accidentes de trabajo (Oficina Internacional del Trabajo, 2009, p. xi). En el Perú, solo en enero de 2016 se notificaron 2482 accidentes de trabajo, de los cuales 10 tuvieron consecuencia mortales (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2016b, p. 19, cuadro n° 9). Las cifras anuales muestran, además, que estos números suelen ser, lamentablemente, constantes. Así, según la estadística anual publicada por el Ministerio de Trabajo, en el año 2014 se notificaron 14737 accidentes de trabajo a nivel nacional (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2015, p. 303, cuadro n° 192), mientras que en el año 2015 la cifra ascendió a 20941 (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2016a, p. 297, cuadro n° 192).

Las obligaciones a las que se encuentra sujeto el Estado peruano en el plano internacional y la situación de la seguridad y salud en el trabajo motivaron al legislador peruano a sancionar penalmente los atentados contra la seguridad y salud de los trabajadores. Sin embargo, se trata de un tipo penal propio de los delitos socioeconómicos, con referencia a normativa extrapenal y con conceptos amplios, principalmente respecto a quién o quiénes deben tenerse como sujetos legalmente obligados a adoptar las medidas necesarias en materia de seguridad y salud. Ello plantea dudas y complicaciones al momento de aplicar la sanción penal, pues no existe consenso si quiera en cuál es el derecho, interés o bien jurídico que el Estado pretende garantizar o proteger con este delito.

Por lo tanto, se hace necesario y se justifica un estudio dogmático que permita, a partir de la interacción de las categorías de la teoría del delito con conceptos propios del Derecho Laboral, dentro de los principios y derechos que consagra nuestro marco constitucional, dar una respuesta suficiente y completa a la necesidad de protección de la seguridad y salud en el trabajo, con criterios claros que permitan la operatividad del tipo penal y que faciliten su puesta en práctica por los operadores jurídicos.

Llevar a cabo una investigación de esta naturaleza supone aportar al objetivo primordial de prevención de conductas que atenten contra los derechos de los trabajadores. La elaboración de criterios que permitan concluir cuándo se asume un deber de garantizar las condiciones de seguridad de los trabajadores y cuáles son los alcances o límites del mismo permitirá que las personas responsables, de manera general los empleadores, organicen su actividad empresarial de manera que no se afecten los derechos de terceros, en este caso de los trabajadores.

Abordar la responsabilidad del empleador ante sucesos de riesgo para los trabajadores supone realizar una investigación, principalmente, de tipo dogmática. Sin embargo, para estar en capacidad de ello es necesario primero acudir a los antecedentes históricos y legislativos para observar los distintos acercamientos que se ha tenido frente al tema. En ese sentido, la investigación que se plantea requiere no solo recurrir al conocimiento producido desde el Derecho Penal, sino también desde el Derecho Laboral, donde se estudia el trabajo asalariado y subordinado. Así mismo, invita a explorar conceptos fuera del campo jurídico, pues es necesario un previo análisis de la Revolución Industrial como momento histórico clave en el surgimiento de la seguridad y salud en el trabajo. Solo así se puede ofrecer una respuesta coherente con la protección que requiere la realidad social que se aborda: la siniestralidad laboral.

Así, se realizará, en un primer momento, un análisis histórico para encontrar en el desarrollo de la Revolución Industrial el origen del interés del Estado en un fenómeno concreto: las condiciones de seguridad de los trabajadores, y cómo este interés evoluciona hasta una concepción más elaborada y acorde con el modelo de Estado Constitucional. Identificada esta necesidad básica de protección, se acudirá al análisis de la regulación en los ordenamientos de otros países para identificar cómo se ha respondido a esta necesidad, reconocida en instrumentos jurídicos internacionales, tanto en el espacio europeo como en nuestro continente. Luego de ello, se observará los intentos de respuesta a la problemática de la seguridad en el trabajo en el Perú, desde las primeras respuestas del ordenamiento jurídico a finales del siglo XIX hasta llegar a los distintos proyectos de ley que se plantearon desde el año 2009 para dotar al país de un sistema integral de protección de riesgos laborales.

Todo ello permitirá tener una sólida base para responder a dos preguntas centrales: cuál es el interés o derecho que el Estado está en obligación de tutelar y prevenir su puesta en peligro, y por qué se debe responder, desde el Derecho Penal –que representa la utilización del medio más grave que tiene el Estado, la pena –frente a las conductas que supongan un riesgo o una afectación a este bien jurídico.

Con este marco previo se llevará a cabo el estudio de las instituciones que inciden en la determinación de responsabilidad penal de la persona que tiene a cargo una empresa o espacio de producción, recurriendo al estudio de la doctrina y la jurisprudencia nacional y a nivel de Derecho Comparado y, principalmente, realizando una labor de interpretación del tipo penal. Así, se abordarán en el segundo capítulo las bases dogmáticas que permiten hablar de la existencia de una posición de garante, por parte del empresario. Para lograr este objetivo, se desarrollarán los tres aspectos centrales de la llamada comisión por omisión: el fundamento para atribuir una posición de garante, las fuentes de las que pueden emanar los deberes que se le atribuyan al

sujeto y cómo dotar de contenido a los mismo, lo que supone analizar los criterios bajo los cuales se puede imputar la omisión de estos deberes a la conducta reprimida por un tipo penal. A partir del desarrollo de estos elementos se estará en condición de elaborar una teoría sobre la posición de garante coherente con los principios de la responsabilidad penal, la misma que servirá de parámetro para la interpretación de la regulación de la comisión por omisión del Código Penal, de manera que esta última sea también coherente con los principios y objetivos de un Estado Constitucional de Derecho.

Finalmente, en el tercer capítulo se aplicarán las conclusiones, de carácter general, a las que se arribe al caso concreto del empleador. Así, a partir de los conceptos del Derecho Laboral se indagará sobre la existencia de una posición de garante, tal y como ha sido concebida, dentro de la relación laboral. A partir de ello podrá determinarse los contenidos y límites de la misma, sin perder de vista los postulados sobre la necesidad de protección penal que se formularon en un primer momento.

Para llevar a cabo esta labor de concreción de la posición de garante sobre el empleador, se estudiarán otras categorías de la teoría del delito que permiten afirmar, o negar, el cumplimiento de los deberes por parte del sujeto obligado. Así, se estudiarán los efectos de la delegación de funciones sobre quien posee la posición de garante y sobre la persona a la que se le delegue; cómo opera el principio de confianza en las organizaciones verticales y cómo afecta a la posición de garante; y cuál es la relevancia de la conducta desplegada por parte de quien se ve afectado por la omisión de los deberes asumidos.

CAPÍTULO I: LA PROTECCIÓN PENAL DE LA SEGURIDAD Y SALUD DE LOS TRABAJADORES

1. Antecedentes históricos. La legislación obrera del siglo XIX

El siglo XIX supuso la consolidación de una serie de cambios económicos y sociales que empezaron a finales de 1700 –aunque para otros autores se puede ubicar desde la mitad del siglo XVIII –con la denominada Revolución Industrial. Este fenómeno supuso que

un día entre 1780 y 1790, y por primera vez en la historia humana, se liberó de sus cadenas al poder productivo de las sociedades humanas, que desde entonces se hicieron capaces de una constante, rápida y hasta el presente ilimitada multiplicación de hombres, bienes y servicios. (Hobsbawn, 1997, p. 35)

El inicio de este período de transformaciones significó, principalmente, un cambio en el sistema de producción, pasando de un sistema artesanal y doméstico, donde cada quien trabajaba con materia prima de su propiedad, al denominado *putting-out system*, forma de producción en la cual una persona, que actualmente se podría catalogar como empresario, encargaba la producción del producto final a un grupo de personas o familias, proporcionándoles la materia prima y retribuyéndoles por la pieza producida (Hobsbawn, 1997, p. 44).

La Revolución Industrial trajo consigo fundamentalmente dos transformaciones. En el plano económico, supuso una nueva forma de producir bienes. Y con ésta, en el aspecto social, significó el surgimiento de un grupo humano, el proletariado, que además del rasgo esencial de la venta de la fuerza del trabajo a cambio de una retribución, era el gran grupo de personas de las que el empresario disponía para el funcionamiento de los nuevos y grandes talleres o fábricas, y que producto de los

avances tecnológicos que acompañaron a esta etapa, entraron en contacto con las nuevas máquinas que permitían una producción mayor y más rápida.

Este nuevo contexto industrial, económico y social motivó la intervención del Estado en determinados aspectos. Uno de ellos, y probablemente el más importante, fue la regulación de este nuevo grupo social y su relación, tanto con el dueño de la fábrica o taller, como con la máquina y el taller mismo, dando inicio así a la legislación obrera o de fábricas. Sin embargo, esta reacción del Estado estuvo restringida al sector industrial “donde los problemas del nuevo modo de producción se presentaban con mayor agudeza” (Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo, & García Murcia, 2013, p. 65).

El presente acápite está destinado al análisis de las principales leyes obreras dadas en Inglaterra este contexto.

1.1. *Health and Morals of Apprentices Act* de 1802

La *Factory Health and Morals Act*¹ del 22 de junio de 1802 fue la primera ley obrera o de fábricas dictada por el Reino Unido. Si bien es cierto existieron antes de ella diversas normas destinadas a regular, principalmente, el trabajo de los niños en las nacientes fábricas, pues “el trabajo infantil no fue una novedad introducida por la Revolución Industrial” (Rule, 1990, p. 218), la “ley para la preservación de la salud y moral de los aprendices” fue la primera reacción estatal de alcance nacional, aunque su nacimiento hubiera respondido a preocupaciones de alcance local (Innes, 2002, p. 253).

La norma tuvo un ámbito de aplicación limitado, circunscrito solo a las fábricas de tejidos de lana y algodón que emplearan tres o más aprendices, o veinte o más personas en general. Dentro de éstas, la ley dictaba regulaciones para beneficio casi

¹ 42 Geo. 3, c. 73.

exclusivamente de los aprendices (aunque algunas prescripciones hayan beneficiado o protegido a todas las personas al interior de las fábricas, como sostenía la parte introductoria de la ley), en aspectos relativos a la salud y condiciones de trabajo, además de reglas de corte moral.

Este restringido espacio que se le dio a la ley respondió a diversas razones. En primer lugar, la industria del algodón era, hasta ese momento, el motor de la economía y de la revolución industrial. En consecuencia, era el lugar donde se había dado el mayor desarrollo en la forma de producir, empleando cada vez un mayor número de personas –antiguos artesanos o campesinos –y utilizando en mayor medida la nueva tecnología. Por lo tanto, no es de extrañar que la legislación obrera, en su inicio, se haya orientado a regular precisamente “aquellos aspectos de la relación laboral en que se habían manifestado los resultados más visibles de la explotación de los trabajadores” (Palomeque López & Álvarez de la Rosa, 2014, p. 54).

En segundo lugar, que la ley haya tenido como sujetos “beneficiarios” básicamente a los aprendices de las fábricas de algodón responde a que, a inicios del siglo XIX, no podía afirmarse el abandono total de las formas de trabajo doméstico o gremial. Por ello, es posible que las relaciones maestro-aprendiz en algún sentido hayan perdurado, aunque adaptándose a la nueva forma de producción y a la nueva tecnología, teniendo los nuevos lugares de producción la figura del aprendiz. Es por ello que existía ya una tradición legislativa de regular la posición del aprendiz, tradición que se extiende hasta esta norma (Innes, 2002, p. 231).

Finalmente, aunque el período de transformación económica e industrial no había alcanzado su apogeo, ello no significaba que en 1802 no existiera ya una preocupación latente por los efectos de los nuevos cambios en la salud de los aprendices, que eran en su gran mayoría niños. La corriente reformista y protectora

“tuvo como apoyo básico el resultado de numerosos informes desde 1784 acerca de las condiciones antihigiénicas e inhumanas en las que se realizaba el trabajo” (González Muñiz, 1975, p. 270). Esta inquietud es la que explica, además, la dación de algunas leyes a fines de 1700, como la *Chimney Sweepers Act*², cuyo objetivo era atender la cada vez peor situación de los niños trabajadores. Esta realidad fue documentada por los estudios de aquella época, mostrando que

las pésimas condiciones higiénicas de los talleres (humedad, frío, polución) y el trabajo muy prolongado dieron lugar a enfermedades, deformaciones corporales, accidentes, mutilaciones, raquitismo, etc. (González Muñiz, 1975, p. 268)

En cuanto al texto de la ley, de sus 17 artículos, tres estaban referidos a salud y condiciones de trabajo, dos regulaban un incipiente sistema de inspección a cargo de visitantes propuestos por los Jueces de Paz (el sistema de inspección a cargo de inspectores pagados por el Estado se inició con la *Factory Act* de 1833), tres artículos instauraron sanciones para los maestros de las fábricas, cuatro contenían reglas para “cuidar” la moral de los aprendices y cinco artículos contenían reglas generales sobre la operatividad de la norma.

En lo que respecta a la regulación de las condiciones de trabajo, el artículo 2 imponía la obligación de lavar, al menos dos veces al año, con cal y agua las paredes y techos de cada ambiente de las fábricas. Además, debía cuidarse que las instalaciones tuvieran el número suficiente de ventanas de manera que se asegurara un adecuado suministro de aire fresco. Esta norma respondía así a la necesidad primordial del contexto que se ha reseñado líneas arriba, la prevención y reducción de las enfermedades ocasionadas por el estado de las fábricas. Sin embargo, por razones que se expondrán más adelante, la reacción del Estado a esta situación fue mínima.

² 28 Geo. 3 c. 48

Por su parte, el artículo 4 respondía a otro de los principales problemas de la época –y que persistiría durante el siglo XIX: la jornada de trabajo. Documentado por numerosas comisiones, las largas y extenuantes jornadas de trabajo eran la causa de un paulatino deterioro de la salud de los trabajadores (Hopkins, 1982, p. 52). La especial sensibilidad ante este problema se debía, además, a que las fábricas empleaban en su mayoría a menores de edad.

A diferencia del trabajo infantil, que como se ha señalado no fue un problema propio de la Revolución Industrial, las transformaciones tecnológicas sí introdujeron cambios en la duración de la jornada, puesto que bajo el antiguo sistema de producción el trabajo en el campo y en el taller estaba sujeto a las horas de luz natural y a las temporadas propias de cada cosecha. Sin embargo, con las nuevas tecnologías, el trabajo podía continuar porque las máquinas ya no dependían de la luz solar, pudiendo –como de hecho lo hicieron –funcionar durante toda la noche. Por esta razón, esta norma restringía la jornada de trabajo a 12 horas (entre las que se incluía el tiempo necesario para las comidas), jornada que solo podía darse entre las seis de la mañana y las nueve de la noche, aunque contemplaba la posibilidad del trabajo nocturno en las fábricas que cumplieran con determinadas características.

Ahora bien, el otro grupo de previsiones que contenía la legislación estaba orientada hacia la denominada “moral” de los aprendices. Desde la lógica de la época, eran reglas relacionadas con el aspecto interno de éstos: educación básica –lectura, escritura y aritmética –durante los primeros cuatro años de labores; educación religiosa cada domingo; y habitaciones separadas para hombres y mujeres, en las que solo podían compartir cama un máximo de dos personas. Se trataba, en suma, de reglas que mostraban el lado más humanista de la ley – de acuerdo a valoraciones

sociales propias de aquella época, que pretendían complementar la labor de los aprendices en la fábrica.

Dentro de este grupo de regulaciones se puede ubicar también al artículo 3, que obligaba a los maestros a otorgar a sus aprendices dos trajes completos durante el tiempo que trabajaran en la fábrica, debiendo entregar cada año un conjunto nuevo. No se trata de lo que actualmente se conoce como condición de trabajo, es decir, uniformes necesarios para el desempeño de las labores, sino que se trataba en realidad de una medida asistencialista por parte del Estado y del dueño de la fábrica para con los aprendices.

La ley de 1802 establecía dos sanciones. La primera de ella dirigida a cualquier persona que impidiera o se opusiera a la labor de los visitantes o inspectores de la norma, hecho que suponía la imposición de una multa de entre 5 y 10 libras. La segunda de ellas estaba dirigida solo a los maestros que intencionalmente incumplieran o actuasen en contra de la norma, lo que estaba castigado con el pago de no menos de 40 chelines ni más de 5 libras. Esta consecuencia del incumplimiento de la norma permite concluir que eran los maestros los destinatarios de la ley y, por tanto, los obligados a su cumplimiento. Es decir, el Estado los hacía responsables, por primera vez de manera general, de mantener determinadas condiciones de higiene y de trabajo al interior de sus fábricas. Además, el no pago de las sumas de dinero impuestas podía acarrear el embargo de bienes y mercancías del infractor, y en su defecto, la reclusión en una cárcel común o correccional, llamada casa de corrección.

Aunque resulta difícil encontrar en estas reacciones la utilización del Derecho Penal, puesto que se trataba, en el caso de las multas, de sanciones de carácter civil o administrativo y, en el caso de la pena de cárcel, de un supuesto de prisión por deudas o de incumplimiento de un pago al Estado, lo que si muestra la *Health and Morals Act*

es un primer intento del Estado de atender el problema de las condiciones de trabajo en las cada vez más numerosas y grandes fábricas. Así, esta ley fue tomada como punto de partida de las posteriores regulaciones en seguridad y salud, no solo en sus previsiones, sino en su justificación: las condiciones en las fábricas son un asunto que requiere la intervención del Parlamento (Innes, 2002, p. 230) y, por ende, una preocupación latente del Estado.

Finalmente, vale tener en cuenta en este análisis que, a pesar de la situación que se pretendía abordar a través de ley, la intervención del Estado no tuvo la intensidad que se habría esperado, reflejándose en el texto de la norma regulaciones mínimas. Ello se debió a que, de acuerdo a Robert Peel –gestor de la normativa –el avance debía ser lento, teniendo en cuenta la experiencia de ésta y sucesivas normas. Se trataba, entonces, de un intento por conciliar el aspecto humanitario con los miedos y los intereses del sector manufacturero (Innes, 2002, p. 250), sector que el mismo Peel integraba al ser dueño de una gran fábrica en la ciudad de Radcliffe. Aunado a ello, la aplicación y cumplimiento de la norma tanto por parte de sus destinatarios como por parte de las autoridades fue prácticamente nulo (González Muñiz, 1975, p. 271).

En suma, el valor de la ley sobre salud y moral de los aprendices radica en iniciar el camino para una protección cada vez más completa y estructurada de la seguridad en el trabajo, atendiendo al grupo de trabajadores más vulnerable –el trabajo infantil –a partir de previsiones que regulaban los dos riesgos más relevantes: la higiene de los establecimientos industriales –como fuente de enfermedades –y la duración de la jornada de trabajo –a partir del riesgo que representaba la explotación de la fuerza de trabajo de un menor.

1.2. *Master and Servant Act* de 1867

Dentro del conjunto de primeras normas dadas por el Estado para paliar, de alguna manera, la cada vez más grave situación de los trabajadores en las fábricas –en un inicio textiles –se puede identificar un subgrupo de normas: las *Master and Servant Acts*. La primera de esta serie de leyes fue dada en 1823³ y, aunque no fue la primera en regular las relaciones entre empleador y empleado –puesto que ya existían normas aplicadas hasta el entonces predominante sector agrícola –fue la primera en adaptar estas regulaciones al nuevo desarrollo económico, con la principal característica de la utilización del sistema penal para asegurar el cumplimiento de los contratos de trabajo (Naidu & Yutchman, 2010, p. 6).

Luego de un fallido intento de extender los alcances de la norma de 1823, en 1867 se logra concretar la reforma de la misma, sistematizando y retrocediendo en la severidad de las sanciones que se imponían bajo el texto original de la ley. La *Master and Servant Act* de 1867⁴, conocida también como *Lord Elcho's Act*, introdujo una serie de definiciones importantes no solo para la aplicación de la propia norma, sino además para apreciar los alcances de las responsabilidades de cada parte. Así, el término empleador comprendía tanto a la persona natural como a la persona jurídica que hubiera celebrado un contrato de servicios con un tercero, como también al representante, administrador o supervisor de aquellas.

Por su parte, el concepto de contrato de servicios era de una amplitud tal que extendía, a su vez, el concepto de empleador, al considerar en esta categoría cualquier contrato por el cual se comprometiera a una persona a prestar un servicio o ejecutar cualquier tipo de trabajo.

³ 4 Geo. IV, c. 34

⁴ 30 & 31 Vict., c. 141

Aunque la ley de 1823 estuvo principalmente dirigida a la criminalización de la ruptura del contrato por parte de los empleados, la reforma de 1867 introdujo consecuencias que alcanzaban a la otra parte de la relación, no obstante de manera indirecta. Así, bajo el artículo 14, cualquier persona que ocasionara un daño a la otra parte o a los bienes de ésta, o que su conducta, falta o malos tratos fueran graves, podía ser condenada a prisión por un máximo de 3 meses, siempre que se calificara dicha conducta como fuera de los alcances de la buena fe o del ejercicio de un derecho, y que se observara que la sanción pecuniaria u otra establecida por la norma no fuera suficiente en el caso en concreto.

Asimismo, se estableció en el artículo 19 que las sanciones previstas por la norma no excluían aquellas que pudieran imponerse por la judicatura penal propiamente dicha por los daños ocasionados a las personas o propiedad de estas, ya sea que estas conductas provinieran del empleador o de los trabajadores.

En definitiva, aunque este grupo de normas no regulaba las condiciones de trabajo en las fábricas, tomó como punto de partida la intervención del Estado en este aspecto – iniciado como ya se ha señalado como la *Health and Morals Act* – e introdujo, por primera vez, una reacción de tipo penal que, a pesar de la discrecionalidad y amplitud que podría haber jugado a favor del sector industrial, en teoría sancionaba las conductas de los empleadores que atentaban contra las condiciones mínimas que el Estado aseguraba a los trabajadores. Ello se debe a que las *Master and Servant Acts*, a la vez que ponían de manifiesto la autoridad que tenía el empleador sobre su contraparte (Innes, 1987, p. 45), imponiendo un sistema de disciplina fabril (Snyder & Hay, 1987, p. 11), le atribuían a aquellos una responsabilidad como contrapartida del poder otorgado, de manera que

*because the employer controlled the ways and means by which work is accomplished, society, through various measures and social standards, has held employers accountable for protecting workers against foreseeable workplace hazards*⁵. (Henshaw, Gaffney, Madl, & Paustenbach, 2007, p. 174)

1.3. *Factory and Workshop Act* de 1878

Un segundo subgrupo importante de normas durante la Revolución Industrial lo constituyen las *Factory Acts*, legislación que se inició en 1833⁶ y que posteriormente fue objeto de una serie de enmiendas y modificaciones. La *Factory and Workshop Act* de 1878⁷, así, “refunde más de veinte disposiciones sobre el trabajo” (Palomeque López & Álvarez de la Rosa, 2014, p. 54).

La principal diferencia que puede encontrarse con las leyes de maestros y sirvientes es que en éstas el objetivo era la regulación de la prestación del servicio o relación de trabajo a través de la imposición de una serie de cargas al trabajador, es decir, con una marcada inclinación hacia el lado del empresario. Las leyes de fábricas propiamente dichas regulaban, por su parte, las condiciones en las que se debía prestar este servicio: jornada y horario de trabajo, condiciones de higiene y seguridad, empleo de niños y niñas, y prestaciones a las que el empresario se veía obligado en caso de emplear menores de edad. Por lo tanto, el único destinatario de esta norma era el empleador – empresario.

Asimismo, el ámbito de aplicación de estas últimas normas era mucho más amplio, extendiendo su vigencia a todas las fábricas en el Reino Unido. Este interés en ampliar

⁵ Traducción libre: “como el empleador controlaba las formas cómo el trabajo debía realizarse, la sociedad, a través de varias medidas y estándares sociales, hace a estos responsables de proteger a los trabajadores contra los riesgos previsibles en el lugar de trabajo”.

⁶ 3 & 4 Will. IV, c. 103

⁷ 41 Vict., c. 16

el alcance de las leyes de fábricas evidenciaba que las condiciones en las que los trabajadores prestaban sus servicios no eran homogéneas en todo el territorio, existiendo lugares en las que el estado de bienestar y disciplina eran ya intolerables (Peacock, 1984, p. 209).

La consolidación de 1878 constaba de cuatro secciones: la primera contenía las reglas de aplicación general, la segunda regulaba excepciones y casos especiales en determinadas fábricas, la tercera regulaba el procedimiento de inspección y sanción, y la cuarta sección contenía algunas definiciones y reglas especiales para los territorios de Escocia e Irlanda.

En materia de higiene, la norma establecía el deber general de mantener las fábricas limpias y libres de emanaciones de cualquier tipo. Además, durante el desarrollo de las labores la fábrica no podía estar sobrepoblada o abarrotada de gente, de manera que pudiera ocasionarse algún daño a los empleados. Asimismo, se insistía en las obligaciones de mantener la ventilación y el lavado con cal de las paredes y techos de los ambientes, tal y como lo hicieron las normas precedentes.

Cabe resaltar que desde 1875 se contaba con una norma de salud pública, por lo que las provisiones en materia de higiene y salud se veían reforzadas por la misma, aunque con un claro enfoque de prevención de los riesgos para la salud hacia el exterior, fuera de la fábrica, de manera que no llegara a afectarse a terceros y, eventualmente, propagarse por ejemplo alguna enfermedad hacia la ciudad.

Por su parte, en materia de seguridad la regulación llegaba a ser más elaborada que la vigente hasta este momento. Así, podían observarse reglas específicas para la protección de los operarios de las máquinas, obligando al cercado de determinada maquinaria que era considerada peligrosa o que, luego de una inspección, podía

advertirse como tal. Además, se prohibía el llevar a cabo labores de limpieza de las máquinas mientras estas se encontrasen operativas, lo cual muestra la pugna que existía entre mantener la producción y velar por determinadas garantías para los empleados.

La ley de fábricas de 1878 establecía una sanción de 10 libras por no mantener las fábricas en las condiciones fijadas, además de considerar la posibilidad de una compensación de hasta 100 libras en caso el incumplimiento de las reglas de seguridad ocasionase lesiones en alguna persona o su muerte.

Aunque esta norma no apela, al menos en seguridad y salud, a la utilización del sistema penal como medio de sanción, ello se debería a que en 1871, con la *Criminal Law Amendment Act*⁸ se incluía el ocasionar alguna lesión a una persona con o sin el uso de arma o instrumento como delito menor, además del ocasionar lesiones a aprendices o sirvientes que pongan en riesgo su vida o salud, siempre que exista la obligación de proveerles comida, vestido u hospedaje.

En conclusión, la importancia de la ley de fábricas de 1878, además de ser una sistematización y por tanto una clara evidencia de la intervención del Estado en la seguridad y salud de los empleados o trabajadores, radica en que puso de manifiesto que *“the legitimate economic objectives of manufacturers are not pursued at the expense of the persons who are employed”*⁹ (Carson, 1970, p. 387). Es decir, en el último cuarto del siglo XIX puede observarse un retroceso en las posturas que evidenciaban un interés del Estado no solo de proteger al aprendiz, sirviente o empleado, sino sobre todo al maestro, fabricante o empleador, tendencia que se

⁸ 34 & 35 Vict., c. 32

⁹ Traducción libre: “los legítimos objetivos económicos de los fabricantes no se pueden perseguir a expensas de las personas que son empleadas”

evidenciaba en las preocupaciones que existían en 1802 con la propuesta legislativa de Peel o con la legitimación de la disciplina fabril que imponían las *Master and Servant Acts*.

2. El marco supranacional de protección de la seguridad y salud en el trabajo

El Derecho del Trabajo experimentó, durante las primeras décadas del siglo XX, dos procesos centrales para la concepción actual de los derechos de los trabajadores: la constitucionalización y la internacionalización del Derecho Laboral. El primero de éstos supuso que por primera vez se regulara en el texto fundamental de un Estado el trabajo asalariado, contemplándose una serie de derechos de titularidad de los trabajadores. Así, en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 se introdujo un título destinado a regular el trabajo y la previsión social, dentro del cual su artículo 123 estableció las bases para una posterior regulación legal del trabajo. Estas bases deben entenderse como los derechos mínimos que la Constitución, y por tanto el Estado, buscaba garantizar. Entre ellos se reconoció explícitamente la responsabilidad de los empleadores por los accidentes de trabajo y enfermedades, responsabilidad que significó la contracara del derecho constitucional del trabajador a condiciones adecuadas para llevar a cabo su labor, como límite y margen de la actuación del Estado.

El segundo proceso al que se ha hecho referencia corresponde a la gesta de una “normativa internacional del trabajo con la finalidad de estandarizar pisos o mínimos – con carácter universal –para los derechos de los trabajadores” (Boza Pró, 2011, p. 27), tarea asumida por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) desde su constitución en 1919. La creación de la OIT fue un compromiso asumido por los Estados firmantes del Tratado de Paz de Versalles del mismo año, incorporándose en la parte XIII de éste -dedicada al trabajo –las disposiciones que regularían la

organización y funcionamiento del citado organismo, asociado a la entonces Sociedad de las Naciones.

La importancia del conflicto entre capital y trabajo para la comunidad internacional se evidencia en el preámbulo del texto constitutivo de la OIT, el cual señala expresamente que “existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos”. Con ello, se consideraba urgente la mejora de las condiciones de trabajo, entre las que se encontraba la “protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo”, objetivos que deberían ser alcanzados por la naciente organización y los Estados miembros.

En definitiva, la introducción de estas consideraciones en el texto del Tratado que puso fin a la I Guerra Mundial no hace más que poner de manifiesto la importancia que, ya en este momento histórico, tenía ofrecer a los trabajadores cierto grado de protección ante condiciones de trabajo que afectaban su propia condición de personas.

Ahora bien, el considerar ambos hitos históricos de manera conjunta no responde únicamente a la coincidencia en el tiempo de ambos sucesos –la Constitución de Weimar, dada en 1919, fue la segunda en incorporar una regulación al máximo nivel de los derechos de los trabajadores. Ambos procesos están íntimamente relacionados y son expresión de una misma necesidad:

garantizar a todos los trabajadores, cualquiera fuera el Estado dentro del cual vivieran o laboraran, condiciones de trabajo y de seguridad que les abrieran la posibilidad de una vida digna, con un creciente grado de bienestar. (Barbagelata, 2014, p. 49)

Por un lado, se ha expuesto la evolución de la normativa interna de los Estados, desde las primeras leyes obreras que tenían un marcado sentido de protección de la propia economía de los países, hasta el reconocimiento, ya en el siglo XX, de una necesaria protección del trabajo asalariado que se erija como límite del propio Estado y su sistema económico. Y por otro lado, la creación de la OIT como expresión de la “internacionalización de los presupuestos socioeconómicos del trabajo asalariado” (Palomeque López & Álvarez de la Rosa, 2014, p. 226). Ambas consecuciones o logros son atribuibles al movimiento obrero gestado durante el siglo XIX, en tanto

unos veinte años antes de la guerra, los pioneros de la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores habían emprendido ya su labor con firmeza y resolución, convencidos de que una legislación internacional era la consecuencia necesaria y el requisito previo para la protección legal en el interior de cada Estado. (Thomas, 1996, p. 286)

Por ello, es posible afirmar la estrecha vinculación existente entre el proceso de internacionalización y la constitucionalización de los derechos de los trabajadores, en tanto ambos se complementaron para alcanzar un objetivo común: una real protección de los trabajadores (Boza Pró, 2011, p. 28).

La existencia de numerosos instrumentos de organismos internacionales y regionales que contienen obligaciones en materia laboral, y en específico en seguridad y salud, evidencia el rol fundamental que tiene la regulación supranacional de los derechos de los trabajadores. A pesar de esta amplia producción normativa, las normas emitidas por la OIT ocupan un lugar central por ser el organismo especializado en la protección de los trabajadores y que además refleja, en su integración tripartita –lo integran representantes de los Estados, empleadores y trabajadores de los países asociados – un intento por “aportar garantías de credibilidad y eficacia y [significar], en todo caso,

un instrumento para el afianzamiento de los sistemas democráticos” (Ackerman, 1994, p. 45).

La Organización Internacional del Trabajo, a través de su Conferencia como órgano legislativo, emite dos tipos de instrumentos: convenios y recomendaciones. La diferencia entre ambos se encuentra en los efectos que tiene para los Estados miembros: los convenios están sujetos a ratificación, lo que crea obligaciones jurídicas internacionales respecto a su cumplimiento; mientras que las recomendaciones, al no estar sujetas a ratificación, representan guías de acción para los países miembros (Von Potobsky & Bartolomei de la Cruz, 1990, p. 24).

En este contexto de posibilidades normativas, la OIT desde su primera Conferencia ha venido regulando tanto condiciones de trabajo específicas, que inciden en la protección que deben asegurar los Estados a sus trabajadores, como disposiciones generales sobre el accionar de los Estados en materia de seguridad y salud. En consecuencia, en el siguiente apartado se abordarán los principales instrumentos de la OIT sobre la materia, los mismos que giran sobre un objetivo central: establecer las líneas de acción marco para la legislación nacional de cada uno de los países miembros.

2.1. Convenios de la OIT

2.1.1. Convenio N° 155

El primer Convenio de carácter general es el Convenio N° 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores, adoptado por la Conferencia en 1981. Este instrumento es, en principio, de aplicación general a los trabajadores de todas las ramas de actividad, aunque se introducen cláusulas de flexibilidad propias de los instrumentos de la OIT para que los Estados puedan excluir determinadas ramas y categorías de

trabajadores. Este amplio margen para la aplicación del Convenio queda de manifiesto en la definición de trabajador que se contempla en el artículo 3, equiparándolo a toda persona empleada, lo que muestra una preocupación por proteger a toda aquella persona que preste un servicio o sea utilizada por un tercero para desarrollar una labor. Por ejemplo, países como Alemania, Italia o Colombia han comunicado la inclusión de los trabajadores independientes en la protección de la seguridad y salud.

El artículo 4 es el eje y centro de la visión de la OIT en materia de seguridad y salud y, por lo tanto, de los esfuerzos que desplieguen los Estados miembros en esta materia. En éste se establece la obligación de formular una política nacional de seguridad y salud en el trabajo, basada en la prevención de accidentes y daños y la reducción al mínimo posible las causas de los riesgos propios del lugar de trabajo. Como señala la Oficina Internacional del Trabajo, secretaría permanente de la Organización,

se insiste debidamente en la prioridad que ha de concederse a las medidas preventivas, mientras que las medidas de protección se consideran un último recurso que ha de utilizarse cuando no se pueda evitar, minimizar o eliminar la exposición a riesgos. (2009, p. 6)

En esa línea, el artículo 5 establece una serie de esferas de acción, entre las que destaca, como punto de inicio, el “diseño, ensayo, elección, reemplazo, instalación, disposición, utilización y mantenimiento de los componentes materiales del trabajo”, con lo que se establece la atención que deben poner los empleadores desde el momento que deciden empezar con una actividad empresarial. Además, el artículo 11 señala la obligación de garantizar que se lleven a cabo una serie de medidas que tienen como sustento la consideración del lugar de trabajo como un espacio peligroso sobre el que se debe realizar los ajustes necesarios para reducir su lesividad.

El artículo 8, por su parte, señala el deber de los Estados de llevar acabo la implementación de todas aquellas medidas que sean necesarias para la puesta en práctica de la política de prevención y reducción de riesgos. Esta disposición tiene estrecha vinculación con el artículo 9, que obliga a los Estados a establecer un mecanismo de control de la legislación nacional, asegurado por los sistemas de inspección laboral, y la previsión de sanciones adecuadas. Aunque esta disposición podría estar ligada al ámbito administrativo, es necesario tomar en cuenta que

como se discutiera durante los trabajos preparatorios, los términos «penalties» en inglés y «sanctions» en francés se consideraron como sinónimos y tenían por objeto abarcar las sanciones penales, administrativas y contractuales, pero no los avisos de prohibición. (Oficina Internacional del Trabajo, 2009, p. 39)

Los artículos 16 y 19, por su parte, están referidos a las obligaciones y responsabilidades que los Estados deben exigir a empresarios y trabajadores, respectivamente. Con respecto a los empleadores, el Convenio pone énfasis en el deber de reducir los riesgos del centro de trabajo, de manera que se asegure que tanto el lugar de trabajo como la maquinaria, herramientas y procesos de producción “estén bajo su control son seguros y no entrañan riesgo alguno para la seguridad y la salud de los trabajadores”.

Con respecto a los trabajadores, se señala que a nivel de empresa se debe garantizar que “los trabajadores, al llevar a cabo su trabajo, cooperen al cumplimiento de las obligaciones que incumben al empleador”. Esta última disposición se relaciona con el artículo 11 del Convenio N° 167, sobre seguridad y salud en el ámbito de la construcción, en el que se expresa el rol activo que debe cumplir el trabajador en la aplicación de las medidas de seguridad y salud, debiendo velar razonablemente por su propia seguridad.

La importancia de este instrumento radica en marcar la pauta de una política nacional de prevención de amplio margen, que supone una tarea legislativa por parte de los Estados orientada a los fines y principios de la seguridad y salud en el trabajo, lo cual no se restringe únicamente al campo del Derecho Laboral. Así, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha reconocido, en su informe del 2015, el rol que puede jugar el Derecho Penal en este ámbito, al absolver las observaciones formuladas Organización Internacional de Empleadores, la Cámara de Industrias del Uruguay y la Cámara Nacional de Comercio y Servicios del Uruguay sobre la ley N° 19196, que introdujo la responsabilidad penal del empleador por incumplimiento de normas de seguridad y salud. Así, en dicho pronunciamiento se señala que

la Comisión considera en consecuencia, que los problemas que pudieran surgir de la aplicación práctica de la ley núm. 19196 (...) que tuvieran relación con la política nacional de SST, se deberían examinar en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores interesadas. (ILO, 2015, p. 494)

2.1.2. Convenio N° 161

El convenio sobre los servicios de salud en el trabajo de 1985 se enmarca en la línea maestra señalada por el Convenio N° 155, ya que en aras de asegurar un mayor nivel de protección y una efectiva reducción de los riesgos derivados de la actividad empresarial se consagra la obligación de los Estados de implementar servicios de salud en el trabajo, cuya característica principal es el estar orientados a la prevención y al asesoramiento tanto a empleadores como a trabajadores.

Este instrumento destaca por concretar en una medida específica el principio de prevención de riesgos, al contemplar que los servicios de salud en el trabajo asuman

funciones tanto de identificación y evaluación de riesgos como de participación en el análisis posterior al accidente o a la enfermedad profesional.

Además, es de destacar que el Convenio recoja el deber de informar a los trabajadores de los riesgos para su salud que se derivan del desempeño de su labor, constituyéndose como un derecho para los trabajadores de suma importancia, que les permitirá no solo cooperar con el empleador en los términos del Convenio N° 155, sino principalmente tener un rol activo en el diseño de prevención de aquellos riesgos detectados.

2.1.3. Convenio N° 187

El último convenio relativo a disposiciones generales en seguridad y salud es el Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, adoptado por la Conferencia en el 2006. Esta norma internacional se basa en el carácter dinámico y cambiante de los distintos factores que intervienen en la formulación de una política de seguridad y salud, tales como los avances tecnológicos, científicos o el incremento del ritmo de trabajo. En base a ello se reconoce, en el artículo 2, la necesidad y por tanto la obligación de una mejora continua de la seguridad en el trabajo, lo que implica conseguir un mayor nivel de seguridad en el medio ambiente de trabajo adaptando o actualizando las medidas implementadas a los cambios no solo tecnológicos o científicos, sino también a la evolución de los propios riesgos laborales.

El artículo 3 de este Convenio es de vital importancia para la concepción que se tenga sobre la seguridad y salud, puesto que reconoce por primera vez de manera expresa “el derecho de los trabajadores a un medio ambiente de trabajo seguro y saludable”, debiendo los Estados promoverlo e impulsarlo. Este derecho, se encuentra

plenamente reconocido por el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁰, y que de acuerdo a la Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales supone que

los Estados Partes deben formular, aplicar y revisar periódicamente una política nacional coherente destinada a reducir al mínimo los riesgos de accidentes laborales y enfermedades profesionales, así como formular una política nacional coherente en materia de seguridad en el empleo y servicios de salud.

El Convenio, además, insiste en los principios básicos de la política de prevención, tales como el “combatir en su origen los riesgos o peligros del trabajo”, reconocido en el artículo 3, y “la eliminación de los peligros y riesgos del trabajo o su reducción al mínimo, en la medida en que sea razonable y factible”, plasmado en el artículo 5, aunque este último forme parte de un programa nacional de seguridad y salud que es, en puridad, expresión del diseño de la política nacional.

2.2. Recomendaciones de la OIT

2.2.1. Recomendación N° 164

La Recomendación sobre seguridad y salud de los trabajadores de 1981 viene a complementar las disposiciones del Convenio N° 155, concretando en su artículo 3 la aplicación del principio de prevención y reducción de riesgos en una serie de aspectos

¹⁰ “1. Los Estados Partes 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 Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

como la iluminación, ventilación, limpieza y orden; manipulación, apilamiento y almacenamiento de cargas y materiales; utilización de electricidad; vigilancia de la salud de los trabajadores, entre otras.

Así mismo, el artículo 10 señala que dentro de las obligaciones del empresario que el Convenio N° 155 establece podrían considerarse, entre otras, el deber de proporcionar un ambiente y maquinaria seguros, que en la medida de lo posible no supongan un riesgo para la seguridad y salud; o el de asegurar la supervisión del trabajo, las prácticas laborales y las medidas de seguridad implementadas.

A pesar que las disposiciones de esta Recomendación no van más allá de lo ya establecido por el Convenio, dado que son medidas que se desprenden directamente de los principios reconocidos por este último, las medidas específicas que están contenidas en la Recomendación son de gran utilidad para la implementación de la política de prevención. Probablemente, el temor de los Estados a comprometerse a un nivel de protección más delimitado haya llevado a éstos a optar por no incluirlas en un instrumento vinculante sino solo un guía de actuación.

2.2.2. Recomendación N° 197

La Recomendación sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo de 2006 sirve, como el anterior instrumento, de guía para la puesta en práctica del Convenio N° 187, principalmente en lo que respecta a las obligaciones de implementar un sistema y un programa de seguridad y salud.

Así, se señala en el artículo 3 que el sistema nacional –definido por el Convenio como la infraestructura que permite la aplicación de la política nacional –debería incluir

medidas adecuadas de protección dirigidas a prevenir muertes, lesiones y enfermedades derivadas del trabajo.

Por su parte, el artículo 7 indica que el programa nacional debería considerar como principios la evaluación y gestión de los riesgos y peligros en el trabajo, principios que como se ha visto están presentes en las disposiciones del Convenio N° 155.

Finalmente, el artículo 14 introduce el perfil nacional, herramienta en la que se deberían compilar los avances y situación actual respecto al objetivo de asegurar el derecho a un medio ambiente de trabajo sano. En este análisis o evaluación que debería llevar a cabo cada país se incluirían “los mecanismos para garantizar la observancia de la legislación nacional”, lo que obliga a preguntarse sobre si el Derecho Penal puede cumplir con dicha finalidad, reflexión que será abordada hacia el final de este capítulo.

A partir de este desarrollo normativo a nivel internacional se puede concluir el reconocimiento de la universalidad del problema de la siniestralidad laboral, estableciéndose una serie de medidas mínimas para afrontarlo, las mismas que se pueden resumir en la implementación de una política de acción que permita la prevención de los riesgos derivados del lugar de trabajo. Esta finalidad de previsión solo podrá lograrse a través de la reducción al mínimo posible de las fuentes de riesgo, la implementación de medidas para hacer frente a aquellos riesgos que no se pueden eliminar, el establecimiento de medidas de supervisión –tanto por parte de la empresa como por parte de la autoridad competente –y sanciones idóneas que permitan asegurar el cumplimiento adecuado de la política de prevención. Además, es de resaltar que a pesar que el empresario es considerado el sujeto responsable por la reducción de los riesgos de la empresa, el trabajador desempeña un rol activo que

lleva a la OIT a considerarlo un cooperador en el cumplimiento de las obligaciones de su contraparte.

3. La tutela de las condiciones de riesgo para el trabajador en el Derecho Comparado

3.1. En los países de la Unión Europea

El antecedente de la Unión Europea como organismo de integración puede encontrarse en la Comunidad Económica Europea, constituida por el Tratado de Roma de 1957. Esta confluencia de Estados europeos buscaba la expansión económica de sus mercados nacionales a partir del establecimiento de un mercado común.

El tratado constitutivo de la CEE reconoce, junto al interés en la política económica, el objetivo de lograr el progreso social y, con éste, la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores. En base a ello, el artículo 118, ubicado dentro del título destinado a la política social, consagra expresamente el compromiso de los Estados firmantes de colaborar para lograr, entre otros objetivos, la mejora de las condiciones de trabajo y la protección contra los accidentes y enfermedades profesionales.

La importancia de la protección de las condiciones de trabajo para la naciente CEE dentro sus intentos por establecer una unión del pueblo europeo se reforzaría en 1987 con la firma del Acta Única Europea, que vino a modificar el Tratado de Roma de 1957, incorporándose el artículo 118-A que expresaba en su primer apartado que

los Estados miembros procurarán la mejora, en particular, del medio de trabajo, para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores, y se fijarán como objetivo la armonización, dentro del progreso, de las condiciones existentes en este ámbito.

Bajo este marco general dirigido a orientar el rol de la CEE, su Consejo adoptó la Directiva 89/391/CEE en 1989, que contiene los principios que informan la protección de la seguridad y salud de los trabajadores en el espacio europeo. Esta disposición es de aplicación a todos los sectores de actividades y comprende a toda aquella persona empleada por un empresario, ello de acuerdo al literal a del artículo 3. Además, de acuerdo al literal b del mismo artículo, debe entenderse por empresario a cualquier persona, ya sea física o jurídica, que sea titular de la relación laboral y sea el responsable de la empresa o establecimiento.

Esta Directiva destaca por establecer una serie de obligaciones tanto para los empleadores como para los trabajadores. Así, dentro del artículo 5 se establece como disposición general y matriz el deber de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores. Este deber es de tal alcance que no se ve afectado por las obligaciones que sean de cargo de los trabajadores en la protección y prevención de riesgos ni por la intervención de terceros que coadyuven al empresario en el cumplimiento de sus deberes.

Al respecto, el artículo 7 dispone la participación de los trabajadores y de terceros ajenos a la empresa en las actividades de protección y prevención; sin embargo, en ambos supuestos el empleador deberá asegurarse que éstos tengan la capacidad o aptitud necesaria y cuenten con los medios necesarios para asumir las actividades encomendadas.

El artículo 6 de la Directiva establece una serie de obligaciones que se enmarcan en el deber general de protección del empleador, las mismas que están orientadas a la prevención de riesgos laborales y que exigen un rol activo del empresario desde el momento en que decide emprender la actividad empresarial, debiendo evaluar los riesgos inherentes a la actividad laboral desde el diseño de la misma, de manera que

se pueda tener en cuenta no solo los riesgos susceptibles de ser evitados, sino además aquellos que no puedan serlo.

Además, en el apartado 3 del mismo artículo se consagra el principio por el cual para el encargo de una labor o función propia de la actividad laboral el empleador deberá tener en cuenta las capacidades con que cuenta el trabajador, no solo para desarrollarlas, sino principalmente sus competencias en materia de seguridad y salud, debiendo brindarle toda la información pertinente sobre los riesgos de la actividad y las medidas adoptadas en torno a éstos.

Posteriormente, con el establecimiento de la Unión Europea a través del Tratado de Lisboa de 2007, el Tratado de Roma fue sustituido por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Éste recoge en su gran mayoría las disposiciones del Tratado de la CEE. Así, el artículo 151 establece como objetivos de la UE, y de sus miembros, la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores como consecuencia del reconocimiento de derechos sociales fundamentales. Además, los artículos 153 y 156 consagran la tarea de la Unión y de la Comisión Europea, respectivamente, de impulsar la acción de los Estados en la mejora de las condiciones y entorno de trabajo para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores y, con ello, de emprender acciones contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Es bajo este contexto normativo vinculante para los Estados de la Unión Europea que se deben comprender las leyes penales de estos países en materia de seguridad y salud de los trabajadores, dado que como se ha puesto de manifiesto con anterioridad, las sanciones penales forman parte de la política nacional de prevención a la que se encuentran obligados los Estados.

Así, el legislador español de 1995 ha contemplado en el Código Penal un título dedicado a los delitos contra los trabajadores, dentro del cual se encuentra el artículo 316¹¹, que sanciona el no facilitar “los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas”, siempre que exista una infracción de la normativa extrapenal respectiva. Además, el artículo 317 contempla la comisión de este delito por imprudencia grave, disminuyéndose la pena en un grado.

Del texto de dicho precepto se puede advertir que el mismo protege de manera directa las condiciones de seguridad y salud -enfocada en la higiene -bajo las que debe desarrollarse toda actividad laboral, dejando en un segundo plano la concreción de cualquier resultado que afecte a la vida, salud o integridad física. Así, aunque el tipo exige que se verifique que la ausencia de medidas de seguridad acarrea la puesta en grave peligro de estos bienes, ello solo expresa el sentido al que deben estar orientadas dichas normas: a la previsión de la concurrencia de un peligro grave con un relevante grado de probabilidad (Terradillos Basoco, 2012, p. 261). Como se ha señalado, la existencia de condiciones de trabajo adecuadas permite salvaguardar una serie de intereses, que como se explicará hacia el final del presente capítulo, se enmarcan en el concepto de “trabajo digno” y que pueden reconducirse a un único bien jurídico en función al cual deberá analizarse el grado de puesta en peligro.

Al respecto, el Tribunal Supremo español ha venido reafirmando, respecto a este delito, “la autonomía del bien jurídico protegido, debiendo subrayarse su dimensión de protección individual de los derechos fundamentales reconocidos a los trabajadores” (*Sentencia 1355/2000*, 2000), haciendo referencia al artículo 40 de la Constitución

¹¹ Artículo 316. “Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan 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”.

española¹². En base a ello, las afectaciones a los bienes jurídicos vida, salud o integridad física podrán y deberán ser sancionados a través de las disposiciones del Código Penal destinadas a tutelar dichos intereses, esto es el delito de homicidio y el tipo de lesiones.

En el ordenamiento jurídico italiano, por otra parte, se ha contemplado, dentro de los delitos contra la seguridad pública, el tipo penal de remoción u omisión dolosa de precauciones contra los accidentes de trabajo. Así, el artículo 437 del Código Penal sanciona la conducta de *“chiunque omette di collocare impianti, apparecchi o segnali destinati a prevenire disastri o infortuni sul lavoro, ovvero li rimuove o li danneggia”*¹³. El segundo párrafo de esta disposición prevé una pena agravada en caso se concrete un accidente o desastre.

Las diferencias con el tipo penal español son básicamente dos. En primer lugar, resalta la ubicación sistemática del artículo 437, y en segundo lugar, la no exigencia de un peligro concreto para determinados bienes jurídicos, otorgándole mayor relevancia al objetivo general de prevenir o evitar eventos perjudiciales o lesivos para los trabajadores (*Sentenza N° 20370/2006*, 2006). Sobre el primer punto, la Corte Suprema italiana ha referido que

il bene giuridico tutelato dalla fattispecie di cui all'art. 437 c.p. concerne anche la sicurezza sul lavoro di una comunità ristretta di lavoratori o di singoli lavoratori, in quanto tale disposizione incrimina espressamente la rimozione o l'omissione dolosa di

¹² Artículo 40: “1. Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo. 2. Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados.”

¹³ Traducción libre: “aquel que omite colocar instalaciones, aparatos o señales destinados a prevenir desastres o accidentes de trabajo, o las remueve o daña”

*cautele destinate a prevenire infortuni sul lavoro, i quali riguardano di solito singoli soggetti e non indistinte collettività di persone*¹⁴. (Sentenza N° 12464/2007, 2007)

Sobre este pronunciamiento, cabe mencionar únicamente que las normas de seguridad están dirigidas a prevenir riesgos en todo el establecimiento o determinados sectores de esta, que pueden llegar a afectar incluso a los trabajadores no destacados a dichas áreas, por lo que la protección recae siempre sobre un conjunto o colectivo.

Respecto a la segunda diferencia, ésta está en estrecha relación con la determinación del bien jurídico. Así, se puede concluir que la seguridad en el trabajo y la vida humana tutelan intereses distintos, de manera que

*il danno alla persona non è compreso nell'ipotesi complessa di cui all'art. 437, comma secondo, cod. pen., costituendo effetto soltanto eventuale e non essenziale del disastro e dell'infortunio [...] non viene assorbita dal reato ex art. 437 c. secondo cod. pen., ma costituisce reato autonomo*¹⁵. (Sentenza N° 530/2015, 2015)

Finalmente, cabe hacer referencia a la protección penal de la seguridad en el trabajo en el ordenamiento portugués. En este, la regulación penal guarda relación con lo expuesto para el caso italiano. Así, el artículo 277, numeral 1, literal b del Código Penal, ubicado dentro del capítulo sobre delitos de peligro común, sanciona a aquel que infringiendo las reglas legales, reglamentarias o técnicas, omite la instalación de equipos o medios destinados a prevenir accidentes. Se contempla, además, en el

¹⁴ Traducción libre: “el bien jurídico tutelado en el tipo del artículo 437 del Código Penal concierne también a la seguridad en el trabajo de una comunidad reducida de trabajadores o de trabajadores individuales, en tanto tal disposición sanciona expresamente la remoción o la omisión dolosa de protección destinada a prevenir accidentes en el trabajo, los cuales protegen generalmente sujetos singulares y no una colectividad indistinta de personas”

¹⁵ Traducción libre: “el daño a la persona no está incluido en la hipótesis contemplada en el artículo 437° segundo párrafo del Código Penal, lo que supone un efecto eventual y no esencial del desastre y del accidente [...] no viene absorbido por el delito del art. 437° segundo párrafo, al contrario, constituye un delito autónomo”

artículo 285 una pena agravada en caso de muerte o afectación a la integridad física. Con ello, el legislador ha reaccionado a la intolerabilidad y dañosidad social de las conductas que atentan contra la seguridad y salud en el trabajo contemplando como bien jurídico de este delito la seguridad de los trabajadores (Ribeiro de Albuquerque, 2007, pp. 15-16).

3.2. En América Latina

A diferencia del desarrollo que han tenido las legislaciones de los países europeos, impulsados básicamente por la legislación comunitaria, en el continente americano no se observa el mismo avance. Son reducidos en número los Estados que han contemplado una regulación penal autónoma para los atentados contra las condiciones de seguridad e higiene de los trabajadores, ello a pesar de la existencia de normas, dictadas en el marco de los distintos procesos de integración regional, que imponen la obligación de adoptar medidas de prevención y sanción en materia de seguridad y salud.

Por ejemplo, al interior de la Comunidad Andina de Naciones –organismo que integran Perú, Ecuador, Colombia y Bolivia –se dictó la Decisión N° 584 –Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo. Esta norma, que forma parte del llamado ordenamiento jurídico andino y por tanto vinculante para los países que lo integran, recoge en gran medida las previsiones y principios de la normativa de la OIT, consagrando el deber del empresario de prevención, reducción y eliminación de riesgos para los trabajadores desde el inicio de la actividad empresarial; el derecho del empleado de desarrollar sus funciones en un ambiente que garantice su seguridad y salud; y el consiguiente deber de colaborar en el cumplimiento de las medidas de seguridad.

Lo interesante e importante de este instrumento, a efectos del tema que se viene abordando, es la incorporación de un capítulo dedicado a las sanciones que los Estados deberían adoptar en sus ordenamientos internos, consagrando, en el artículo 31, la obligación para estos de adoptar mecanismos de sanción para quienes infrinjan, ya sea por acción y omisión, las medidas de prevención de riesgos contenidas en este u otros instrumentos, siendo potestad de cada país determinar “la naturaleza de las sanciones aplicables para cada infracción”.

Sin perjuicio de justificar más adelante por qué la intervención penal se erige como una medida importante y sobre todo necesaria en esta materia, ningún país, a excepción de Perú, ha optado por sancionar penalmente de manera autónoma las conductas que atenten contra la seguridad y salud en el trabajo. Los operadores jurídicos en estos países han reconducido estas conductas a los atentados a bienes jurídicos clásicos como la vida o la salud.

Así, en Colombia la práctica judicial ha venido sancionando los atentados contra la seguridad y salud de los trabajadores como vulneraciones a los bienes jurídicos tutelados por los delitos de homicidio y/o lesiones. En un caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia, ésta revocó la decisión de condenar a un oficial del Ejército colombiano por haber dispuesto el traslado de un contingente en un camión porta tropa, desatendiendo una norma interna que prohibía el uso de vehículos para dichos desplazamientos. La decisión de la Corte se fundamentó en el ámbito de protección de la norma omitida, de carácter operativo y cuya finalidad era evitar emboscadas, razón por la cual las muertes y lesiones imputadas al acusado no podrían atribuirse a la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado para la seguridad de los hombres a su cargo. Para la Corte, la conclusión sería diferente si se hubiera imputado la utilización de un vehículo no apto para el transporte de tropas conducido por personal

inidóneo, en cuyo caso existiría un delito de homicidio imprudente (*Casación 33.986, 2012*).

Fuera de este espacio de integración se pueden encontrar Estados que sí han contemplado una tipificación penal en materia de seguridad y salud, aunque se encuentran recogidas en normas fuera del ordenamiento penal. Por ejemplo, en Brasil la ley sobre planes de beneficios de la seguridad social en su artículo 19.2 prevé como contravención penal punible con multa el incumplimiento de normas de seguridad e higiene en el trabajo. En este caso, se sanciona el mero incumplimiento de la normativa extrapenal, sin exigir si quiera un cierto grado de peligro, aunque su ubicación como contravención podría indicar que para el legislador brasileño el grado de lesividad de esta conducta no amerita el recurrir a sanciones más graves.

Por su parte, en Venezuela el artículo 131 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo sanciona penalmente la muerte o lesión del trabajador producto de “violaciones graves o muy graves de la normativa legal en materia de seguridad y salud en el trabajo”, con lo que se sanciona de manera autónoma no la infracción de la normativa laboral sino el resultado derivado de dicha transgresión.

Finalmente, la Ley sobre Responsabilidad Penal del Empleador en Uruguay prohíbe la puesta en peligro grave y cierto de ciertos bienes jurídicos, peligro que debe ser producto de la no adopción de las medidas dispuestas por la normativa extrapenal. La ley N° 19196 prescribe 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, la salud o la integridad física del trabajador serán castigados con tres a veinticuatro meses de prisión.

4. El delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en Perú

El delito contra la seguridad y salud de los trabajadores en el ordenamiento peruano tiene, a pesar del desarrollo histórico y doctrinario que se ha mostrado, una vida relativamente corta. Este fue introducido en el Código Penal de 1991 por la ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, lo que significó la primera vez que el legislador peruano optaba por proteger penalmente de manera autónoma el derecho a un ambiente de trabajo seguro y sano.

Este aparente atraso en la reacción estatal frente a los riesgos laborales no podría entenderse si no se hace referencia al especial contexto histórico del Perú y a los antecedentes legislativos que, sin llegar al nivel de protección que en la actualidad se provee, suponen las primeras aproximaciones al problema de la siniestralidad laboral desde el Estado.

4.1. Desarrollo industrial y protección obrera desde finales del siglo XIX

La industria moderna en el Perú apareció a finales del siglo XIX, dado que los sectores productivos principales –la industria textil, la minería y la agricultura –se vieron paralizados producto de la Guerra del Pacífico y sus efectos en la infraestructura y economía del país (Mariátegui, 2007, p. 24). Así, la industrialización de la agricultura inició en 1895, con la concentración de la propiedad en grandes administraciones y el remplazo del arado por maquinaria a vapor y ferrocarriles (Basadre Grohmann, 1983a, p. 460). El resurgimiento de la minería, presente desde el Virreinato y probablemente la de mayor presencia y desarrollo, se dio alrededor de 1897 con los descubrimientos de grandes yacimientos en Cerro de Pasco y la utilización de energía hidráulica

(Basadre Grohmann, 1983a, pp. 461-462). Por su parte, la industria textil se vio enriquecida con la fundación de numerosas fábricas de tejidos en 1897.

Este progreso económico motivó que en 1896 se fundaran las tres principales asociaciones patronales: la Sociedad Nacional de Agricultura, la Sociedad Nacional de Minería y la Sociedad Nacional de Industrias –sector que fue impulsado por la aparición, desde 1896, de diversas fábricas, principalmente de leche, harina, sombreros y calzado.

Con este crecimiento económico, el Perú no solo entraba a una nueva etapa de desarrollo, sino a una etapa de conflictos entre capital y trabajo que ameritaban la intervención estatal (Drinot, 2016, p. 33). En efecto, en 1896 las huelgas en una fábrica de tejidos de Vitarte, de los tipógrafos y de los panaderos evidenciaban la organización de los obreros para reclamar por la excesiva jornada laboral –de 16 horas –y el reducido jornal. Así, de acuerdo con el historiador peruano Jorge Basadre “la condición de los empleados y obreros en la industria era en aquella época, por la falta de leyes sociales, de desamparo” (Basadre Grohmann, 1983b, p. 204).

No se puede negar que existía desde finales del siglo XIX, una corriente de pensamiento que buscaba atender la cuestión obrera, identificando las condiciones en las que trabajaban como el principal detonante para la movilizaciones (Drinot, 2016, p. 35). Sin embargo, hasta finales de ese siglo, la corriente dominante defendía que era el sector privado el llamado a afrontar el problema obrero (Drinot, 2016, p. 36). Así, en 1908 se daba cuenta de patronos que habían otorgado ciertos “beneficios” a los trabajadores, como las indemnizaciones por accidentes otorgadas por *El Comercio* (Basadre Grohmann, 1983b, p. 204). Por otra parte, en 1916 al defender la necesidad de una regulación de la higiene y seguridad en el trabajo, se mostraba cómo algunas industrias de importancia tenían organizados servicios de salud, aunque sujetos a un

pago por parte de los trabajadores, principalmente mineros (Ulloa y Sotomayor, 1916, p. 96).

4.1.1. La protección del Estado de las condiciones de trabajo a inicios del siglo XX

No obstante esta situación, un importante grupo de pensadores inició, desde 1900, una defensa del rol del Estado frente a la cuestión obrera, debiendo “asumir la responsabilidad por el orden social, la salud pública y la educación” (Drinot, 2016, p. 36). En ese año, Luis Miró Quesada defendía la necesidad de dotar al Perú de una ley que adoptase como principio el riesgo profesional (Basadre Grohmann, 1983b, p. 192). Con ello, la intervención del Estado lograría un justo equilibrio entre capital y trabajo, logrando desaparecer las consecuencias del desequilibrio social (Angulo Puente Arnao, 1917, p. 9).

Sin embargo, de manera similar a lo ocurrido en el Reino Unido, el interés en proteger al trabajador traía aparejado el interés por proteger el desarrollo económico. Así, la protección al obrero significaba también la protección de los intereses materiales de la empresa (Ulloa y Sotomayor, 1916, p. 95), asegurando la paz industrial y por consiguiente la producción (Drinot, 2016, p. 36). Además, existía una conciencia en las clases privilegiadas que reaccionar ante esta problemática era lo que el país necesitaba para alcanzar un desarrollo cultural equiparable a Europa, adoptando para ello no solo una legislación laboral avanzada, sino también incrementando la intervención del Estado en lo penal, lo que reflejaría el progreso científico y social (Drinot, 2016, p. 41).

En ese contexto, los primeros proyectos de ley de reglamentación del trabajo comenzaron a gestarse desde la legislatura de 1901. Posteriormente, en 1903, se nombró una comisión –por iniciativa del Ministerio de Fomento –encargada de formular

un proyecto de ley de accidentes de trabajo. En 1904 se encargó al catedrático de la Universidad de San Marcos José Matías Manzanilla la preparación de una serie de proyectos de ley, entre los que se encontraban el de higiene y seguridad de los trabajadores, el de trabajo de los niños y mujeres, y un proyecto de ley sobre indemnización por accidente de trabajo. Ese mismo año estalló en el Callao una huelga de jornaleros en la que exigían, entre otras condiciones de trabajo, la obligación para la empresa de abonar una indemnización cuando “el trabajador se malograra en el uso de sus funciones” (Basadre Grohmann, 1983b, p. 195).

4.1.2. La ley sobre accidentes de trabajo

De los proyectos preparados por Manzanilla, el de accidentes de trabajo fue el primero en ser debatido, en 1905. Sin embargo, la doctrina del riesgo profesional que éste recogía encontró una fuerte resistencia en el Poder Legislativo. Así, la oposición a este proyecto se centraba en “la posibilidad de que las nuevas leyes comprometiesen las reservas industriales del país y destruyeran las fuentes de producción y del trabajo” (Basadre Grohmann, 1983b, p. 366), además de sostener que era innecesario que el Perú se adelantara en la región a regular este tema.

Ante este escenario, el Ministerio de Fomento, por iniciativa del presidente José Pardo, presentó en 1908 un nuevo proyecto de ley, de tendencia moderada, y que recogía alguna de las observaciones hechas por los diputados. Éste, luego de la defensa de Manzanilla de la necesidad de adoptar el riesgo profesional y la situación de desamparo que vivían los trabajadores frente a los accidentes de trabajo desde 1905, fue finalmente aprobado por la Cámara de Diputados. El proyecto fue derivado entonces al Senado, que lo discutió y aprobó en 1910, suprimiendo la exclusión de los accidentes ocasionados intencionalmente por el trabajador.

Finalmente, la modificación del Senado retornó a la Cámara de Diputados, la que decidió aprobar la norma, promulgándose el 20 de enero de 1911. La ley N° 1378 establecía la responsabilidad del empresario sobre los accidentes que afectaran a obreros y empleados y que ocurrieran en el desempeño de su labor o con ocasión directa de esta. Sin embargo, su eficacia fue tempranamente puesta en duda, cuestionando que se haya excluido de su aplicación aquellas industrias en las que no existieran maquinarias movidas por fuerza distinta a la del hombre, lo que en la práctica dejaba al margen una gran cantidad de empresas en las que “a diario suceden accidentes y los obreros que las sufren quedan en el mayor abandono” (Echegaray, 1925, p. 78). En suma, esta ley –como un primer intento de regulación - “tenía muchos defectos, por lo que fue fácilmente rechazada por los empleadores y duramente criticada por los trabajadores” (Drinot, 2016, p. 47).

Como puede apreciarse, el interés del Estado se centró en el conflicto entre maquinaria y obrero y la afectación de la esfera patrimonial de este último, procurando medios para repararla. Sin embargo, no se atendió a las verdaderas causas de la siniestralidad laboral, evidenciando la necesidad de mecanismos preventivos antes que reparatorios. Muestra de ello es que, en 1916, Ulloa y Sotomayor defendía la conveniencia de una ley de seguridad e higiene que compilara una serie de medidas dispersas –como los decretos sobre explotación minera –y que incorporara medidas comunes a todas a las industrias: ventilación, luz, agua y desagüe, además de sanciones por el uso de máquinas y herramientas en mal estado y el empleo de personas no capacitadas.

La ley de accidentes de trabajo, más allá de la referida ineficacia, sirvió para evidenciar “una nueva comprensión del rol que el Estado debía desempeñar en la conformación de la sociedad” (Drinot, 2016, p. 50). Así, mediante Decreto Supremo del 4 de julio de 1913 se reglamentó la mencionada ley, obligando a la adopción de una

serie de medidas o aparatos de protección en el trabajo, entre ellos una serie de mecanismos preventivos para los principales sectores: fábricas, canteras, construcciones, campamentos mineros y plantas de energía. Evidentemente, este decreto significó un notable avance para edificar el rol del Estado frente a los riesgos laborales, manteniendo la reparación del daño, pero incorporando también importantes directrices que permitirían no solo determinar con mayor certeza la responsabilidad del empresario, sino principalmente reducir los riesgos existentes.

4.1.3. La ley sobre trabajo de niños y mujeres

De manera similar a lo ocurrido en Reino Unido, junto con la protección frente a los accidentes en el trabajo, la tutela de los niños y mujeres que laboraban era una preocupación central para el Estado, aunque esta última recién se abordó en 1918. La ley N° 2851 buscó responder a la tendencia del empresario a la disminución de costos a fin de tener industrias más competitivas, incrementando el empleo de trabajadores infantiles o mujeres (Echegaray, 1925, p. 146). Frente al objetivo reparador de la ley N° 1478, esta norma buscaba garantizar “el bienestar y el mejoramiento social y moral de los trabajadores” (Drinot, 2016, p. 48), atendiendo a las grandes repercusiones que para la sociedad tenía el abuso del trabajo infantil, sobre todo en la educación y en la movilización de trabajadores desplazados por el menor costo de emplear niños y mujeres (Echegaray, 1925, pp. 146-147).

La ley comprendía todas las labores que se realizaran por cuenta ajena, aunque se mantuvo la exclusión de las labores agrícolas que no emplearan motores inanimados (Basadre Grohmann, 1983c, p. 194). La protección que se otorgó se focalizó en la prohibición del trabajo de los menores de 14 años, la reducción de la jornada de trabajo, la prohibición de ciertos trabajos peligrosos como los subterráneos en minas y canteras, y la prohibición de emplear menores de 16 años en trabajos de agilidad, equilibrio, fuerza o dislocación en espectáculos públicos. El incumplimiento de esta

última prohibición por los directores de compañías, padres y guardadores que ofrecieran a los menores era sancionada con arresto mayor de tres a seis meses.

La relevancia de esta norma radica en que muestra el paternalismo asumido por el Estado, el que asumía el deber de supervisar la seguridad de aquellos trabajadores más vulnerables (Drinot, 2016, p. 49), recurriendo a la sanción penal para reprimir aquellos comportamientos en los que se podría afectar en mayor medida la integridad de los menores de 16 años, aunque ciertamente con un fuerte componente moral –la prohibición solo abarcaba a los espectáculos públicos.

4.1.4. La protección de la siniestralidad en la minería

Como se señaló, la presencia de la minería en el Perú data de la época virreinal. Las características de esta industria obligaban al uso de maquinaria y herramientas que representaban cierto peligro para los obreros; la minería se convirtió en la industria que requería mayores garantías para proteger la salud y vida de los obreros (Ulloa y Sotomayor, 1916, p. 95). Por estas razones, las normas sectoriales tempranamente se avocaron a la regulación de la seguridad en los campamentos mineros, incluso con anterioridad a la ley de accidentes de trabajo.

En primer lugar, mediante Decreto Supremo del 21 de agosto de 1908 se estableció la obligación de reportar al Ministerio de Fomento los accidentes de trabajo acaecidos y las medidas que se hubieran adoptado para prevenirlos y remediar los daños ocasionados. Posteriormente, mediante nuevo decreto del 2 de julio de 1910, se dispuso que los servicios hospitalarios que muchas empresas mineras habían implementado de manera autónoma debían ser dirigidos por “reconocidos médicos en el país” y supervisados por la autoridad estatal. Finalmente, una Resolución Suprema del 26 de agosto de 1910 dispuso una serie de previsiones para evitar accidentes en las minas de carbón de la localidad de Goyllarisquizpa, en donde ese mismo mes

habían muerto 67 mineros. Entre las medidas decretadas, se dispuso la limpieza de las galerías y se reguló el procedimiento para los tiros de dinamita, los mismos que debían ser realizados por personal competente.

En suma, el Estado en las dos primeras décadas del siglo XX buscó abordar la problemática de las condiciones de trabajo de la naciente clase obrera, empezando con aquellas que incidían de manera directa en la vida e integridad de los mismos. Prueba de ello es que todas estas normas fueron dadas incluso antes que los trabajadores conquistaran uno de los grandes derechos laborales del siglo XX, la jornada laboral de ocho horas. Ello muestra la importancia de un derecho que ya hacia finales de 1920 venía siendo largamente discutido a nivel internacional como esencial para el desarrollo de la sociedad.

4.2. Antecedentes en la legislación penal: el Código de 1924

Los logros que a nivel internacional obtenían las asociaciones de trabajadores en aras de una mayor y eficaz intervención del Estado en los conflictos con el capital, expresados principalmente en los primeros acuerdos de la Conferencia Internacional del Trabajo, inspiraron el nuevo rol que el Estado peruano asumiría respecto a la esfera laboral (Drinot, 2016, p. 86). La Constitución de 1920 incluyó un título dedicado a las garantías sociales, dentro del cual el artículo 47 establecía, además de la obligación de la indemnización frente a accidentes de trabajo, la obligación del Estado de legislar en materia de seguridad de trabajo industrial y las garantías necesarias para proteger la vida, la salud y la higiene.

En ese contexto de protección constitucional, el Código Penal de 1924 contenía el primer intento desde la legislación penal por proteger, en este caso, la salud de cierto tipo de dependientes: los menores de edad. Así, el artículo 185 sancionaba a todo aquel que “por espíritu de lucro o egoísmo o por inhumanidad fatigare físicamente o

intelectualmente a un menor de edad que le estuviera subordinado (...)", exigiéndose que se afecte o se comprometa gravemente la salud del menor. El tipo además preveía dos agravantes, ya sea que se hubiera causado un daño grave y permanente a la vida o que se haya causado la muerte.

El tipo penal protegía la salud física y mental de los menores de 18 años, quienes contaban con ciertas normas que protegían su salud como la jornada máxima de 33 horas semanales (Roy Freyre, 1986, p. 418). El legislador de 1924 buscó sancionar el abuso de la autoridad para dirigir el trabajo que tenía el patrono, empleador, empresario o maestro sobre el menor, abuso que se expresaba tanto en la fatiga física como en la intelectual. En el primer caso, no solo se consideraba el trabajo más allá de la jornada permitida, sino que todo esfuerzo físico que no fuera acorde con la edad del menor (Peña Cabrera, 1983, p. 250).

A la luz del precepto constitucional, la norma penal parecería incompleta y hasta cierto punto anacrónica –la protección de los menores en el Reino Unido tenía ya más de 100 años de vigencia –sin embargo, la ley que regulaba el trabajo de niños y mujeres había sido promulgada en 1918, lo que evidencia la importancia para el Estado de prevenir, recurriendo incluso al Derecho Penal, la afectación de un bien jurídico trascendental para los trabajadores menores de edad.

4.3. La regulación del Código de 1991 y los intentos de reforma

El Código Penal de 1991 introdujo como novedad el capítulo dedicado a los delitos contra la libertad de trabajo. Señala el legislador en la Exposición de Motivos que estos tipos penales "constituyen la materialización de la protección constitucional de los derechos laborales en el Código Penal", aunque teniendo en cuenta el marco constitucional del texto de 1979, que sí consagraba expresamente una serie de derechos fundamentales. Así, el artículo 47 de la Constitución establecía que

corresponde al Estado dictar medidas sobre higiene y seguridad en el trabajo que permitan prevenir los riesgos profesionales, y asegurar la salud y la integridad física y mental de los trabajadores.

No obstante ello, dentro de este capítulo del Código Penal se incluyó un único artículo, el 168, que en su inciso 3 sancionaba al que, mediante violencia o amenaza, obligase a otro a “trabajar sin las condiciones de seguridad e higiene industriales determinadas por la autoridad”. Sin embargo, desde el punto de vista del bien jurídico, se trataba de un delito que “protegía un aspecto de la libertad laboral, consistente en la libertad personal para trabajar en condiciones precarias de seguridad e higiene” (Montoya Vivanco, 2013, p. 92). Con ello, la atención que el Estado debía brindar en el marco de la política de prevención y disminución de riesgos no se relacionaba con el tipo penal del artículo 168.3, puesto que en éste se prestaba atención a la reducción de los espacios de libertad del trabajador para que éste desempeñara una labor, mediante vías –violencia y amenaza –que no responden al objeto principal de protección de las condiciones de seguridad y salud o higiene en el trabajo.

Teniendo en cuenta este panorama, se dieron una serie de intentos de reforma que buscaban sancionar las conductas que atentaran contra la seguridad en el trabajo. Así, a continuación se mostrará el camino legislativo que tuvo que transitarse hasta llegar a la actual redacción del delito contra la seguridad y salud de los trabajadores, contenido en el artículo 168-A CP.

4.3.1. Proyecto de Ley N° 4001/2009-PE

Durante el segundo gobierno del ex presidente Alan García el Ejecutivo presentó un proyecto de ley que pretendía modificar determinados artículos de la Ley General de Inspección del Trabajo y del Código Penal.

Así, en lo que respecta a la ley penal, el mencionado proyecto modificaba el artículo 168, derogando el inciso 3 hasta ese momento vigente, e incorporando el artículo 168-A, cuyo texto era el siguiente:

El que infringiendo las normas de Seguridad y Salud en el Trabajo, y encontrándose 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 ni mayor de cinco años.

Si como consecuencia de la inobservancia de las normas de Seguridad y Salud en el Trabajo, se produce un accidente de trabajo con consecuencias de muerte o de lesiones graves para los trabajadores o terceras personas, la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de diez años.

La propuesta de redacción de este precepto merece especial atención puesto que se rescata el carácter preventivo de la regulación en materia de seguridad y salud. Además, se resalta la utilidad de las mismas, la cual es permitir el desarrollo de la actividad pactada en condiciones que no afecten otros intereses o derechos del trabajador.

No obstante este aspecto positivo, la propuesta analizada de manera integral permite concluir que se trataba de un proyecto que buscaba responder a un contexto concreto, el aumento de los accidentes de trabajo, a partir de concepciones erróneas. Las modificaciones a la Ley General de Inspecciones estaban orientadas a aumentar las sanciones administrativas y, con ello, la respuesta sancionatoria del Estado. Como señala la propia Exposición de Motivos del proyecto de ley para justificar la incorporación del artículo 168º-A,

el propósito de esta iniciativa es establecer sanciones más enérgicas para los empleadores que pongan en peligro la vida, salud o integridad física de sus trabajadores, por incumplimiento de las medidas preventivas en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo. De este modo, se contribuirá a reducir el elevado índice de muerte y accidentes graves que ocurren en sectores como el de la construcción civil.

Esta visión puede ser aplicada al íntegro de la propuesta legislativa. Se pretendía utilizar el poder sancionador del Estado para responder a la situación imperante en ese momento y, de alguna manera –equivocada –utilizarlo para que la sola amenaza de una mayor sanción, ya sea administrativa o penal, sirviera para reducir el número de accidentes de trabajo. Más allá de lo cuestionable de este tipo de medidas, que pretenden la utilización del Derecho Sancionador y de la pena en especial como medio de amenaza o intimidación desconociendo su efecto nocivo propio de un Derecho Penal del Antiguo Régimen (Prieto Sanchís, 2007, pp. 44-45), lo rescatable del texto de la ley pierde sentido pues la propuesta no buscaba implantar una política de prevención ni ponía atención en este aspecto central. Es decir, se ponía atención a las consecuencias pero no a la causa central de la afectación a la salud o a la vida de los trabajadores.

4.3.2. Proyecto de Ley N° 4034/2009-CR

Basados en el mismo contexto, el Grupo Parlamentario Nacionalista presentó el proyecto de “Ley de Fortalecimiento de la Potestad Sancionadora del Estado en Materia de Salud y Seguridad Ocupacional”. La denominación de la norma propuesta permitía ya anticipar que la misma tenía como presupuesto la utilización de la sanción como medio disuasivo, de manera contraria a las obligaciones internacionales del Estado peruano. La Exposición de Motivos de este proyecto señalaba que una de las

causas de los accidentes de trabajo reportados era “la casi inexistente capacidad sancionadora y punitiva en materia administrativa y penal”.

En efecto, la propuesta pretendía modificar la Ley General de Inspección para que se consideraran las infracciones en materia de seguridad y salud como faltas graves y muy graves en caso de reiteración. Además, se buscaba abrir la posibilidad para que el Ministerio de Trabajo y los Gobiernos Regionales pudieran desarrollar un sistema de ejecución de coactiva, con miras a incrementar la efectividad de las sanciones impuestas.

Así mismo, en materia penal se pretendía modificar el Código Penal, esta vez en un sentido distinto al propuesto por el Ejecutivo. Así, el proyecto de ley proponía que se sancionara como homicidio culposo y lesiones culposas, respectivamente, cuando éstos fueran resultado de “la inobservancia de las normas sobre la salud y seguridad ocupacional de profesión, de ocupación o industria”. Además, se buscaba sancionar la exposición del trabajador a peligros para su vida o salud, ya sea mediante un trabajo excesivo, inadecuado o inseguro.

Las medidas propuestas en este proyecto pretendían “proteger la salud y seguridad de los trabajadores peruanos”, primero a través de un tipo penal que sancionaba la sola puesta en peligro del trabajador y, segundo, sancionando los eventuales resultados de dicha puesta en peligro. Sin embargo, el primer error que se advierte es la escasa valoración de los supuestos en los que se afecta la vida y la salud, pues ambos, para el legislador, merecían el mismo desvalor, siendo sancionados con la misma pena.

Un punto adicional que merece atención es la modificación del homicidio culposo y las lesiones culposas. Se advierte de ésta que la apuesta del legislador era tutelar el bien jurídico vida e integridad física, respectivamente, agravando la pena respecto al tipo

base teniendo en cuenta la relación de dependencia del sujeto obligado con el trabajador. Esta propuesta fue rechazada por la Comisión de Trabajo del Congreso en el dictamen conjunto recaído sobre este proyecto y el presentado por el Ejecutivo, al señalar que

la normativa penal tiene ya una penalidad prevista para el caso en que se produzcan la muerte o lesión de una persona por una conducta negligente, como son el homicidio y lesiones culposas, normas que actualmente son utilizadas por el sistema judicial para tratar estos casos.

Ahora bien, en ambos casos se optó por reconducir dichas conductas al tipo culposo. La justificación de esta opción legislativa se puede encontrar en la propia fundamentación del proyecto, ya que se consideraba como causa de la siniestralidad la “imprudencia y negligencia de los empleadores en el cumplimiento de las normas nacionales sobre salud y seguridad ocupacional”. Sin entrar a la discusión sobre el concepto de dolo y culpa, resulta cuestionable desde el significado común del término negligencia, que indica descuido, que todos los accidentes de trabajo puedan merecer esta calificación cuando los empleadores, obligados a conocer desde el inicio de la actividad empresarial, los riesgos que la misma entraña y por tanto los mecanismos para reducirlos, deciden de manera completamente libre no llevar a cabo las medidas necesarias para dotar a sus trabajadores de un ambiente lo más seguro posible.

4.3.3. Ley N° 29783

La Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo fue producto de la iniciativa presentada en el año 2010 por el grupo parlamentario nacionalista. Ésta, a diferencia de los proyectos de ley que la antecedieron, proponía “un marco de protección normativo con carácter de Ley, en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo”. El objetivo central de la iniciativa legislativa era dotar al Estado de una ley marco –hasta ese momento

inexistente –en consonancia con los derechos reconocidos a nivel internacional y en la Constitución, aunque es este último caso no existiera disposición expresa.

El proyecto, finalmente aprobado en el año 2011 por el Pleno del Congreso de la República, contemplaba en su cuarta disposición complementaria la modificación del artículo 168 del Código Penal, derogando el numeral 3 del mismo e incorporando el artículo 168-A, cuyo texto era el siguiente:

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.

La exposición de motivos de la norma no justificó la inclusión de dicho precepto. Sin embargo, es posible deducir que la incorporación de este artículo, de manera adicional a la ley de seguridad y salud, pretendía servir de complemento al objetivo de la ley: “promover una cultura de prevención de riesgos laborales en el país”. No era una medida aislada, sino que se insertaba dentro de la intención del Estado de proveer a los trabajadores de “normas mínimas para la prevención de los riesgos laborales”. Por lo tanto, el bien jurídico protegido en el delito que esta norma incorporaba no podía dissociarse de los principios de prevención y reducción de riesgos que esta consagraba.

4.3.4. Ley N° 30222

En el año 2014 se presentó un nuevo proyecto de ley, esta vez por el grupo parlamentario Fuerza Popular, con el objetivo de modificar la ley de seguridad y salud aprobada tres años antes. La iniciativa buscaba una “correcta aplicación” de la norma, modificando aspectos relacionados con la participación de empleadores y trabajadores, sistemas de registro, auditorias y exámenes médicos.

Dentro de este mismo proyecto se incluyó, además, la derogación del recién creado delito contra las condiciones de seguridad e higiene, introduciendo un nuevo artículo 111-A. La justificación de esta medida no se relacionaba con las modificaciones a ley de seguridad en el trabajo, dado que se argumentaba la violación del principio de proporcionalidad de la pena a partir de la comparación del tipo base del artículo 168-A con los delitos de peligro común: conducción en estado de ebriedad y exposición al peligro.

La iniciativa en este punto merece dos críticas. La primera de ellas es que se pretendía justificar la derogación del tipo penal en aras de proteger el principio de proporcionalidad sin tomar en cuenta que el mismo implica un juicio de idoneidad con respecto al bien jurídico que se pretende tutelar (Canció Meliá, 2011, p. 98) o los espacios de libertad que se pretenden restablecer como justificación de la intervención penal (Meini Méndez, 2014b, p. 26). En ese sentido, concluir que la pena prevista por el artículo 168-A era desproporcionada en relación a los delitos de peligro de común como la conducción en estado de ebriedad suponía desconocer la autonomía del bien jurídico que se tutela mediante este delito.

En segundo lugar, y aun en el supuesto que se estuviera ante el mismo bien jurídico, el análisis realizado en la iniciativa legislativa no consideraba que el desvalor en el atentado contra las condiciones de seguridad y, por ejemplo, la exposición al peligro de persona dependiente, no es el mismo, análisis en el que inciden los derechos fundamentales en juego en el primero.

Respecto a la incorporación del artículo 111-A, el proyecto de ley proponía sancionar solo la muerte o lesiones graves producto de un accidente de trabajo cuya causa haya sido la inobservancia de las normas de seguridad y salud. Es decir, el enfoque nuevamente se orientaba a sancionar la consecuencia y no la causa, desligando la reacción penal del marco que lo justificaba: una política de prevención concretada en la ley de seguridad en el trabajo.

Asimismo, se incorporaba en este artículo un segundo párrafo mediante el cual se excluía la responsabilidad penal del empleador cuando la inobservancia de las normas de seguridad era atribuible al trabajador.

Esta iniciativa, a pesar de la oposición de las representaciones de los trabajadores, fue estimada parcialmente por la Comisión de Trabajo del Congreso. En su dictamen, el grupo de trabajo recomendó la aprobación del proyecto de ley no sin antes incorporar dos modificaciones al propuesto artículo 111-A. Así, se incorporó un primer párrafo en el que se sancionaba la puesta en peligro de la vida o salud de los trabajadores por infracción de las normas de la materia, añadiendo que debía existir una notificación previa por parte de la Autoridad Administrativa. El segundo párrafo del texto aprobado por la Comisión sancionaba el resultado de muerte o lesiones grave. El tercer párrafo mantenía la exclusión de responsabilidad del empleador por el accionar del trabajador.

Además de reiterar la crítica que se ha realizado a incorporar estas conductas en los delitos contra la vida y/o la salud, y que será ampliada en el siguiente acápite, cabe tener en cuenta que el legislador incurría en el error de incorporar bajo el delito de homicidio culposo también la puesta en peligro o la afectación real a la integridad del trabajador, ubicando sistemáticamente bajo un solo bien jurídico una conducta que puede lesionar dos bienes jurídicos independientes.

Luego del dictamen de la Comisión, el Ejecutivo presentó un proyecto de ley en el que se modificaba los artículos de la ley N° 29783 referentes al sistema de gestión de la seguridad y salud, a las facilidades de los supervisores y representantes y la obligación del empleador de practicar exámenes médicos. Adicionalmente a ello, se proponía la modificación del artículo 168°-A, especificando que el accionar del empleador debía ser deliberado y que este debía causar un peligro inminente a la vida, salud o integridad. Además, se contemplaban penas distintas para los supuestos de muerte del trabajador y lesión grave de este.

Este proyecto fue debatido directamente en la Comisión Permanente del Congreso. En la discusión se propuso modificar el texto del proyecto, incorporando la notificación previa de la autoridad competente, que ya había sido aprobada por la Comisión de Trabajo en el anterior proyecto. Esta modificación fue propuesta bajo el argumento que el delito debía responder a un incumplimiento reiterado del empleador, pues de lo contrario existiría un presunto “riesgo de una sobrepenalización y cualquier incumplimiento simple de las normas de seguridad tendría penal de cárcel” (Diario de los Debates, 2014, pp. 90-91). Sin embargo, este argumento desconocía que el principio de proporcionalidad que también había sido invocado en la propuesta del Ejecutivo permite que solo se sancione cuando “el recurso a la sanción penal resulta imprescindible para asegurar el efecto social perseguido” (Canció Meliá, 2011, p. 98),

debiendo evaluarse en cada caso la magnitud del incumplimiento en referencia al bien jurídico.

Adicionalmente, como se ha señalado el Convenio N° 155 establece la obligación de un sistema de control bajo el manejo de un sistema de inspección. Ello tendría relevancia en la formulación del tipo penal del 168-A. Sin embargo, no implica ser aplicado de la forma en la que se pretendía y finalmente se logró. El sistema de inspección, llamado a ser el primer encargado de velar por su cumplimiento, debería poder verificar el mismo bajo parámetros técnicos –evidentemente necesarios, -pero de manera independiente a la imposición o no de una sanción penal, sirviendo de auxilio a los operadores jurídicos para el inicio de un proceso judicial, en el cual se podrá dilucidar si efectivamente se cumplen o no con los presupuestos del tipo.

Si bien señala Carson que la capacidad de motivación y por tanto el reproche podría ser mayor cuando ha intervenido la autoridad administrativa y se ha desatendido su llamado (1970, p. 395), nuevamente se hace necesario que el Estado adelante la barrera de prohibición por la importancia de los bienes y libertades en juego.

Finalmente, producto de la solicitud de los congresistas de acumular a este proyecto la iniciativa del grupo parlamentario, el presidente de la Comisión de Trabajo propuso un texto sustitutorio que incorporaba la modificación propuesta en el debate y el texto aprobado en la Comisión, incorporándose la exclusión de responsabilidad del empleador. Este texto fue el que finalmente se aprobó en Comisión Permanente y promulgó, dándole la redacción actual al artículo 168-A del Código Penal¹⁶.

¹⁶ “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.

5. Valoración personal

5.1. La necesidad político criminal de la intervención penal en la protección de la seguridad y salud en el trabajo

A lo largo del presente capítulo se ha mostrado el devenir histórico de la intervención estatal en aras de la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, desde sus inicios con obligaciones básicas pero de suma importancia como la limpieza periódica del centro de labores y sanciones de poca o nula eficacia, hasta la activación del sistema penal para proteger a los trabajadores de los riesgos laborales. Este análisis reviste una gran importancia porque las distintas formas de intervención estatal solo pueden entenderse a partir del sistema productivo imperante, por lo que

resulta [...] necesario investigar el origen y destino de los sistemas penales, el uso o elusión de castigos específicos y la intensidad de las prácticas penales en su determinación por fuerzas sociales, sobre todo en lo que respecta a la influencia económica y fiscal. (Rusche, Kirchheimer, & García Méndez, 2004, p. 3)

5.1.1.1. La consolidación como derecho fundamental como justificación para la intervención estatal

El desarrollo histórico mostrado precedentemente podría simplificarse en tres etapas. En una primera, que puede ubicarse entre 1802 y 1833, tanto las cargas que el Estado impuso a los maestros – empleadores como los deberes (y por ende la responsabilidad por el incumplimiento de estos) en seguridad y salud podrían catalogarse como la contracara de las facultades de disciplina que podía ejercer el maestro sobre los trabajadores. En esta primera fase se puede observar además una

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”.

inicial trasposición de la relación maestro-aprendiz propia del sistema de trabajo doméstico o pre industrial al nuevo de sistema de producción, lo que queda demostrado con el hecho que las primeras regulaciones en materia de seguridad y salud se enmarcaban o reducían a esta relación.

No pueden negarse las consideraciones de índole social o humanitarias que motivaron a hombres como Peel a trabajar por las primeras legislaciones obreras. No obstante ello, la corriente de pensamiento dominante en este momento sostenía la necesidad de adoptar estas normas "sobre todo, por el convencimiento de que toda máquina, incluso la humana, da mayores rendimientos cuando se le utiliza racionalmente" (González Muñiz, 1975, pp. 270-271). Así, a pesar de los postulados del liberalismo ya imperante en esta época,

es característico que la opinión pública contemporánea no viese la incompatibilidad entre el principio de igualdad ante la ley y los deliberadamente discriminatorios códigos laborales que, como en el inglés de amo y criado de 1823, castigaba con prisión a los obreros que infringieran el contrato y a los patronos con modestas multas, si acaso. (Hobsbawn, 1997, p. 203)

Posteriormente, en una segunda etapa -desde 1833 hasta finales del siglo XIX -las regulaciones abandonan el espacio de la relación maestro-sirviente, pasando a formar parte de la regulación propia de las fábricas, con una atención cada vez mayor al deterioro de las condiciones de trabajo, al aspecto social considerado en sí mismo. Sin embargo, como ha podido observarse, la atención del Estado no recaía completamente en el verdadero lado desprotegido de la relación laboral o prestación de servicios. Y es que a medida que las transformaciones sociales, económicas y tecnologías se iban asentado, las condiciones de trabajo del proletariado empeoraban, pero a la vez la importancia del sector industrial, primordialmente textil, incrementaba.

Por lo tanto, las consideraciones iniciales de no afectar el funcionamiento de la fábrica se mantuvieron, porque paralizar la producción significaba paralizar el desarrollo económico del Estado y por ende su posicionamiento con respecto a otros países.

En suma, estas dos primeras fases de desarrollo se caracterizaron por un marcado instrumentalismo de la salud pública, en tanto

under this vision the prevention of infant mortality was not a right, but an economic imperative to prevent the loss of human capital; the prevention of disease by the provision of sanitation and water was not a right but a measure to ensure the supply of healthy workers¹⁷. (Tobin, 2012, p. 38)

Finalmente, se arriba a una tercera etapa, que se inicia con las primeras demandas de colectivos organizados –como la Asociación Internacional para la Protección de los Trabajadores de 1901 –y que se encuentra en pleno desarrollo. Ésta se caracteriza por el mayor desarrollo del movimiento sindical, con reclamaciones de una regulación específica y la exigencia del reconocimiento de las características específicas de las relaciones de trabajo, entre ellas la desigualdad material entre las partes. Con ello, el enfoque o el interés del legislador se centra más las condiciones de trabajo idóneas.

Este movimiento sindical y de reivindicación social avanza hasta la llamada constitucionalización del Derecho del Trabajo, que supone un reconocimiento al máximo nivel de las características de la relación de trabajo y de la influencia de los derechos fundamentales en la misma. Con ello, las relaciones de trabajo

¹⁷ Traducción libre: “bajo este punto de vista, la prevención de la mortalidad infantil no era un derecho, sino un imperativo económico para prevenir la pérdida de capital humano; la prevención de enfermedades a través de la provisión de condiciones de salubridad y agua no era un derecho sino la forma de asegurar el suministro de trabajadores sanos”.

quedan enmarcadas 'constitucionalmente', esto es, que solo puedan constituirse y, sobre todo, desenvolverse en el marco de los derechos laborales reconocidos como derechos fundamentales por aquella. (Blancas Bustamante, 2013, p. 76)

Se ha puesto de manifiesto, además, que este nuevo marco para la actividad estatal se ve influenciado por el desarrollo de la OIT. En los primeros años de funcionamiento, entre 1919 y 1921, se dieron 16 Convenios, de los cuales cerca de 10 regulan de manera directa (ej. el Convenio N° 12 sobre indemnización o el Convenio N° 13 sobre pintura) o indirecta (ej. el Convenio N° 1 sobre horas de trabajo en la industria, el Convenio N° 4 sobre trabajo nocturno o el Convenio N° 5 sobre edad mínima) condiciones de trabajo que se corresponden con aquellas situaciones denunciadas por la durante el siglo XIX y que incidían en la salud o bienestar general de los trabajadores.

En esa línea, la OIT en 1999 introdujo el concepto de trabajo decente, incorporando en éste el objetivo de lograr una mejor protección en el lugar de trabajo. De esta manera, la acción de dicho organismo –y por lo tanto de sus miembros –está orientada hacia la necesidad de

promover oportunidades para que los hombres y las mujeres puedan conseguir un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana. (Conferencia Internacional del Trabajo, 1999),

Así, en la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa se señala que el Programa de Trabajo Decente y, con éste, la acción de la OIT y de los Estados miembros, debe basarse en cuatro pilares, entre los que se encuentran las condiciones de trabajo seguras y saludables.

Este principio es de vital importancia para determinar cuál es el rol del Estado y de sus instituciones de cara al derecho de los trabajadores a contar con determinadas condiciones de seguridad. Lejos de ser un concepto vago o impreciso, supone reconocer expresamente la vigencia de la dignidad humana en el trabajo, y a su vez “la posibilidad de calificar jurídicamente al trabajo decente como trabajo digno, esto es, como trabajo prestado en condiciones compatibles con la dignidad del ser humano” (Ermida Uriarte, 2008, pp. 582-583).

No obstante ello, es posible afirmar que actualmente, dado el avance tecnológico y la globalización de los mercados, lograr una mayor y mejor producción a un menor costo es uno de los objetivos primordiales de las industrias. Por lo tanto, contar con las condiciones de seguridad idóneas para que los trabajadores puedan aportar a esa producción sigue siendo un imperativo del sistema económico.

Siendo ello así, cabe preguntarse por la razón que distingue las dos primeras etapas reseñadas de esta última. Y la respuesta yace en el modelo de Estado imperante, que no hace más que reflejar los valores de una sociedad democrática. Y es que, como ha señalado el Tribunal Constitucional,

el Estado Social y Democrático de Derecho, como alternativa política frente al Estado Liberal, si bien asume los fundamentos de éste, le imprime funciones de carácter social; su pretensión es que los principios que lo sustentan y justifican tengan una base y un contenido social. Ello porque en este modelo de Estado, los derechos del individuo no son excluyentes de los intereses de la sociedad, pues la realización de uno no puede ser sin el concurso del otro. Se trata, pues, de un tipo de Estado que procura la integración social y conciliar los legítimos intereses de la sociedad con los legítimos intereses de la persona, cuya defensa y el respeto de su dignidad constituyen el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución). (*Exp. N° 00048-2004-AI/TC*, 2005)

En esa línea, la economía social de mercado, propia del Estado social de Derecho, no puede avalar la mercantilización del trabajador y del trabajo, ni puede elevar a un valor supremo el progreso económico en desmedro de los derechos fundamentales, y con ello, en desmedro de la dignidad de los miembros de la sociedad. En ese sentido, a diferencia de los valores que motivaron la intervención estatal durante el siglo XIX,

si bien la Constitución de 1993 busca garantizar el máximo respeto al ejercicio de las libertades económicas de los particulares, tal objetivo no puede concebirse de manera absoluta y aislada de la necesidad de protección de otros bienes constitucionales igualmente valiosos basados en la dignidad humana. De ahí que el propio ejercicio de las llamadas libertades económicas *no se concibe como fin en sí mismo y ajeno al ideal del orden económico y social justo (...)*. (Exp. N° 00034-2004-AI/TC, 2005)

Esta última fase, hacia la cual debe orientarse el ordenamiento peruano, es la que permite abordar a plenitud la justificación de la intervención del Derecho Penal en la protección de la seguridad y salud de los trabajadores. Independientemente del bien jurídico que tutele el tipo penal del artículo 168°-A CP, ya sea la vida, salud e integridad de los trabajadores, o las condiciones de seguridad (o condiciones de trabajo digno), el desarrollo mostrado en este capítulo permite afirmar que ambos son derechos fundamentales que deben ser y son protegidos por los Estados. Su aparición en las primeras décadas del siglo XX –producto del desarrollo legislativo y el movimiento sindical durante el siglo XIX –no hacen más que comprobarlo, a lo que se le suma su reconocimiento expreso en instrumentos supranacionales de Derechos Humanos y de integración regional.

En consecuencia, si existe consenso en afirmar que proveer a los trabajadores condiciones de trabajo que les permitan desempeñarse en un ambiente seguro es un

derecho fundamental, y a su vez se puede afirmar que los bienes jurídicos relevantes para la protección penal deben desprenderse de la Constitución -pues el modelo constitucional expresa los valores e intereses primordiales para el desarrollo de los individuos –entonces, “la intervención punitiva sobre el individuo solo puede justificarse para evitar la afectación a los elementos esenciales a la vida en común” (Terradillos Basoco, 2003, p. 359). Siendo ello así, apelar al Derecho Penal para proteger esferas de libertad de tal importancia como lo son los Derechos Humanos se justifica constitucionalmente.

5.1.2. El principio de subsidiariedad como objeción a la intervención penal

Sin embargo, esta conclusión puede ser insuficiente si no se hace referencia a otras razones que justifican la intervención penal. En primer lugar, se ha mostrado los peligros a los que los trabajadores en el desempeño de sus actividades están expuestos. Desde el inicio de la modernización de las formas de producción la afectación a aspectos tangibles del trabajador ha estado presente. Según datos de la OIT, cada año ocurren cerca de 330 millones de accidentes de trabajo (Oficina Internacional del Trabajo, 2009, p. xi). En el Perú, en el año 2016 se notificaron 20 913 accidentes de trabajo (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2016c, cuadro n° 4) y 150 accidentes mortales (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2016c, cuadro n° 11). Este número, evidentemente, es mayor si se tiene en cuenta la siniestralidad en el sector informal, del cual no se cuenta con estadísticas oficiales. Por lo tanto, el emprender una actividad económica supone en sí mismo un riesgo para los trabajadores que debe ser reducido e incluso eliminado. Y para ello se dictan normas que deben ser complementadas, además, con un adecuado sistema de control y sanción.

Entonces, la necesidad de una adecuada fiscalización y eventual sanción es la segunda razón que justifica la intervención penal. Pero, a su vez, es uno de los

mayores reparos al empleo del Derecho Penal. Si el ordenamiento ya prevé un sistema de inspección laboral, con un régimen de sanciones específicas cuando se verifiquen infracciones en materia de seguridad y salud, ¿por qué debe intervenir el sistema penal? Para sostener esta objeción se ha invocado el principio de subsidiariedad, sosteniendo que “solo debe recurrirse al Derecho Penal cuando han fallado todos los demás controles sociales” (Villavicencio Terreros, 2006, p. 93) o, en otras palabras, negando la posibilidad de recurrir a la sanción penal cuando existan otros medios igualmente idóneos o suficientes.

No obstante, es posible contestar a este argumento señalando que comprobar si se cumple o no con el principio de proporcionalidad, tal y como está formulado, supondría o bien realizar un análisis hipotético o bien trabajar con datos reales. En el primer caso, habría que preguntarse cómo funcionaría, en este caso, el sistema de inspección o, mejor dicho, cómo se protegerían las condiciones de trabajo sin contar con el Derecho Penal. Y todo análisis hipotético no alcanzaría la certeza necesaria para justificar o no una decisión sobre la ley penal.

En el segundo caso, cabrían dos posibilidades. Por un lado, se podría derogar la protección penal, un riesgo que ningún Estado debería asumir. Por otro lado, podría utilizarse los datos estadísticos del sistema de inspección y del sistema penal, si hubiere, y comparar su efectividad. Sin embargo, aplicar este método implicaría utilizar datos en los que influyen inevitablemente factores estructurales que afectan a ambos sistemas de intervención estatal, como el propio funcionamiento de la inspección laboral o del sistema de justicia, lo que impediría tener conclusiones fiables. En suma, el concepto de subsidiariedad perdería su vigencia al ser imposible acreditarlo.

La justificación de la intervención penal debe entenderse desde la idea del merecimiento de pena por la infracción de una norma de cierta relevancia. El Estado

interviene, a través de la norma penal, sancionando la infracción de una norma de comportamiento porque precisamente aquello que se lesiona es de tal importancia que amerita la utilización de un mayor nivel de sanción. Más que subsidiariedad, lo que se exige para un Derecho justo es que cumpla con el principio de proporcionalidad, de manera tal que “la finalidad de protección de esta norma debe ser tan importante que exigir pena para su aseguramiento, al menos, sea legítimo” (Seher, 2012, p. 138).

Así, el recurso a la sanción penal –o a la imposición de una pena –tiene un fuerte contenido simbólico o comunicativo, en la medida que significa no solo el rechazo de determinadas conductas, sino la férrea defensa de determinados intereses valiosos, la reafirmación que para el ordenamiento jurídico un determinado bien tiene un valor tal que amerita el menoscabo de la libertad –un bien jurídico esencial para el responsable (Seher, 2012, p. 141). En suma, el valor del bien jurídico indicará si el Derecho Penal debe ser la primera barrera de protección antes que la última, si tiene tal importancia para desarrollo de la sociedad que sería imposible concebirlo desprovisto de la sanción penal.

La finalidad de protección está indudablemente ligada al bien jurídico que se tutela, cuya importancia ya ha sido puesta de manifiesto, y que no hace más que reivindicar el sentido de la pena, “un sentido que ninguna de las otras formas de sanción contiene: un acto de desaprobación pública” (Seher, 2012, p. 140). La protección de derechos fundamentales, cuya esencialidad para el propio ordenamiento jurídico queda de manifiesto en su consagración nacional y supranacional, justifica que no se recurra únicamente a la infracción extrapenal, donde no existe precisamente aquel grado de reproche a la conducta del autor, sino que se trata de un tipo de sanción que “no solo carece de la fuerza estigmatizadora de la que goza la pena, sino que además puede ser sencillamente internalizada en el [...] balance de gastos de la empresa” (Hortal Ibarra, 2004, p. 248). Este panorama justifica que el Estado recurra a “el grave

juicio de desvalor ético social que supone la penal criminal” (Jescheck & Weigend, 2014a, p. 88).

Finalmente, justificar la intervención penal en la protección de la seguridad y salud de los trabajadores implica justificar por qué es posible incorporar al Derecho Penal en la política nacional de prevención de riesgos laborales. Si bien es posible utilizar datos estadísticos para mostrar que la utilización de la sanción penal tiene escasos o nulos efectos sobre la disposición de las personas a cometer los hechos que precisamente se encuentran sancionados por la norma penal, la potencialidad de la pena como instrumento de prevención debe sostenerse de manera coherente a su efecto simbólico.

Así, si al sancionar una conducta como la que se viene analizando se busca proteger derechos o libertades esenciales para el desarrollo en sociedad de los trabajadores, se puede afirmar entonces que “la función de la pena consiste en reivindicar la distribución de libertades que expresa la norma penal” (Meini Méndez, 2014a, p. 156). En consecuencia, esta reivindicación supone poner de manifiesto el valor de las libertades o derechos vulnerados –razón por la que hay una desaprobación o reproche –y con ello, lograr el efecto de “impedir –indirectamente a través de estos aspectos – reiteraciones futuras del mismo autor o de terceros” (Seher, 2012, p. 143).

No obstante ello, es posible señalar que una norma penal como la del artículo 168º-A del Código Penal no se agota en penalizar al que pone en grave riesgo la vida o salud de un trabajador por incumplimiento de la normativa respectivo, sino que el mensaje que se transmite de cara al bien jurídico es más completo, aportándole al sujeto competente en seguridad y salud importantes herramientas para organizar su espacio de libertad –actividad empresarial –en beneficio de los trabajadores, como cuáles son los deberes en concreto que tiene, cuáles son los criterios que debe seguir para

delegar sus deberes, cuándo le es legítimo confiar en el actuar de un subordinado, entre otros aspectos que son aportados por la parte general del tipo penal y que serán desarrollados en los siguientes capítulos.

Por estas consideraciones se debe discrepar de aquellos planteamientos que sostienen la inconveniencia de la tutela de la seguridad en el trabajo en el ordenamiento jurídico peruano, alegando la existencia de otros medios de control social que no han sido suficientemente utilizados, además de la ineficacia del sistema penal para reaccionar frente a las conductas que considera de riesgo (Caro Coria, Reyna Alfaro, & Reátegui Sánchez, 2016, p. 40). Estas objeciones no solo se basan en una finalidad del Derecho Penal distinta a la que aquí se defiende –como *ultima ratio* y no *prima ratio* –sino que, materialmente, no se vinculan con los fines de la intervención penal sino con “la ausencia de voluntad política de perseguir realmente estas conductas” (Corcoy Bidasolo, 2004, p. 28) y con deficiencias en el funcionamiento del aparato estatal aplicables para todos los delitos y para todas las instancias de la Administración Pública. En efecto,

desde una perspectiva político-criminal, la ineficacia que se ha predicado respecto del delito contra la seguridad en el trabajo, cuestionando la necesidad de acudir a la intervención penal, se ha demostrado en los últimos años que era más un problema de práctica judicial que de imposibilidad o/y conveniencia de aplicar estos tipos [...]. (Corcoy Bidasolo, 2013, p. 270)

No obstante estas conclusiones, es posible recurrir a dos argumentos adicionales para sostener la necesidad político criminal de sancionar penalmente las conductas que atenten contra la seguridad en el trabajo. En primer lugar, no se está frente a un Derecho Penal históricamente indiferente a las conquistas sociales de los trabajadores. Por el contrario, la intervención penal ha acompañado el desarrollo de la

cuestión social obrera desde su hito más importante, el reconocimiento jurídico de las organizaciones sindicales. Así, a la protección que el Estado le confirió a las organizaciones obreras le precedió una etapa de prohibición a través de la sanción penal de las actividades sindicales y posterior etapa de tolerancia en la que los Estados decidieron abolir estos delitos (Palomeque López & Álvarez de la Rosa, 2014, p. 51). Por lo tanto, se trata de un aspecto tan esencial para el desarrollo del Estado y la sociedad que, independientemente de la valoración propia de la época, ha merecido la intervención del Derecho Penal como instrumento cúspide del control social.

En segundo lugar, es posible recurrir al dato estadístico para demostrar empíricamente la ineficacia de las sanciones administrativas frente a la siniestralidad laboral. Como se señaló, existe una alta cifra oculta en las estadísticas sobre accidentes de trabajo. Y es que, de acuerdo a las cifras oficiales, en el año 2015 el sector informal representaba el 73,2% de la población ocupada (Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2016, p. 122). En consecuencia, el sistema de inspección laboral –a través de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) –tiene un reducido marco de actuación que sitúa a aproximadamente tres cuartos de la población empleada en un escenario de indefensión y de prácticamente nula vigencia de sus derechos fundamentales, situación que la tipificación penal puede contribuir a solucionar parcialmente en la manera que se ha esbozado.

5.2. El objeto de protección penal

Como se ha podido observar, entre los diferentes ordenamientos jurídicos no existe un consenso sobre el bien jurídico que se tutela al sancionar las infracciones a la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo. Por un lado, se ha sostenido la protección penal a la vida y salud de los trabajadores, mientras que por el otro el énfasis se ha puesto en la seguridad en el trabajo, en las condiciones que deben tenerse en cuenta para desempeñar un trabajo seguro.

5.2.1. Punto de partida: dignidad en el trabajo y derechos fundamentales

Como se indicó, la política estatal en materia de prevención de riesgos laborales debe orientarse hacia el postulado de la OIT del trabajo decente, en tanto se trata de asegurar a aquellas personas que prestan un servicio para un tercero aquellos derechos que eviten que el trabajo caiga en una visión mercantilista. Así, como parte del concepto de dignidad del ser humano, “el concepto de trabajo decente se inspira [...] en la obligación constitucional de la OIT de que el trabajo no es una mercancía” (Vega Ruiz & Martínez, 2002, p. 40). Bajo esta premisa, aquellos derechos que necesariamente deben proveerse y asegurarse son

sin duda aquéllos que son capaces de crear condiciones para el cumplimiento de otros derechos, es decir los mínimos necesarios y comunes a toda la comunidad que permiten la creación de un sistema articulado en función de necesidades particulares de cada país para adquirir otros derechos que sean acordes a las necesidades del país en cuestión. (Vega Ruiz & Martínez, 2002, p. 40)

Esta propuesta, además, tiene una característica esencial, la universalidad, dado que pretende abarcar todo el fenómeno de la prestación de servicios para lograr un planteamiento igualitario que permita alcanzar mejores condiciones de trabajo sin que ello signifique reducir aquellos espacios ya conquistados por ciertas categorías de trabajadores. Con ello, la idea de una mejora general del trabajo implica aceptar que “existen algunos derechos fundamentales que deben reconocerse aunque no estén proclamados en la legislación porque son consustanciales a toda sociedad decente” (Sen, 2000, p. 133).

Resulta indudable, entonces, que asegurar determinadas condiciones de seguridad mínimas para la prestación de servicios a favor de un tercero es indispensable no solo para evitar la mercantilización de la mano de obra, sino que tiene un valor instrumental en el sentido que permite el goce de otros derechos fundamentales. Así, se trata de compatibilizar la actividad productiva con cierto estado de bienestar físico y mental del trabajador por su condición de ser humano y la relevancia que tiene para el ejercicio efectivo de otros derechos, ello en concordancia con los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos fundamentales.

No obstante, resulta también acertada la posición adoptada por los principales organismos internacionales de Derechos Humanos, y plasmada en diversos tratados, de derivar la protección frente a los riesgos laborales del derecho fundamental a la salud. Así, el PIDESC, ratificado por el Perú, vincula estrechamente el mejoramiento de la higiene en el trabajo con el derecho a la salud. De la misma manera, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales¹⁸ –Protocolo de San Salvador –consagra como obligación de los Estados frente al derecho a la salud el tratamiento y prevención de las enfermedades profesionales. Por lo tanto, aun cuando el Estado peruano no haya ratificado los instrumentos de la OIT referentes a la seguridad de los trabajadores, estos forman parte del bloque de constitucionalidad a través de la ratificación del PIDESC y del Protocolo de San Salvador.

¹⁸ "Artículo 10. Derecho a la Salud

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados Partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

[...]

d. La prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;

[...]"

Esta postura se entiende dado que, como ha señalado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas,

el derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud. (*Observación general N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, 2000*)

De la misma manera, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado la responsabilidad de los Estados de “regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal” (*Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, 2012, párrafo 148).

A pesar de ello, en aras de un correcto tratamiento del bien jurídico y, por ende, del tipo penal que se viene analizando, es necesario defender la autonomía de éste frente al bien jurídico salud. A pesar que los principios de interdependencia e indivisibilidad hacen posible una superposición de parte del contenido de los derechos fundamentales como la salud (Tobin, 2012, p. 132), las obligaciones de los Estados de cara a la protección de la seguridad ocupacional son de tal amplitud que su efectiva puesta en práctica requerirá un tratamiento autónomo, sin que ello signifique obviar su estrecha vinculación con el principio – derecho de dignidad y con el propio derecho a la salud –manifestación del primero de éstos. Dicho con otras palabras,

this analysis, therefore, proceeds on the basis that the matters, which are expressly included within the formulation of the right to health in instruments such as the ICESCR and the CRC, are appropriate for examination within the context of a discussion as to the meaning of health in international law. But those other matters, such as housing, education, and like, which are addressed in other discrete provisions of international human rights instruments, are not to be automatically subsumed within the scope of the right to health despite their potential to impact on the health of an individual¹⁹. (Tobin, 2012, p. 132)

5.2.2. La seguridad en el trabajo como bien jurídico autónomo

El planteamiento del trabajo digno frente al fenómeno de la siniestralidad laboral requiere, desde el Derecho Penal, un tipo penal que tenga en cuenta que la concreción de un resultado tangible puede depender de la concurrencia de una serie de factores que las personas no pueden controlar –por ejemplo, factores ambientales. En consecuencia, el bien jurídico protegido solo puede estar referido a aquello que los sujetos destinatarios de la norma estarán en condiciones de asegurar, esto es, la existencia de las suficientes medidas para minimizar o eliminar los riesgos que amenazan la dignidad del colectivo de trabajadores.

Es bajo este marco que se erige el bien jurídico seguridad en el lugar de trabajo, definido como “la seguridad y confianza de los trabajadores en el mantenimiento de los riesgos laborales dentro de los niveles de riesgo permitido” (Hortal Ibarra, 2004, p. 240), esto es, aquella situación en la que se cuenta con condiciones o medidas idóneas y eficaces para que no exista un menoscabo de los intereses de los

¹⁹ Traducción libre: “este análisis, por lo tanto, es posible bajo la premisa que las materias que están expresamente incluidas en la formulación del derecho a la salud de instrumentos como la Convención de Derechos del Niño y el PIDESC son apropiadas para un análisis en el contexto de la discusión del contenido del derecho a la salud en el derecho internacional. Sin embargo, aquellas otras materias como vivienda, educación y similares, las cuales se encuentran en otras discretas disposiciones de los instrumentos de derechos humanos, no deben ser automáticamente subsumidos dentro del alcance del derecho a la salud, a pesar de su potencial para afectar la salud de una persona”.

trabajadores en todos los espacios donde éstos deben ubicarse a raíz de la labor que prestan (Pomares Cintas, 2013, p. 174), y que se puede concretar en un contenido que

está dado básicamente por el cumplimiento de las normas sobre riesgos de trabajo, la evaluación de los riesgos a los que están sometidos los trabajadores, la planificación de la actividad preventiva y la gestión de ésta. (Herrera Gonzales - Pratto, 2006, p. 445)

Sin embargo, para definir este bien jurídico no debe pasarse por alto que, por un lado, se trata de un concreción del derecho a la dignidad (en el lugar de trabajo) y que, por otro lado, el Derecho Penal debe reaccionar ahí donde sea necesario en función a la magnitud de los ataques –lesión o puesta en peligro –de los bienes jurídicos que protege. En consecuencia, es necesario determinar cuáles son los intereses que no deben verse mermados durante el trabajo, exigiendo “una determinada proyección del comportamiento infraccional al mundo exterior” (Terradillos Basoco, 2012, p. 255).

Bajo estas premisas, es posible afirmar que los intereses que deben tenerse en cuenta a efectos de determinar el bien jurídico seguridad en el trabajo serán aquellos que se encuentren más estrechamente ligados a la dignidad, aquellos derechos que representan la primera o principal barrera frente a la mercantilización de la mano de obra: el derecho a la vida, como “condiciones materiales mínimas a fin de que las personas tengan una vida digna que permita la realización de su bienestar” (*Exp. N° 00050-2004-AI/TC*, 2005); y a su vez, el derecho a la salud, en tanto

esta última tiene como objeto el normal desenvolvimiento de las funciones biológicas y psicológicas del ser humano; deviniendo, así, en una condición indispensable para el desarrollo existencial y en un medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo. (*Exp. N° 2333-2004-HC/TC*, 2004)

Es tal el valor de los intereses sobre los cuales se pueden proyectar las conductas que vulneran el bien jurídico seguridad en el trabajo que, aunado a la necesidad político – criminal de protección, justifican que el tipo penal sancione expresamente un momento anterior a la lesión efectiva de aquellos intereses vitales. El Estado, en ese sentido, debe adelantar la barrera de protección y no poner la mira en las consecuencias, sino en las causas de ellas, es decir las condiciones bajo las cuales se presta el servicio. Así, siguiendo a Arroyo,

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, pasando de proteger la vida y la salud de la persona en su trabajo a proteger la seguridad en el mismo, como expresión de la política estatal de seguridad e higiene en el trabajo (1981, p. 251).

Ello no significa que la opción del legislador haya sido instrumentalizar un bien jurídico colectivo para lograr la protección de bienes jurídicos individuales como la vida o la salud (Abanto Revilla, 2015, p. 376), lo que implicaría negar la autonomía del bien jurídico por tratarse de un bien instrumental que actúa de manera anticipada a la lesión de bienes individuales (Castronuovo, 2015, p. 15).

Esta postura debe rechazarse a partir del concepto de bien jurídico: presupuestos útiles y necesarios para el desarrollo de toda persona dentro de una sociedad (Muñoz Conde & García Arán, 2015, p. 63). Si ello es así, tanto los bienes jurídicos individuales –los que inciden directamente sobre la persona, como los bienes jurídicos colectivos –estos son, los que afectan al grupo o conjunto de individuos –son instrumentales respecto a un fin superior, la autorrealización de las personas.

Por lo tanto, la protección de bienes jurídicos colectivos se justifica en tanto implica el aseguramiento de un orden o condiciones sociales necesarias para que el individuo se desarrolle (Corcoy Bidasolo, 2004, p. 30; Muñoz Conde & García Arán, 2015, p. 65). Este planteamiento supone reconocer la protección autónoma de la seguridad en el trabajo como “un medio para garantizar el libre desarrollo de la personalidad del trabajador en un ámbito tan crucial de la vida social como la actividad laboral” (Hortal Ibarra, 2004, pp. 240-241).

Aunado a ello, existen otras razones que abogan por la protección autónoma de la seguridad en el trabajo. La política nacional de prevención a la que se encuentra obligado el Estado, como parte del bloque de constitucionalidad, no puede tener como objetivo central de protección intereses individuales como la vida, porque de esa manera se estaría dejando de lado las necesidades específicas de protección que le asisten al colectivo de trabajadores y que nacen de la relación laboral (Hortal Ibarra, 2004, p. 244) –o del fenómeno del trabajo por cuenta ajena, como se precisará más adelante. Son estas características o particularidades las que aportan un fundamento que permite justificar su protección de manera independiente a los tipos penales que protegen bienes jurídicos individuales.

En esa línea, para defender la autonomía de la protección frente a la siniestralidad laboral cabe tener en cuenta que las políticas estatales deben tener como objetivo no solo la protección de bienes o intereses individuales, sino que el derecho a la dignidad expresada en condiciones de trabajo dignas exige una preocupación

por los grupos o colectivos humanos y su incidencia en el desarrollo de mejores condiciones de vida para la población, focalizando en grupos vulnerables, que a su vez exigen sus derechos y están atentos a las redes que el propio sistema otorga. (Araya, 2013, p. 57)

En ese sentido, las características propias del colectivo *trabajadores* justifican este tratamiento autónomo o especializado. El estado de precariedad en el que se encuentra más de la mitad de la población empleada (Organización Mundial de la Salud, 2014), la relación de subordinación que existe entre quien aporta su mano de obra y quien la emplea para llevar a cabo una finalidad económica y la consiguiente incapacidad de los trabajadores para controlar por sí solos los riesgos a los que se enfrentan al desempeñar una actividad evidencian la exposición particular a una serie de riesgos y por lo tanto la necesidad de hacerles frente de forma diferenciada y, por tanto, autónoma.

Estos riesgos particulares están directamente vinculados con las características del ambiente de trabajo. Es el lugar de trabajo del que se desprenden las amenazas para el estado de bienestar del colectivo de trabajadores: riesgos como el calor, el ruido, el polvo, las sustancias químicas o las máquinas que se emplean amenazan el bienestar físico, mientras que el ritmo de producción puede generar una afectación a la esfera psíquica de los trabajadores. Pero su potencialidad dañina está referida al colectivo, todos los trabajadores pueden verse afectados por lo químicos empleados, aunque el resultado de esta pueda verse reflejado en uno o más individuos. Así, la Declaración sobre la Salud de los Trabajadores de 2006, aprobada por la OMS, señala que es el lugar de trabajo del que provienen los principales riesgos para los trabajadores y, por lo tanto, el primer espacio en el que deben implementarse medidas de prevención.

A partir de este desarrollo es posible afirmar la naturaleza colectiva del bien jurídico. No solo porque se trata de proteger a un determinado grupo vulnerable en función a sus características ya reseñadas, y porque los riesgos que enfrentan son de una amplitud tal que exceden lo individual, sino también porque este colectivo es de vital importancia para el funcionamiento y bienestar de la sociedad, como institución o

estructura misma del Estado. En otras palabras, éste asigna al conflicto de intereses subyacente a las relaciones de trabajo un papel funcional dentro del sistema institucional y con ello se le sitúa como un pilar básico del sistema constitucional (Palomeque López & Álvarez de la Rosa, 2014, p. 91), y por lo tanto, este conflicto se hace merecedor de una tutela que excede el plano individual.

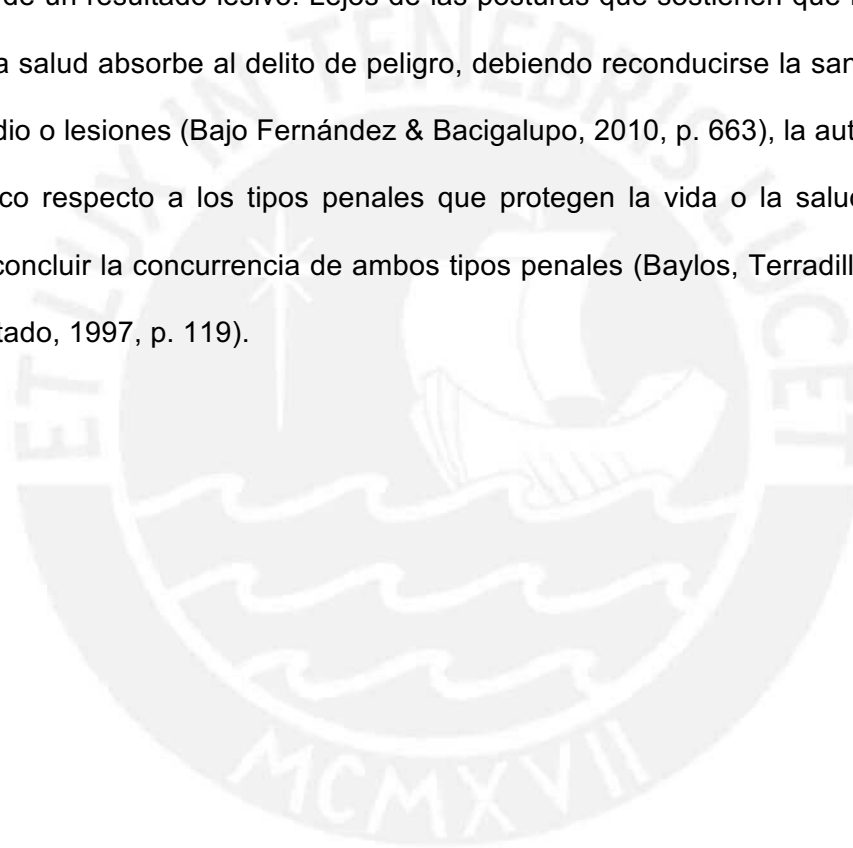
De esta manera, se ratifica el derecho de los trabajadores a desarrollar sus labores en un medio ambiente adecuado, que no suponga un perjuicio para sus intereses, como un derecho fundamental autónomo, tal y como ha sido recogido desde las primeras Constituciones sociales. La seguridad en el trabajo se erige entonces como un derecho fundamental independiente, propio de los trabajadores como grupo social que comparten características entre sus miembros y que se encuentran inmersos en una relación en la que el desempeño de su labor puede conllevar la afectación de su estado de bienestar.

Estas consideraciones llevan a afirmar que, dentro del ordenamiento jurídico peruano, el tipo penal del artículo 168-A del Código Penal no protege bienes jurídicos individuales. Aunado a los argumentos ya expuestos, se puede verificar que, si la vida fuera un bien jurídico protegido, la protección que se le diera debería ser, por lo menos, igual al de la vida independiente, si no mayor por el grado de dependencia que existe frente al empleador. Pero todos los esfuerzos legislativos han concordado en otorgarle una amenaza de pena menor que la que se les confiere a los delitos de homicidio o lesiones.

Por lo tanto, la expresa referencia a la vida o salud –o a la integridad como hace mención el CP peruano –no niegan la autonomía del bien jurídico protegido. Por el contrario,

aunque ese peligro recaerá sobre trabajadores individualmente considerados (el peligro debe ser concreto), la fórmula utilizada enfatiza la dimensión colectiva: la inseguridad vulnera los derechos de un número indeterminado y variable de trabajadores. (Nicolliello, 2015, p. 35)

Finalmente, cabe mencionar que concluir el carácter colectivo y autónomo del bien jurídico seguridad en el trabajo tiene importantes consecuencias no solo para la interpretación del propio tipo penal, sino también para las consecuencias jurídicas derivadas de un resultado lesivo. Lejos de las posturas que sostienen que la lesión de la vida o la salud absorbe al delito de peligro, debiendo reconducirse la sanción al tipo de homicidio o lesiones (Bajo Fernández & Bacigalupo, 2010, p. 663), la autonomía del bien jurídico respecto a los tipos penales que protegen la vida o la salud individual permiten concluir la concurrencia de ambos tipos penales (Baylos, Terradillos Basoco, & Desdentado, 1997, p. 119).



CAPÍTULO II: BASES PARA LA DETERMINACION DE LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO

1. Introducción: la empresa y su organización

Una primera forma de aproximarse a la persona jurídica, en general, es a partir del lenguaje común, sin que ello implique una definición desacertada. Así, dentro de la sociedad una empresa puede entenderse como un conjunto de personas. Siguiendo esta concepción es posible afirmar que, desde el Derecho, la persona jurídica está integrada por un grupo de personas, quienes buscan realizar determinados fines –que no podrían alcanzar de manera individual –a través de ciertas actividades en común (Fernández Sessarego, 2009, p. 632). Esta visión ha sido recogida en la legislación peruana tanto por el Código Civil como por la Ley General de Sociedades, al conjugar el requisito de la pluralidad de personas con el objetivo o finalidad común que este grupo debe realizar.

De estos breves conceptos se puede concluir que una empresa es, a su vez, una organización de personas. No basta con la sola confluencia de seres humanos, sino que estos se organizan de determinada forma, asignándose determinados roles y funciones de manera que los fines últimos que desean alcanzar, a través de la sociedad, puedan alcanzarse de la manera más eficiente posible. Es esta división del trabajo, elemento definitivo del capitalismo y de la empresa, la que “permite que el grupo humano realice de la mejor manera posible los fines antes señalados” (Fernández Sessarego, 2009, p. 631). Por ejemplo, una empresa constituida por dos únicas personas para la venta de productos funciona de manera más eficiente cuando uno de los socios se dedica a las labores de administración y el otro a la labor ejecutiva. Esto es lo que se conoce como organización horizontal, ambos se encuentran en el mismo nivel –ambos son accionistas de la sociedad –y por ende el reparto de funciones está en un mismo nivel de jerarquía.

Sin embargo, no es la única distribución de funciones y roles que puede darse en una organización empresarial. A medida que ésta crece, ampliando su objeto social o las actividades a las que se va a dedicar, aumentando la complejidad de los objetivos a cumplir, se hace necesario incorporar un mayor número de personas. Por lo tanto, en el ejemplo anterior ambos socios contarán con un determinado número de personas a su cargo, entre las que podrán delegar las tareas que a cada uno le correspondan. Y a su vez, cada uno de sus dependientes pueden –y en la práctica tendrán –personal a su cargo, a quienes subdividirán las labores asignadas, según las fases o pasos que se requieran para cumplir con la tarea encomendada. Este reparto de tareas de forma piramidal –de arriba hacia abajo o hacia figuras jerárquicamente inferiores– es lo que se denomina organización vertical.

Como se puede observar, ambos fenómenos, tanto la división de tareas a nivel horizontal como la delegación a nivel vertical, son esenciales para el eficiente desarrollo de la empresa. No por nada el denominado *taylorismo* y posteriormente el *fordismo* incidieron notablemente en la forma de producción ahora imperante. No obstante ello, aun cuando suponen una herramienta de ineludible ejecución para el progreso de la empresa, representan también un problema para los propios socios. A medida que crece el reparto de funciones a nivel vertical, para las personas que tienen la posibilidad de decisión dentro de la empresa se hace cada vez más difícil controlar que las tareas que ha delegado, y que su vez se han ido subdividiendo, se estén realizando.

Este breve perfil de lo que se entiende por una empresa permite aproximarse a la problemática de la responsabilidad penal por los ilícitos que se realicen dentro de esta estructura y que podrían afectar tanto a las personas que se desenvuelven dentro de ésta como a terceros. Y el primer problema que deberá abordarse será el determinar lo que, desde el Derecho Penal, deberá entenderse por empresa, sin que ello signifique desnaturalizar lo que se ha entendido como la esencia de una persona

jurídica. Por ello, resulta acertada la definición propuesta por Terradillos, según la cual para el ordenamiento penal se trata de “una organización de capital y de trabajo destinada a la producción o a la mediación de bienes o servicios para el mercado” (2008, p. 17). A partir de esta definición, el papel del empresario podrá concebirse, de manera general como aquel que tiene a su disposición el capital y el trabajo, de manera que recaer en él la posibilidad de ordenarlos y disponer de ellos de la manera que considere necesaria para satisfacer determinados fines, ya sean éstos la producción como mediación.

Ello es así no solo porque esta definición incide sobre las características esenciales de la estructura empresarial, sino que, aunque se encuentra ligada a una concepción jurídico-civil o mercantil, no pierde de vista la relación de las personas con su entorno y los medios que éstas utilizan, que como se verá es vital desde el Derecho Penal. Esta manera de aproximarse a la empresa permite prescindir de criterios como la finalidad de lucro, ligada al reparto de los beneficios entre los miembros de la empresa, y la efectiva personería jurídica o la calificación que haga el Derecho Civil o Mercantil.

Además, el segundo problema que se evidencia en esta definición es la tendencia, prácticamente natural, a la división en pequeñas estructuras o secciones, de las que “normalmente derivan diferentes sectores de riesgo (investigación, desarrollo, producción, venta, distribución, eliminación de desechos, etc.)” (Demetrio Crespo, 2008a, p. 106), y dentro de los cuales el empresario contará con un conjunto de personas a su disposición, los cuales eventualmente podrán verse afectados por estos riesgos, o cuya labor podría incidir sobre éstos.

En suma, estos aspectos problemáticos serán relevantes y deberán ser tomados en cuenta al momento de elaborar una teoría sobre la responsabilidad penal del denominado empresario por el propio funcionamiento de su organización y las

repercusiones que esta tenga sobre otras personas, tanto al interior de la estructura empresarial como hacia el exterior –la sociedad.

2. La problemática de la omisión en la evolución de la teoría del delito

En la doctrina se han perfilado diferentes posibilidades para poder atribuir las consecuencias jurídicas de los delitos que se podrían cometer al interior de la organización de capital y trabajo al empresario. Estas soluciones podrían dividirse en dos grandes grupos: aquellas que toman como presupuesto un comportamiento activo por parte del empresario y aquellas que proponen una solución en base a comportamientos omisivos. La idoneidad de la propuesta que se pretenda acoger dependerá de su capacidad para abarcar y comprender la problemática del fenómeno empresarial, que se acaba de exponer de manera sucinta.

En esta investigación se aborda el supuesto del comportamiento pasivo del empresario, aplicando para ello lo que la doctrina ha venido denominando como *comisión por omisión*. Esta posibilidad, aun cuando ha sido unánimemente admitida por la doctrina penal a lo largo de su desarrollo, ha sido abordada de distintas maneras por cada una de las corrientes dogmáticas existentes desde inicios del siglo XX. Los presupuestos que sirven de base a los planteamientos de cada una de estas escuelas inciden en la concepción de la omisión dentro de la teoría del delito y, por tanto, en la atribución de responsabilidad penal a partir de este tipo de comportamientos.

A pesar que el desarrollo actual del problema de la omisión –y las fuentes a partir de las cuales se abordará la posición de garante -se muestra como una superación de las concepciones históricas previas de la moderna teoría del delito, ello no es del todo correcto, en tanto “como ninguna de estas teorías desplazó completamente a las otras, todavía hoy conviven ideas procedentes de estas tres concepciones” (Jescheck &

Weigend, 2014a, p. 297): el naturalismo o causalismo; el concepto neoclásico o causalismo valorativo y el finalismo. Por lo tanto, resulta de vital importancia aproximarse, de manera preliminar, a la omisión desde cada una de estas corrientes para, posteriormente, poder abordar la actualidad de la posición de garante y la omisión impropia.

2.1. El naturalismo: omisión y movimiento corporal

El concepto clásico de delito, fruto del positivismo imperante a inicios del siglo XX en Alemania, tuvo como principales exponentes a von Liszt y Beling. Esta concepción se caracterizó por la utilización del método de las ciencias empíricas o naturales, principalmente la observación de los fenómenos objeto de estudio. Así, para el positivismo, “los conceptos se pueden extraer de la realidad como reflejo de ésta; no representan más que las pinzas para aprehender una realidad previamente dada” (Schünemann, 2009, p. 40).

Como consecuencia del empleo de este método de estudio, el delito se concibió bajo los criterios de causalidad y movimiento corporal. El presupuesto para la punibilidad, de acuerdo a Beling, sería el de la acción, esto es la presencia de un movimiento corporal –como vertiente externa –dominado por el sujeto –como vertiente interna o subjetiva –lo que se resumía en un movimiento corporal voluntario (Beling, 2002, p. 42). A esta acción, luego, le debería corresponder la causación de la lesión de un bien jurídico o interés de la vida (Pérez Alonso, 2015, p. 28), a manera de modificación del mundo exterior constatable únicamente desde el punto de vista objetivo (Jescheck & Weigend, 2014a, p. 301).

A pesar de esta idea del delito, enfocada en la observación de fenómenos naturales, la omisión tuvo cabida como una forma de aquel comportamiento corporal voluntario, consistente ya no en un movimiento corporal, sino en la “distensión de los músculos” (Beling, 2002, p. 42). Ello, a primera vista, se mostraba como contradictorio desde la

teoría de la acción naturalista, en tanto Beling señalaba que el delito no podía consistir, entre otras cosas, “en el simple querer o pensar o algo que sea puramente interno” (2002, p. 42), lo cual implicaba negar la aprehensión por parte del positivismo penal del no hacer que representa la omisión. Es decir, una aproximación desde la metodología estrictamente naturalista, coherente con sus postulados básicos, obligaba a afirmar que “la omisión [...] no tiene realidad, sino que ontológicamente sería una nada, sobre la que habría que emitir determinados juicios” (Schünemann, 2009, p. 42), siendo imposible aprehender la omisión como algo *no real* desde el método de las ciencias naturales.

Por esta razón, el naturalismo renunció a la comprensión de la omisión desde los sentidos, definiendo este tipo de comportamiento como “la omisión de aquella actividad que habría evitado el resultado típico” (Beling, 2002, p. 99). La omisión, entonces, ya no se trata de un movimiento corporal que se corresponde con el verbo rector del tipo penal descrito por el legislador, sino que la tarea del operador radica en “ver si la omisión puede ser comprendida en el cuadro respectivo a que se refiere el delito-tipo [...] agotar lo pensado inmediatamente por el legislador” (Beling, 2002, p. 99), con lo cual era posible además afirmar la existencia de una relación causal entre un no hacer y un resultado, entre lo negativo y lo positivo, respectivamente.

Como puede apreciarse, para el naturalismo la omisión podía comprenderse como un comportamiento de igual manera que la comisión, bajo un concepto superior de acción. Lo que resulta cuestionable es que los presupuestos del positivismo no hayan sido aplicados por igual a ambas categorías, a raíz de la evidente imposibilidad de subsumir el no hacer como movimiento corporal. De la misma manera, von Liszt concibió la omisión de manera ya no naturalista sino espiritual, bajo “el sentido social del acontecimiento, a saber, en una acción determinada que el Ordenamiento espera” (Jescheck & Weigend, 2014a, p. 300). Sin embargo, ello significó renunciar a los fundamentos de la corriente positivista y apelar al plano jurídico, a la esencia de las

normas jurídicas. Por esta razón, principalmente en la concepción de la omisión de von Liszt y Beling,

el juicio de causalidad es [...] de naturaleza normativa: a dos sucesos diferenciados se les atribuye una relación ajustada a una ley. Puede que esos sucesos sean en sí mismos ónticos, pero, en todo caso, no más que aquellos sucesos susceptibles de ser atribuidos solo de modo normativo a una relación ajustada a una ley, con independencia del tipo de ley (empírica o jurídica) que esa relación sustenta. (Gössel, 2012, p. 12)

A esta conclusión se arriba, además, cuando se toma en cuenta el juicio de antijuridicidad necesario, según Beling, para la omisión. Así, sería necesaria una medida especial dadas las diferencias con el obrar positivo, consistente en que la conducta omitida sea: exigida por parte de un precepto; constituya, según la ley, un deber dentro de una relación jurídica; o que alguien se haya comprometido voluntariamente a evitar posibles riesgos (Beling, 2002, p. 99). En suma, se tratan de criterios que son asumidos actualmente tanto por la doctrina como por el legislador penal dentro de un contexto normativizado.

2.2. El neoclasicismo: imposibilidad de un sistema unitario

El concepto neoclásico de delito, y de la acción, supuso la reforma del sistema positivista pero sin alejarse completamente de éste ni negarlo por completo (Jescheck & Weigend, 2014a, p. 304). Al método de la observación propio del naturalismo se le añadió la concepción neokantiana, con lo cual a la aprehensión del fenómeno le siguió la valoración de sus significados y sentidos (Villavicencio Terreros, 2006, p. 237). Con ello, la teoría neokantiana “trajo consigo el impulso tendente a divisar la esencia del Derecho penal en el alineamiento de sus fines, valores e ideas” (Jescheck & Weigend, 2014a, p. 304).

Esta corriente de pensamiento fue representada en un primer momento por Radbruch, quien inició las críticas al causalismo de von Liszt y Beling (Villavicencio Terreros,

2006, p. 238). Sin embargo, su metodología no se alejó del todo de la concepción naturalista. Así, para Radbruch la naturaleza de las cosas debía servir de base y límite para la tarea del legislador, en tanto la base para los conceptos debía ser en primer término la aprehensión sensorial de las cosas (1992, p. 60). La esencia del Derecho debía ser la conceptualización de los hechos y relaciones que se dan en la vida de la persona, lo que constituye una realidad pre jurídica, de manera que

el camino de este procedimiento conduce desde las relaciones vitales y sus reglas de conducta particular, pasando por su sentido interpretativo idealmente relacionado, hasta el tipo ideal de la institución jurídica. (Radbruch, 1992, p. 65)

Por lo tanto, para el neokantismo el objeto de estudio seguía siendo el mismo que para el positivismo, pero integrando al naturalismo la referencia a valores y fines (Pérez Alonso, 2015, p. 29), de manera que, para Radbruch, en la experiencia siempre se entremezclaban realidad y valoración (Spaak, 2009, p. 263).

La metodología neokantiana buscó “la selección de los elementos esenciales de un objeto [...] mediante la referencia de todos los elementos al valor superior” (Schünemann, 2009, p. 51), lo que para la teoría del delito supuso concebir el concepto de acción como punto de partida para el sistema del Derecho Penal (Radbruch, 2011, p. 103). Sin embargo, la elaboración del concepto de acción no podía realizarse de manera aislada, sino que debía admitir y, a la vez, comprender ciertas características de la antijuricidad, culpabilidad y punibilidad, en tanto el concepto último de acción punible o delito debía estructurarse “como acción, acción antijurídica, acción culpable y acción punible, cual un sistema de círculos concéntricos” (Radbruch, 2011, p. 146).

La estrecha relación entre realidad y valoración se muestra en el recurso de Radbruch al lenguaje común para hallar el contenido del concepto de acción: voluntad, hecho y una relación entre ambos (2011, p. 107). Para Radbruch el hecho supone “un

movimiento corporal en conexión causal con el resultado” (2011, p. 107), mientras que “la voluntad es una relación del yo con sus contenidos consistentes en representaciones” (Radbruch, 2011, p. 157), siendo relevante para el concepto de acción solo la existencia de dicha representación, la presencia de un acto volitivo o querido y su relación causal con el hecho, y no el contenido de dicho querer, lo cual queda pospuesto para el análisis de la culpabilidad (Radbruch, 2011, pp. 159-160).

En consecuencia, si la omisión se evalúa a la luz de esta concepción de acción, no cabe más que negar la posibilidad de un supra concepto que pueda incorporarla al mismo nivel de la acción, en tanto no podría existir relación de causalidad entre la ausencia de movimiento y un suceso en la realidad, así como entre la voluntad de omitir y la no realización de un movimiento corporal, dado que no existe una modificación del mundo exterior susceptible de causalidad (Radbruch, 2011, p. 161). No obstante ello, la omisión como concepto no requeriría del elemento voluntad puesto que “para la cuestión de si el autor no quiso hacer lo ordenado, la demostración de que él quiso hacer algo distinto es tan irrelevante como la de que nada quiso hacer” (Radbruch, 2011, p. 164).

Para el neokantismo de Radbruch la omisión no solo carecería de la voluntad y de la relación causal, sino que tampoco podría ser calificada como hecho, en tanto la omisión impropia supone la no realización de un movimiento ordenado o exigido (Radbruch, 2011, p. 166), no siendo relevante si el autor se comportó de una manera distinta a la prescrita. Y si el hecho se define como movimiento corporal ligado causalmente a un resultado, la omisión carecería además de un resultado expresado como lesión de bienes jurídicos, ya que la no realización de una conducta no puede ocasionar daño alguno, sino “solo la circunstancia de que los bienes jurídicos no salieron indemnes o incólumes” (Radbruch, 2011, p. 166).

En conclusión, el neoclasicismo termina negando la existencia de caracteres comunes entre acción y omisión, con lo cual “no es factible plegar juntas [...] en un concepto semejante, llámeselo acción, conducta humana o como fuere” (Radbruch, 2011, p. 168). Es decir, a pesar de partir de presupuestos similares al naturalismo, el neoclasicismo mantiene la coherencia con sus propias bases metodológicas, lo que lleva a concebir la omisión ya no como forma de acción, sino como negación de ésta, de manera que resultaría contradictorio un concepto superior que pueda abarcarlos de manera homogénea. Por el contrario, el sistema de delito de Radbruch se divide

en dos conceptos desligados entre sí, acción y omisión, con lo cual se torna necesario considerar duplicados todos los demás conceptos del sistema, como predicaciones de la acción y predicaciones de la omisión [...]. Ya no se puede edificar un concepto material unitario del delito; en cuanto al contenido, hay que definirlo como la acción u omisión antijurídica, culpable y punible [...]. (Radbruch, 2011, p. 171)

Ahora bien, dentro del concepto neoclásico de delito cabe hacer mención a los postulados de Schmidt, quien posibilitó la transición a un desarrollo posterior de la teoría del delito al formular el concepto de acción desde la relación con el mundo exterior – sociedad, siendo éste entonces “un fenómeno social cuyo efecto va dirigido a la realidad social” (Jescheck & Weigend, 2014a, p. 305). Así, la teoría de la acción social dentro del causalismo valorativo adquiere cierta autonomía en tanto que, partiendo de la concepción de von Liszt, la despojó del naturalismo propio de esta corriente y le asignó un contenido profundamente valorativo, de sentido social (Villavicencio Terreros, 2006, p. 241).

2.3. El finalismo: elaboración de una categoría superior

La construcción del sistema de delito finalista, representado principalmente por Welzel, tuvo como metodología la elaboración de determinadas bases lógico-objetivas ligadas estrechamente a la naturaleza de las cosas (Pérez Alonso, 2015, p. 32), a partir de las

cuales se construyó la teoría del delito: un concepto finalista de acción, la relación lógico-objetiva entre participación y conducta del autor y una elaboración lógico-objetiva de culpabilidad (Cerezo Mir, 2009, p. 201). En los fundamentos del finalismo puede observarse una estrecha vinculación entre el ser, lo ontológico o perceptible y lo valorativo, en tanto “solo las acciones finalistas aparecen entonces como conductas específicamente humanas y pueden ser objeto de la valoración jurídica” (Cerezo Mir, 2009, p. 202).

La teoría del delito elaborada por el finalismo se estructura a partir del concepto superior de conducta, al señalarse como objeto de la norma “la actividad o pasividad corporal del hombre sometida a la capacidad de dirección final de la voluntad” (Welzel, 1987, p. 51). Para esta corriente, la conducta humana –como factor externo –solo es relevante para el Derecho Penal a partir de su vinculación con una finalidad ulterior (Gössel, 2012, p. 14), para lo cual resulta imprescindible la presencia de la voluntad o poder de dirección de dicha conducta hacia un fin (Welzel, 1987, p. 54). Sin voluntad la persona no es capaz de estructurar su conducta, es incapaz de determinar los medios necesarios para alcanzar un fin y, por tanto, la conducta queda reducida a un proceso causal o naturalista vacío de contenido.

Por lo tanto, a diferencia del neokantismo de Radbruch, se sostiene aquí la existencia de un supra concepto, el de conducta humana, consistente ya sea en el ejercicio de una actividad orientada a un fin –actividad final –o en la omisión de la misma. Ambas formas de aparición de conducta son susceptibles de ser regidas por la voluntad, de ser dirigidas a la realización de un determinado fin, aunque dentro de esta concepto superior mantengan una marcada separación en tanto “la omisión no es en sí misma una acción, ya que es la omisión de una acción” (Welzel, 1987, p. 276).

Dado que la omisión aparece aquí en referencia a la acción, en la formulación de esta figura se plantea una particularidad que permite concluir una subordinación de la primera frente a la última (Welzel, 1987, p. 52). Así, si lo que se omite es únicamente una acción, entonces la finalidad en la primera debe ser estar referida a esta última, de manera que el fin en la conducta omisiva es siempre una determinada acción. Sin embargo, bastaría con que dicha finalidad sea posible, en tanto “no es necesario un acto de voluntad actual, sino que es suficiente uno que sea posible para la persona” (Welzel, 1987, p. 277). Siendo ello así, para la omisión –como finalidad posible - “debe existir el objeto sobre el que ha de recaer la acción, como también deben existir y estar disponibles los medios de auxilio necesarios para realizar la acción” (Kaufmann, 2006, p. 55).

Con ello, el elemento de la voluntariedad se redefine. Dado que la acción que se omite debe ser solo potencial –como finalidad –entonces el contenido de la voluntad o dirección no consistirá en un querer sino solo en la conciencia o representación de aquella posibilidad (Welzel, 1987, p. 277), con lo cual ya no solo bastan los medios necesarios para actuar, sino también cierta medida “de conocimiento o cognoscibilidad del entorno exterior en que opera la dirección final y los medios con los que opera” (Kaufmann, 2006, p. 56).

Esta construcción de la teoría de la omisión punible podría no ser coherente con un concepto superior que la abarque junto a la acción –teniendo en cuenta que en este último caso la finalidad debe ser actual. Así, si para Welzel la omisión sigue siendo la negación o no realización de una acción, la conclusión de Radbruch podría replicarse aun en el finalismo. No obstante ello, Kaufmann, aplicando estos presupuestos a la omisión, afirmó que “no cabe negar que en toda acción está contenida la <<capacidad de acción>> y en todo dominio del hecho el <<dominio potencial del hecho>>” (2006, p. 99), comprendiéndose así al delito de omisión en función al delito comisivo.

Sin embargo, a pesar de poder afirmar la existencia de un concepto superior de conducta o comportamiento, y de la comprensión de la omisión solo en referencia a la acción, “de ningún modo cabe hablar de una aplicación inmediata de conocimientos de la teoría de la acción a la omisión” (Kaufmann, 2006, p. 101). Por ello, el gran aporte de la corriente finalista radica en haber desarrollado, a partir de sus propios presupuestos, una doctrina de los delitos de omisión, tanto propios como impropios. En este último caso, la responsabilidad penal vendría caracterizada por cierta característica especial que posee el autor, la posición de garante, y la capacidad *final* para evitar el resultado típico, la misma que “debe corresponderse al contenido social de sentido de la acción típica del delito de comisión respectivo” (Welzel, 1987, p. 301). Con ello,

solo cabe en consideración como autor de omisión una persona con poder del hecho, que esté ligada con el bien jurídico amenazado por una relación de vida estrecha y especial de la cual resulta esta persona el “garante” de la integridad del bien jurídico. (Welzel, 1987, p. 289)

En conclusión, el finalismo entendió al delito omisivo, “junto con los delitos de comisión dolosos e imprudentes como tercera forma de manifestación del hecho punible” (Jescheck & Weigend, 2014a, p. 315), en donde si bien no se podía replicar la capacidad final del delito comisivo, si existía una relación del sujeto con su entorno susceptible de ser orientada por la capacidad de dirección final al “dejar pasar la oportunidad favorable, no llevando a cabo la acción posible” (Kaufmann, 2006, p. 101)

3. Fundamento de la posición de garante

Como se ha evidenciado, ya desde la doctrina naturalista de Bebing se reconoció la posibilidad de atribuir responsabilidad penal por la no realización de ciertos actos siempre que concurriese en el autor determinados supuestos o características especiales, en la formulación de Welzel.

En tanto esta investigación está enfocada en la responsabilidad del empresario – empleador por una omisión, en los términos del artículo 168º-A CP, es necesario desarrollar una teoría de la posición de garante del empresario, si es que en realidad se le puede atribuir esta condición. Y para ello es primordial hallar la fundamentación o el principio legitimador, acorde con los del Estado Constitucional de Derecho y del Derecho Penal, que permita justificar desde un inicio que a una persona se le atribuyan determinadas consecuencias por no haber realizado una conducta. Si luego de esta tarea se concluye que es legítimo que un sujeto, el empresario, responda penalmente por no haber realizado una acción, entonces será factible plasmar una teoría coherente con este principio para determinar una posición de garante.

Siendo ello así, en este apartado se tratará la primera parte de esta elaboración teórica, esto es, hallar el principio que justifique una respuesta penal ante una omisión.

3.1. Principio de auto organización

3.1.1. Libertad como principio legitimador del Estado

Detrás del surgimiento del Estado moderno se ha encontrado siempre la idea de la libertad del individuo como necesidad, justificación y a la vez límite a la cesión y ejercicio del poder estatal. Las teorías contractualistas formuladas en un inicio por Hobbes y posteriormente por Locke, a pesar de las diferencias en sus planteamientos y en las consecuencias a las arriban, coinciden en la concepción de la libertad como un límite para el ejercicio del poder estatal.

Así, en Hobbes se encuentra la idea de un estado anterior o primigenio en el que el uso del propio poder por parte del ser humano es el que lo lleva a entrar en un estado de conflicto con sus pares, poniendo en riesgo precisamente la consecución de su propia libertad. Ello lo llevaría luego a reducir el uso descontrolado de su poder, cediendo sus atribuciones siempre con el objetivo de que estas sean ejercidas para la protección de los miembros de la comunidad (Rodríguez Paniagua, 2013, p. 203).

Por su parte, aunque en Locke el estado de naturaleza y el paso a la sociedad civil tiene una concepción distinta a la de Hobbes, sí subsiste la idea de una sociedad cuya finalidad es la conservación de la vida, la propiedad y la libertad como valores esenciales de las personas concebidas como iguales y con la misma libertad.

No cabe dudas entonces que el ejercicio sin límites de la libertad pone en peligro precisamente esta condición sustancial del ser humano, siendo necesario acotarla de manera que a cada individuo se le pueda garantizar la posibilidad de desempeñarse libremente pero sin llegar a una extralimitación o invasión en el ejercicio de la libertad de los demás. Por ello, la intervención del Estado a través de las leyes surge como necesidad para proteger la libertad de las personas y sancionar las transgresiones a la misma. Así, la actuación estatal se justifica en tanto

la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. (Mill, 2001, p. 68)

De esta manera, para el contractualismo del siglo XVIII el asumir el contrato social implicaba aceptar la restricción de los derechos de uno dado por el respeto a los derechos de terceros (Seelmann, 2013b, p. 104), límites cuyo incumplimiento acarrearía una sanción. Con ello, el papel de la persona en este nuevo orden, esto es como ciudadano, viene definido y delimitado por esta máxima: a cada persona le

concierno el respeto del ejercicio de las libertades de terceros en el desarrollo de su propio espacio o ámbito.

Ahora bien, este planteamiento trae consigo un énfasis en la autonomía del ser humano. Sin embargo, lo que el Estado Constitucional de Derecho ofrece a esta postura es la relativización del concepto de libertad a partir de la introducción del concepto de interés público, con lo cual el Estado debe asegurar el bienestar no solo de individuos, sino de la comunidad en su conjunto. Con ello, al asegurar estos espacios de libertad frente a la injerencia de terceros debe preocuparse por que los mismos sean compatibles con determinados valores de la sociedad, además proveer derechos, garantías, instituciones y espacios públicos para un todo que precisamente aseguren un estado de bienestar general.

Todo ello supone la base de la intervención estatal o del ejercicio del poder estatal. Por lo tanto, la premisa esencial que sustenta la intervención más gravosa del Estado en la libertad de terceros, el Derecho Penal, no puede plantearse al margen de la misma. En consecuencia,

la máxima que reza que el único límite a la libertad individual es el respeto a la libertad ajena, conlleva consecuencias trascendentales para la configuración del derecho penal en un Estado constitucional de derecho: nadie, ni siquiera el Estado, puede prohibir ni sancionar por un comportamiento que no implique un menoscabo en la libertad de un tercero. (Meini Méndez, 2014b, p. 26)

Esta concepción del Estado aporta un baremo o parámetro para el establecimiento de los espacios de libertades que se considerarán adecuados restringir y, como contrapartida, aquellos que se buscará proteger. En función a ello, la intervención del Estado se basará en comportamientos que los ciudadanos, como conjunto o grupo social, considerarán importante restringir, en tanto son aquellos que interfieren con determinadas libertades consideradas valiosas. El rol de ciudadano, entonces, queda

delimitado al cumplimiento de un deber general de no afectar la libertad de terceros, el cual es dotado de contenido por el sistema de valores que establece el grupo social y que es el que otorga legitimidad a la actuación del Estado. Se trata, en suma, de un sistema basado en el cumplimiento de "deberes de contribuir al mantenimiento del grupo que existe a través del orden" (Jakobs, 2000a, pp. 40-41).

3.1.2. Derecho Penal como protección de libertades

A partir de esta concepción de libertad, queda ahora trasladar o expresar las ideas previamente esbozadas al ámbito penal, de manera que exista una coherencia o armonía entre lo que el Estado plantea de manera general y su expresión o concreción a través de los distintos ordenamientos que lo integran. Así, dado que al poder estatal le compete el asegurar el bienestar de la comunidad, ello solo se puede entender como el asegurar las condiciones o circunstancias que permitan a la persona su libre desarrollo en sociedad (Roxin, 1999, p. 56). Con ello, el fin del Derecho Penal

solo puede consistir en garantizar la vida en común de todos los ciudadanos sin que sea puesta en peligro, [...] [que] se desprende directamente del deber que incumbe al Estado, de garantizar la seguridad de sus miembros. (Roxin, 1976, p. 21)

En consecuencia, la protección de bienes jurídicos se erige como el objeto y por tanto el fin y límite de la intervención penal. A partir de ello, el Estado no solo tiene el deber de asegurar a las personas las condiciones que aseguren su existencia, sino además proteger estas condiciones imprescindibles de ataques de terceros en ejercicio de las mismas. Este papel del Estado no es más que una expresión de los intereses de las personas que integran la sociedad en asegurarse los mayores espacios de libertad, lo que a su vez lleva implícito la restricción de la propia autonomía. Este aparente conflicto implicará, por lo tanto, "un juicio de ponderación de libertades que se resuelve en términos de ganancia de libertad" (Lascurain Sánchez, 2005b, p. 47).

De esta manera, el rol que le corresponde al ciudadano de no invadir los espacios de libertad de terceros constituye la base para toda atribución de responsabilidad penal, esto es, a cada uno le corresponde el deber de evitar que en el ejercicio de su autonomía se ponga en peligro o lesione la esfera jurídica de un tercero (Sánchez-Vera Gómez-Trelles, 1997, p. 21), lo que se traduce en una prohibición de afectar bienes jurídicos de terceros. Evitar a futuro –o prevenir– un daño que ha sido producto de la libertad de alguien conlleva a sancionar a la persona que hizo ejercicio de su autonomía (Lascurain Sánchez, 2005b, p. 51). Dicho con otras palabras,

el ordenamiento jurídico está edificado sobre esta imagen, la de un ser que no es mero espectador de la realidad, sino que la conforma con sus actos libres. Que es responsable de dichos actos, y por ello disfruta de lo bueno que aportan, pero también responde de lo malo. (Molina Fernández, 2002, p. 36)

Lo señalado hasta este momento puede ser ejemplificado con dos supuestos en los que se niega o afirma la responsabilidad penal ahí donde, a primera vista, podría llegarse a la conclusión opuesta. Por un lado, con la legítima defensa se autoriza o permite la lesión de un bien jurídico con el objetivo de salvaguardar la esfera de libertad propia, esto es, se erige como “medio para la protección jurídica de la persona” (Jescheck & Weigend, 2014a, p. 397). En ese contexto, quien pone en peligro o lesiona un bien jurídico de un tercero se ve en la posición de tener que tolerar la defensa del mismo, lo que incidirá en su propia esfera jurídica. De ahí que una primera conclusión que puede extraerse es que, al igual que con la reacción estatal, la consecuencia en este caso es soportar una limitación de la libertad a causa de una extralimitación de la propia autonomía que incide en terceros.

Una segunda conclusión puede extraerse a partir de las restricciones a la legítima defensa. El que se niegue esta figura cuando el ataque inicial provino de la persona que finalmente la invoca significa que la función de salvaguardia del ordenamiento jurídico que ésta cumple (Jescheck & Weigend, 2014a, p. 510), y que puede ser

entendida de manera general bajo la premisa básica de protección de esferas de libertad, no se aprecia ahí donde la agresión de la que se intenta proteger fue originada por el uso, indebido frente a las normas, de la propia autonomía.

Ahora bien, un segundo caso en el que se muestra la aplicación de la postura esbozada se encuentra en la *actio libera in causa* (alic). Ella permite afirmar la existencia de responsabilidad penal cuando la lesión del bien jurídico se da en una situación en la que no es posible apreciar una acción penal dado que el sujeto así lo quiso o debió prever (Mir Puig, 2011, p. 195). La razón por la cual es posible atribuir dicha lesión (o puesta en peligro) al sujeto, aunque no esté exenta de cuestionamientos, es que bajo una acción, entendida como manifestación de la voluntad que dirige sus efectos hacia una realidad social (Roxin, 1999, p. 244), el significado o valoración que se le atribuya al comportamiento, teniendo en cuenta los valores o bienes que la norma penal en cuestión protege y las condiciones del hecho particular, permitirá apreciar si se está o no frente a una intromisión no permitida en la esfera de libertad de terceros, esto es, frente a un comportamiento de riesgo prohibido para bienes jurídicos.

3.1.3. La posición de garante como manifestación de la libertad de organización

Fundamentar la existencia de determinados deberes que recaen en ciertas personas no puede hacerse al margen de la premisa del ejercicio de la libertad, siendo que el ordenamiento jurídico solo podrá atribuirlos a las personas que, libremente y en capacidad de prever las consecuencias, las hayan aceptado. Se requiere, por tanto, una conducta previa o precedente que permita identificar quiénes se han obligado voluntariamente a evitar el incremento del riesgo prohibido (Meini Méndez, 2009, p. 439). Esta es una idea que recoge Martínez Buján como criterio genérico de la comisión por omisión, basado en la teoría del ejercicio de las facultades individuales de auto organización, y que toma como punto de partida tanto el principio de libertad

como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, consustanciales a un Estado democrático (2014, p. 504).

Este desarrollo se puede observar en la argumentación de Schünemann al momento de encontrar la base o principio general de la imputación penal, aun cuando no haya sido puesto de manifiesto. Así, éste se encontraría en “la relación entre persona y movimiento corporal como causa inmediata del resultado” (2009, p. 283), toda vez que un dominio pleno sobre el cuerpo o esfera personal significa que el sujeto “minimiza y mediatiza cualquier otra influencia” (Schünemann, 2009, p. 282). Ello, entonces, significa que como la persona domina la fuente u origen de la manifestación en el mundo exterior –por ahora el resultado –la cual es el comportamiento libre y voluntario, entonces se le puede atribuir las consecuencias del mismo.

Esbozada de esta manera, el trasfondo del planteamiento de Schünemann lleva a volver sobre el ejercicio de la libertad de auto organización o autonomía. La llamada “imputación del resultado a la persona” como fundamento de atribución de responsabilidad penal equivale a atribuir a la persona las consecuencias del ejercicio antijurídico –fuera del marco permisible por la sociedad y, por ende, del Estado –de una libertad, si se quiere de movimiento.

Ahora bien, una precisión adicional cabe hacer sobre esta última tesis. Schünemann centra su análisis, y por ende su conclusión, en los denominados delitos de resultado. Sin embargo, si se entiende el resultado como “una discrepancia de la situación jurídicamente garantizada” (Frisch, 2014, p. 31), y lo que el Estado solo puede exigir que se asegure o garantice son comportamientos que no incidan de manera negativa en los bienes jurídicos de terceros, entonces el resultado será no solo el haber causado la muerte de alguien, sino haber creado un riesgo, desaprobado jurídicamente, para esas esferas de libertad garantizadas, pues solo ello se puede exigir como comportamiento adecuado a Derecho. En conclusión,

realizar un comportamiento prohibido *ex ante* porque expresa un riesgo para la vida, aun cuando no cause la muerte de la víctima, es tan típico de homicidio como el comportamiento que sí produce su deceso. (Meini Méndez, 2014b, p. 89)

Sin embargo, hasta el momento poco se ha avanzado en el objetivo de la presente investigación. Si se afirma que es una conducta precedente de la persona la que lleva a identificar la asunción de determinados deberes, la pregunta que cabe responder es, ¿qué conducta es la que nos permite hablar de esta asunción? La respuesta, indefectiblemente, debe hacer referencia a otro de los presupuestos básicos e indispensables para la determinación de responsabilidad penal: la creación de un riesgo prohibido para bienes jurídicos.

3.2. Creación de riesgos

Como puede apreciarse, el principio de auto organización no puede entenderse sin un análisis del concepto de comportamiento de riesgo prohibido o no tolerable. En el siguiente apartado se abordará esta figura como corolario de la fundamentación de la responsabilidad penal en el ejercicio de la libertad.

3.2.1. Riesgo jurídicamente prohibido y libertad de actuación

Es posible aceptar, sin mayores problemas, que prácticamente cualquier actividad que el hombre lleva a cabo posee una potencialidad peligrosa, tanto para él como para terceros. Sin embargo, para hacer viable la vida en sociedad, muchos de estos posibles riesgos son aceptados por el grupo humano, a veces por insignificantes, pero otras veces porque a pesar de su potencialidad dañina, la sociedad considera que dichos comportamientos son importantes precisamente para su funcionamiento, estableciendo a través del ordenamiento jurídico ciertos lineamientos o pautas que permiten mantener controlada esta potencialidad.

Siendo ello así, a la premisa que se había esbozado con anterioridad, según la cual existe una norma general mediante la cual deben evitarse comportamientos que afecten o incidan negativamente sobre las esferas de libertad de terceros parecería oponérsele la necesidad de permitir determinados comportamientos, aun cuando se afecte esta pauta de conducta. Sin embargo, si se atiende a que los conflictos entre libertades deben resolverse a partir de la ponderación, se llega a la conclusión que ciertas restricciones, aun cuando pudieran poner en peligro los bienes jurídicos de terceros, podrían impedir precisamente el libre desarrollo de las personas dentro de la sociedad. Por ello, esta segunda premisa viene a matizar la regla general, de manera que

las acciones que se mantienen totalmente en el marco del orden social no están prohibidas y no fundamentan un ilícito de acción, dado que la concordancia con las reglas reconocidas de la vida social excluye materialmente la valoración como ilícito. (Maiwald, 1998, p. 15)

En consecuencia, los menoscabos en la libertad de terceros que fundamentan la intervención estatal, y en consecuencia, el injusto penal, son aquellos que para la sociedad no pueden ser tolerables, en función a aquellas ponderaciones y sistemas de valores que el propio grupo social ha establecido. Así,

[...] la prohibición y limitación de la libertad serán –de acuerdo también con las exigencias constitucionales- idóneas, necesarias y adecuadas en relación con los principios jurídicos vigentes para impedir determinadas lesiones de bienes [...]. (Frisch, 2014, p. 26)

Teniendo en cuenta ambas premisas, si la legitimidad de la intervención del Estado en la libertad de sus ciudadanos se encuentra en que el uso de la misma afecta la esfera jurídica de terceros, y esta medida solo se puede determinar a partir de los principios que determinan el reconocimiento y límite de los derechos de las personas, derivables únicamente de las relaciones entre individuos (Frisch, 2014, p. 58), esto es, a partir del

marco social, entonces la base del sistema penal y, por ende de la atribución de responsabilidad, no puede ser otra que “la vinculación de la conducta con un (determinado) peligro desaprobado o peligrosidad” (Frisch, 2014, p. 49).

Ello no puede ser de otra manera puesto que el Derecho Penal, desde su función de protección de bienes jurídicos o de aquellos espacios de libertad imprescindibles para el desarrollo en sociedad, exige la prohibición de “aquellos riesgos no permitidos que lesiones o pongan en peligro un bien jurídico” (Roxin, 2012, p. 297), riesgos que deben ser atribuibles a la persona como ejercicio de su autonomía.

En el marco de la actividad económica o empresarial, los conceptos que se han esbozado tienen la misma vigencia. La propia puesta en marcha de una empresa por una persona o grupo de personas es la conducta previa por la cual éstos asumen un determinado foco de peligro. Si este foco es la propia empresa como un todo o determinados elementos de la misma es otra de las cuestiones que plantea la doctrina. Es innegable que la estructura orgánica de la empresa, su nivel de jerarquización y por tanto las dificultades que supone para el empresario o accionistas controlar las acciones de sus subordinados son factores que incrementan el riesgo –dentro de lo permitido –pero que suponen ya una fuente de peligro al menos potencial. Como señala Terradillos, las características propias del marco empresarial suponen un “caldo de cultivo de fenómenos criminales específicos” (2008, p. 17).

Por ello, considerar la empresa foco de peligro por el solo hecho de tener esta estructura no es un error. Sin embargo, cuando se trate de concretizar las cargas específicas en base a las fuentes de peligro concretas que debe enfrentar el empresario deberá atenderse a la realidad de la actividad que se lleva a cabo; de lo contrario, se puede llegar a una atribución de cargas o deberes excesivos para el empresario, que tendría que velar por todas las actividades que en el interior del centro de trabajo se realicen. Por el momento, en qué consisten los deberes que

objetivamente debe asumir el empresario en virtud de esta asunción no será analizado.

De esta manera, aunado al riesgo permitido, pero riesgo de todas formas, que supone la propia organización empresarial, debe tomarse en cuenta los peligros inherentes a la actividad o giro de negocio en la que enfoque. Así, de manera general, los riesgos, y por tanto las cargas que recaiga sobre el empleador, serán mayores en una empresa minera que se dedica a la explotación a tajo abierto que en aquella empresa que se dedica a la mensajería dentro de una ciudad.

No obstante ello, a partir del desarrollo de la normativa supranacional e interna que se ha realizado en el primer capítulo se está en la posibilidad de poder concretar esta afirmación. Principalmente la OIT a través de sus instrumentos normativos ha concluido que la actividad laboral que se despliega representa determinados riesgos que el empresario debe identificar y disminuir, si no eliminar. Llevado al ámbito de la responsabilidad penal, son riesgos que se entienden penalmente permitidos siempre y cuando se cumpla con una serie de obligaciones. Y éstos derivan de la configuración, en este caso ya no de la estructura organizativa, sino de las labores y actividades concretas que se llegue a realizar.

Esta forma de recurrir a la normativa extrapenal y principalmente a la realidad que está detrás de la misma, en este caso no para fundamentar sino para dotar de contenido o complementar la conclusión a la que se ha arribado, tiene sentido toda vez que desde una lectura armónica y sistemática del ordenamiento jurídico, y teniendo en cuenta la naturaleza subsidiaria del Derecho Penal, “la situación jurídica meta-juridicopenal no puede ser indiferente para la posición de garante penal” (Schünemann, 2009, p. 265).

3.2.2. Responsabilidad derivada de la creación de riesgo permitido

No obstante lo señalado hasta este momento, los supuestos que se han analizado evidencian comportamientos que, desde el Derecho Penal, no son en principio relevantes para atribuir responsabilidad. Importa entonces fundamentar por qué una persona, en este caso los sujetos que ocupan cargos en los órganos directivos de la empresa, o el empresario de manera genérica, debe asumir deberes por una conducta que la sociedad no tiene problemas en soportar. Esto es: por qué es posible, si lo es, extraer una posición de garante de un comportamiento previo a todas luces permitido, que no excede aquellos márgenes de libertad que cimentan la responsabilidad penal.

Se ha mencionado que a pesar de los marcos que se imponen, la actividad no pierde ni su característica de actividad riesgosa ni su potencialidad dañina –es esta potencialidad la que justifica que se pongan límites. Estos son límites que merecen un control y vigilancia mientras el foco de peligro siga incidiendo sobre la sociedad, pues el desarrollo de una actividad empresarial es ilimitado en el tiempo, y además es dinámico. En esa línea, teniendo como base el uso de la libertad –libertad de empresa con todo aquello que implica desde la propia constitución hasta la determinación y desarrollo del objeto social –de manera dinámica, se debe afirmar que

toda regulación jurídica a partir de aquí orientada al futuro (esto, preventiva y no meramente represiva) sólo puede vincularse a esta situación, mediante la que se mediatizó y minimizó en su transcendencia jurídica la causa originaria. (Schünemann, 2009, p. 333)

Así, en cualquier momento el foco de peligro puede desestabilizarse o salir de los cauces que las limitaciones que impone el ordenamiento quieren mantener, y con ello convertirse en un riesgo prohibido para bienes jurídicos. El emprendimiento de una actividad que comporta en sí potenciales riesgos para bienes jurídicos de terceros trae consigo el hacerse responsable de dichos focos de peligro mientras que la actividad que los ha creado –la empresa –persista. En ese sentido, para el planteamiento de Jakobs se tratarían de una imputación en base a esferas de riesgo, siendo posible

fundamentar una “responsabilidad por cosas o actividades, es decir, como deber de relación prolongado” (1997, p. 985).

A esta postura se opone, entre otros, Roxin, en un crítica desarrollada por Demetrio Crespo, quien expone que este planteamiento va contra una imputación típica en la que la acción previa “tiene que haber creado una fuente de peligro de un modo *ex ante* contrario al deber” (2008a, p. 132). Sin embargo, así formulada, esta crítica omite la diferenciación entre la conducta que origina la asunción de una posición de garante y la conducta por la cual se vulnera dicha posición, con los deberes que de ella emanan, y que justifican posteriormente la imputación del resultado lesivo.

La conducta precedente, aun cuando no crea ningún riesgo fuera del permitido, sirve para fundamentar la posición de garante en cuanto es una fuente de peligro potencial para bienes jurídicos de terceros que no tienen por qué soportar dicha carga, pero jamás servirá para fundamentar la atribución de responsabilidad penal, momento posterior del análisis de la comisión por omisión, dado que solo puede imputarse aquellos comportamientos que evidencien la “realización de un riesgo (desaprobado) jurídicamente relevante” (Frisch, 2014, p. 4).

Por ello, cabe afirmar que si “la libertad descentral de elección debe verse correspondida, en cuanto sinalagma, por la responsabilidad por las consecuencias de la elección” (Jakobs, 2000b, p. 52), y la adecuación a las normas jurídicas, en tanto adecuación a las pautas sociales y jurídicas que establecen los márgenes de la permisión de determinadas conductas, es requisito indispensable para mantener dicha permisibilidad, entonces al ejercicio de la autonomía, de la libertad de empresa, le corresponde la responsabilidad de velar por que esta actividad no se descontrola, convirtiéndose en un peligro relevante para el Derecho Penal. En ese sentido, dado el dinamismo propio de la actividad empresarial,

mediante la conducta propia del señor de la cosa se modifica continuamente el nivel de peligro de su ámbito de dominio, y éste siempre tiene que conjurar los peligros que surjan del respectivo estado de su ámbito de dominio. (Schünemann, 2009, p. 335)

4. Fuentes y contenido del deber asumido

4.1. Conducta previa como fuente del deber

Hasta el momento se ha expuesto aquel argumento que permite justificar que a una determinada persona se le atribuya una posición de garante a partir de la cual, en un momento posterior, se puede imputar responsabilidad penal. Sin embargo, aún queda por avanzar en el objeto principal de esta investigación, que es establecer si sobre la figura del empresario – empleador recae una posición de garante, y si es así, en virtud a qué criterios. Para ello, corresponde ahora analizar cómo o a partir de qué surge la posición de garante, con la consecuencia de los deberes que la misma trae consigo y que a partir de ese momento le competen ya al garante.

4.1.1. Comportamiento precedente como única fuente material

Sobre este punto, existe consenso en la doctrina en cuanto a abandonar la teoría de las fuentes formales, en virtud de las cuales era solo la ley y el contrato los instrumentos que determinaban la figura del garante y los deberes que a este le competían, para así desarrollar las llamadas fuentes materiales. Sin embargo, aquí surge nuevamente la discusión dogmática.

Por un lado, para Jakobs existirían deberes que nacen a partir de la responsabilidad por organización, en virtud a “los efectos potenciales del comportamiento concluido” (1997, p. 973), y deberes que se determinan a partir de la llamada responsabilidad institucional, que incluye aquellos espacios de la sociedad cuya importancia justifica una restricción de la libertad de los individuos y donde no cabría ningún espacio de

autonomía (Jakobs, 1997, p. 994). Ejemplos clásicos de los últimos son el matrimonio, la relación entre los padres y sus hijos y los deberes de los funcionarios estatales.

Armin Kaufmann, por su parte, identifica la existencia de un mandato a partir de la idea general que “el Derecho es poder de surtir efectos, de influir; tiene que serlo si pretende desempeñar su misión de ordenar, de regular, de configurar la convivencia humana” (Kaufmann, 2006, p. 40). Luego, en el caso de los delitos de omisión impropia, la característica de los mandatos de garante “reside en la posición especial del sujeto del mandato” (Kaufmann, 2006, p. 282), la que se expresa en el deber de evitar la lesión de bienes jurídicos y que puede tomar dos direcciones: los deberes de garantía de protección de determinados bienes jurídicos y deberes de garantía de vigilancia de determinadas fuentes de peligro (Kaufmann, 2006, pp. 289-290)

Finalmente, para Schönemann, la posición y los deberes de garante nacen a partir del dominio sobre el fundamento o causa del resultado, que consistiría el dominio que tendría el autor, ya sea sobre una fuente de peligro o sobre un bien jurídico en situación de desamparo (Schönemann, 2004, p. 21), debiendo entenderse este último caso como una situación de “desvalimiento de la persona sometida al poder” (Schönemann, 2009, p. 391). Con esta teoría se pondría atención a “la canalización del poder objetivo sobre el hecho por las esferas superiores de dirección” (Demetrio Crespo, 2008b, p. 78).

Como se ha expuesto, al Derecho Penal solo le interesan, y a partir de ello, solo puede exigir de las personas la realización de comportamientos. Son éstos los que, a medida que se realizan, van moldeando y perfilando los deberes que le competen a cada ciudadano, el espacio que tiene cada uno para desarrollar su autonomía, y en virtud de los cuales posteriormente se evaluará la organización de su propio espacio de libertad.

Aun cuando se quisiera mantener como fuentes formales la ley y el contrato, éstas por sí solas no crean o hacen surgir una determinada posición de garante.

Ya sea que las normas contengan deberes generales o especiales, se requiere un comportamiento mediante el cual la sociedad entienda que la persona hace suya dicha posición. Esto significa, desde la estructura de la propia norma, que la persona realiza el supuesto de hecho. Y la misma explicación cabe desde la figura del contrato. Si lo que justifica la existencia de la posición de garante en el ordenamiento jurídico es la responsabilidad que se debe tener cuando se interviene en bienes jurídicos ajenos, entonces deberá apreciarse “una relación de señorío del empresario sobre la empresa y las personas que en ella actúan realizando la acción peligrosa” (Arroyo Zapatero, 1981, p. 160).

Incluso si se atiende al propio Código Penal se arriba a la misma conclusión. La existencia del deber jurídico a la que hace referencia el artículo 13.1²⁰ puede estar enunciado en alguna de las fuentes formales, sin embargo es el comportamiento previo por el que se muestra, hacia el exterior –sociedad –la adquisición de dicho deber, más allá del instrumento en el que esté contenido. La existencia de un deber específico, por sí solo, no vincula u obliga a nadie si éste no decide someterse al mismo (Montoya Vivanco, 2014, p. 624).

Sostener esta idea lleva, además, a cuestionar una eventual diferencia entre la responsabilidad por organización y la responsabilidad institucional. Ello es así porque, como se ha expuesto ampliamente, toda intervención estatal –y más aun cuando se recurre al sistema penal –se justifica si en un juicio de ponderación la limitación de ciertas libertades es idónea y necesaria para la satisfacción de otros valores de igual

²⁰ En el mismo sentido, el segundo párrafo del artículo 40° del Código Penal italiano señala: “*non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*”.

importancia. En consecuencia, separar aquellos deberes que pretenden salvaguardar ciertas formas de relación social pierde sentido.

Pero, principalmente, la crítica que se esboza apunta a que nuevamente es imperante un comportamiento previo que permita apreciar la asunción de la calidad de garante y los deberes correspondientes. Dado que todo comportamiento se realiza dentro de un proceso comunicativo, y cada sujeto con dicha acción trasmite ciertos datos dentro de una sociedad (Jakobs, Cancio Meliá, & Feijóo Sánchez, 1996, p. 18), no es la existencia de la institución ni la norma o contrato que la regula lo que permite que se asuman determinados deberes, sino la conducta precedente la que exterioriza una relación o vinculación con determinados espacios de libertad merecedores de tutela. A la misma conclusión se arriba para el caso de los llamados deberes de protección, donde el acto previo expresa “un significado objetivo de protección” al que se une “la inhibición de medidas alternativas de amparo del bien” (Lascurain Sánchez, 2005b, p. 100).

Sin embargo, contra esta postura se ha señalado que el acto libre mediante el cual la persona asume un deber institucionalizado no es el determinante en el establecimiento de la posición de garante sino que éste se vincula a un ámbito de deberes previamente organizado, institucionalizado (Montoya Vivanco, 2014, p. 633). Sin embargo, esta afirmación no toma en consideración que este espacio, predeterminado por el titular del bien jurídico –por ejemplo el Estado para el deber de los funcionarios públicos –nada tiene que ver con la fuente originaria de la posición de garante. Su mera existencia no vincula a nadie antes de la manifestación de una conducta en ese sentido. Ni siquiera durante el desarrollo de la relación con el bien jurídico la persona – garante está sujeta a este espacio predeterminado, pues es la conducta precedente la que expresa, más allá de la asunción de deberes institucionalizados, una serie de

deberes que dependerán de cómo haya configurado su posición jurídica mediante el acto previo.

Así, la responsabilidad por velar que la organización del propio espacio de libertad no afecte los bienes jurídicos de terceros, y que se manifiesta a través de comportamientos, se erige como la fuente o el principio de la posición de garante. De esta manera, incluso el dominio sobre la causa del resultado puede ser reconducido a este principio, ya que como se ha mostrado con anterioridad, el atribuir a una persona las consecuencias de su conducta previa se encuentra en el fundamento del planteamiento de Schünemann, la imputación del resultado a la persona. Con ello, dominar el suceso –fuente de peligro – solo puede entenderse como consecuencia de una acción previa mediante la cual se crea un riesgo para bienes jurídicos.

Asimismo, las ventajas que de acuerdo a Demetrio aportaría la teoría de Schünemann se mantienen bajo la tesis aquí esbozada, pues solo podría justificarse una posición de garante por el ejercicio de la autonomía de una persona si, por un lado, a ésta se le exigía conocer los riesgos de su conducta anterior y, por otro lado, siempre que se trate de riesgos que se encontraban dentro la esfera jurídica previamente configurada por el propio sujeto. Estos aspectos no pertenecen a la discusión de la fuente de la posición de garante, pero se derivan directamente de la postura que aquí se asume.

Además, este postulado permite poner de relieve las “sólidas pautas democráticas de legitimación de los deberes de garantía” (Martínez-Buján Pérez, 2014, p. 505), recurriendo a los cimientos del Estado Constitucional de Derecho para cimentar la intervención penal. Con ciertos matices, Demetrio Crespo señala que el ejercicio de la auto organización es un factor implícito en la teoría de Schünemann, puesto que de otro modo sería imposible afirmar la existencia de un dominio (2008b, p. 79).

La conclusión a la que se ha arribado permite explicar, además, aquellos casos en los que el sujeto no es quien origina el riesgo para el bien jurídico, sino que asume esta situación. Aquí, nuevamente la conducta previa consiste en asumir, en pleno uso de su autonomía, un contexto de riesgo para el bien jurídico con la correspondiente consecuencia de responsabilizarse por mantenerla dentro de los límites permisibles en un sentido socio-normativo. Otro sentido no podría atribuírsele a su comportamiento, a su decisión de vincularse libremente con esa denominada fuente de riesgo. De esta manera, nuevamente el sinalagma libertad – responsabilidad cobra sentido al nacer una posición de garante de la asunción de una situación en la que ya existe un riesgo, permitido claro está, pero que puede desencadenarse fuera de los límites permitidos. Una vez más, es a partir de esta conducta precedente que pueden derivarse puestas en peligro penalmente relevantes de bienes jurídicos de terceros, cuya indemnidad es asumida voluntariamente por el garante.

Por esta razón, no sería acertada una distinción entre un dominio existencialmente previo y uno a partir de un acto de voluntad (Schünemann, 2009, p. 290), puesto que es en última instancia la manifestación de voluntad la que permite asumir un acto, si se quiere un movimiento corporal, como propio, legitimando con ello la atribución de las consecuencias derivadas del mismo.

De lo expuesto, entonces, cabe concluir que el comportamiento del que nace la posición de garante debe ser un comportamiento voluntario, en la medida que puede observarse en éste el ejercicio de la libertad de la persona, y además, como se señaló en el acápite anterior, debe evidenciarse una puesta en peligro de un bien jurídico protegido, peligro que aunque no sea aún reprochable penalmente, obliga a “la asunción del deber de mantener estable la fuente de peligro” (Meini Méndez, 2009, p. 443). Como señala Lascuraín, la responsabilidad por el propio comportamiento solo se puede fundamentar a partir del “normal ejercicio de la autonomía personal” (2005b, p.

82), y ello sucede no solo cuando el comportamiento es libre y voluntario, sino además cuando éste se da dentro de los cauces en los que dicho comportamiento es permitido. En consecuencia, toda referencia al comportamiento precedente implica la puesta en riesgo y el deber de velar por el bien jurídico involucrado.

Este comportamiento, aun cuando esté referido a la asunción de una posición de garante determinada o establecida en una norma jurídico o contrato, puede llevar a que la esfera sobre la que la persona, en este caso empresario, será competente pueda ser más amplia a la que fue previamente determinada por el legislador o por las partes, con lo que nuevamente se evidencia la aplicabilidad del presente planteamiento.

Estas consideraciones, aplicadas a la criminalidad empresarial, llevan a afirmar que sobre aquella persona que libre y voluntariamente se involucra en una actividad empresarial o en el funcionamiento de una empresa recae la posición de garante, con determinados deberes como consecuencia de haber realizado una conducta, en uso de su libertad, que implica determinados riesgos para bienes jurídicos ajenos. Por ello, cabe adscribirse al planteamiento de Heine, al considerar que el deber de garante del empresario se fundamenta en los riesgos y peligros que derivan de la creación de la empresa, debiendo por tanto manejar tanto la infraestructura como el desarrollo mismo de la empresa de manera que no se lesionen bienes jurídicos (Demetrio Crespo, 2008a, p. 140).

4.1.2. Críticas formuladas al comportamiento previo como fuente material

Esta forma de entender la fuente de la posición de garante no ha sido asumida de manera general por la doctrina. Así, una crítica formulada principalmente por Rotsch apuntaría a que la existencia del deber de garante dependería de la existencia de un dominio fáctico por parte del empresario, además de un control por parte de los

órganos de dirección de los sucesos lesivos o peligrosos (Demetrio Crespo, 2008a, p. 141). Dada la estructura y organización de las empresas, principalmente las más grandes, ambos requisitos para este autor no se darían.

Por su parte, Tiedemann señala que, desde el Derecho alemán, el deber de garante del titular de la empresa se derivaría del derecho de dirigir y dar órdenes, rechazando criterios como el dominio o la confianza a las que califica de argumentaciones puramente fácticas que no se basan en los principios de la responsabilidad (2009, p. 188). No obstante, el dirigir y dar órdenes siguen siendo argumentaciones fácticas que no pueden sostenerse exclusivamente en la existencia de la normativa penal o extrapenal. Ello evidencia, además, que la fuente a la que alude Tiedemann es otra forma de expresar el dominio que se exige, de manera errónea, para admitir la existencia de una posición de garante.

Ambos cuestionamientos no pueden compartirse pues, como se ha indicado, el dominio fáctico o control que pueda tener el empresario – garante no corresponde a la fuente de la posición, pero sí se deriva no solo de ésta sino de los fundamentos del Derecho Penal. Carecería de sentido, y por tanto, de legitimidad, atribuirle responsabilidad por el menoscabo de bienes jurídicos a partir de aquellos riesgos que no se le exigía o se encontraba impedido de controlar. Es decir, si el presupuesto para la posición de garante es que los riesgos que se crean son producto de la facultad de auto organización de la persona, entonces aquellos riesgos que escapen a esa esfera de organización no podrán ser garantizados por éste. Y ello aplica tanto para quien crea una situación de riesgo como para quien asume una situación creada por un tercero en virtud de la delegación de funciones.

Esta forma de entender la fuente de la posición de garante se ha interpretado, y en casos como el de Roxin, descartado por ser una visión basada en la “causalidad de la

acción precedente”, insuficiente para fundamentar la posición de garante (Roxin, 2007, p. 154). Sin embargo, esta crítica no se vincula con la objeción válida al causalismo – naturalismo, en tanto a partir de esta concepción no se podría dar respuesta a fenómenos en los que una aprehensión no sería posible. Y por tanto, tampoco supone asumir el concepto causal de acción.

Si de lo que se trata es de hallar el principio u origen de la posición de garante, de manera que a partir de ésta se pueda definir su contenido y límites, entonces es la conducta precedente la que cumple dicha función, como se ha explicitado. En especial, se ha mostrado cómo la posición de garante (o de control), de donde Roxin deriva la injerencia o actuar precedente peligroso como presupuesto para la fundamentación de la posición de garante (2007, pp. 154-155), es en realidad expresión de una conducta previa mediante la cual el ahora garante se hace responsable por evitar las consecuencias lesivas para bienes jurídicos de terceros, en donde “se adquiere voluntariamente un compromiso de actuar a modo de barrera de contención de riesgos concretos que amenazan a bienes jurídicos específicos” (Silva Sánchez, 2004a, p. 16).

En qué consiste la posición de garante, y hasta dónde se amplía, es una pregunta que corresponde no a la fuente sino al contenido de la misma, cuestión que será abordada a continuación.

4.2. Contenido genérico derivado de la propia conducta

Hasta el momento se ha buscado hallar el fundamento de la posición de garante. Una vez que se ha determinado que dicha posición se asume en mérito a un actuar precedente, esto es el establecimiento de una fuente de riesgo, la consecuencia necesaria es que de dicha conducta se desprendan determinados deberes. En este punto, se ha sostenido por la doctrina que el objetivo final de la acción a la que se

encuentra obligado el garante, y por ende el empresario, es el evitar el acaecimiento de un resultado lesivo (Dopico Gómez-Aller, 2013, p. 170), ello en concordancia además con los enunciados de los códigos penales que regulan la figura de la comisión por omisión. Así, el texto del artículo 13 del Código Penal peruano establece como presupuesto la realización de un hecho punible. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 11 del CP español²¹ y el artículo 40° del CP italiano.

Si se vuelve sobre las premisas previas que se han esbozado, el uso de la libertad o la autonomía lleva consigo la responsabilidad de la persona por los riesgos que se hayan creado para bienes jurídicos de terceros. Cuando este riesgo se encuentra contenido o dentro de los cauces permitidos, la responsabilidad radica en evitar que el mismo ponga en peligro bienes jurídicos de terceros, peligro que se encuentra, esta vez, desvalorado socialmente y por tanto es merecedor del reproche social. En consecuencia, una primera aproximación al contenido de la posición de garante implica afirmar que ésta solo es la concreción del mandato general derivado de los fines del Estado y del Derecho Penal.

A partir de ello, no se podría concluir que las medidas que debe adoptar el garante, y en base a las cuales eventualmente se imputará responsabilidad penal, deben estar orientadas a evitar una efectiva lesión del bien jurídico, esto es, por ejemplo, la muerte de una persona. Aunque ya se ha mencionado con anterioridad la postura que aquí se sostiene sobre la diferencia entre comportamiento y resultado, vale la pena resaltar que aquello que el Estado puede garantizar y exigir que los ciudadanos respeten no puede depender del acaecimiento de sucesos que no se deriven directamente del ejercicio de la autonomía de la persona. La puesta en peligro, jurídicamente desaprobado, de un bien jurídico implica ya coartar la libertad de un tercero,

²¹ “Los delitos 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 sentido del texto de la ley, a su causación [...]”.

garantizada por el Estado, de manera que no se pueda ejercer a plenitud. Con ello, entonces, se estaría cumpliendo ya con el presupuesto que legitima la intervención penal.

Ahora bien, si al Derecho Penal le interesa solo esta concepción del resultado –puesta en peligro relevante del bien jurídico –sin consideración de las formas como cada sujeto organiza su autonomía, a todas las conductas típicas, es decir, a todos aquellos tipos que prevean la protección de un bien jurídico penal, les debe ser extensiva esta conclusión, con lo cual, la exigencia para el garante debe ser, de manera genérica, la no puesta en peligro relevante de los mismos, sin importar la realización o no de un resultado materialmente apreciable. A la misma conclusión arriban autores como Vives Antón y Jakobs, quienes sostienen que el resultado debe ser entendido como “modificación del mundo exterior” (Vives Antón, 2011, p. 610) o “intervención activa sobre un objeto” (Jakobs, 1997, p. 952), lo que en todo caso alcanza a la puesta en peligro a través de la tentativa.

Siendo ello así, la primera forma de concretar esta fórmula general es a partir de la propia conducta que genera el riesgo. La conducta previa configura o puede permitir una serie de ataques para los bienes jurídicos, por lo que el garante estará llamado a organizar su espacio de libertad de manera que esos peligros no se concreten. Si, como se ha planteado, el deber del garante recae en última instancia en haber iniciado o emprendido con carácter general una actividad cuyo desenvolvimiento puede devenir en la puesta en peligro de un bien jurídico protegido (Meini Méndez, 2003a, pp. 438-439), entonces controlar esta causa del resultado implicará que la medida de lo exigido para el garante estará en los riesgos que a éste se le exige conocer y prever desde que establece una fuente de peligro, sobre los que tiene un dominio y “control del proceso lesivo” (Silva Sánchez, 2004a, p. 16), es decir, a partir del “valor del propio comportamiento en términos de autonomía personal y colectiva” (Lascuraín Sánchez,

2005b, p. 84). Es con el comportamiento previo con el que se establece tanto los bienes jurídicos sometidos a peligro como el peligro mismo, y con ello las dimensiones y límites de la posición de garante (Silva Sánchez, 2004d, p. 69).

Sin embargo, de esta forma se podría abrir las puertas a un gran universo de posibles comportamientos que el garante, en abstracto, debería realizar, por lo que surge una pregunta válida: ¿a cuáles se encuentra jurídicamente obligado? Para dar respuesta a esta interrogante, central en el análisis que se viene realizando, se debe atender al elemento central en el problema de la conducta debida del garante: la identificación del riesgo generado. De manera general, el juicio o análisis de la situación de peligro debe darse en base a situaciones conocibles o experimentables por el garante (Robles Planas, 2014, pp. 76-77), toda vez que “solo el conocimiento posibilita la libertad, y sólo la libertad posibilita el deber” (Lascuráin Sánchez, 2005b, p. 82).

4.2.1. Deberes extrapenales como contenido de deber de garante

Siendo que la medida justa de los deberes a los que se encuentra obligado el garante será, entonces, el riesgo generado para el bien jurídico, una primera forma de aproximarse a este es a partir de la integración del ordenamiento jurídico. Ya que el Derecho Penal es una instancia que sanciona conductas que se encuentran desvaloradas socialmente de manera previa, ésta necesariamente debe tomar como punto de inicio las valoraciones de conducta que ya evidencian una prohibición por parte del ordenamiento (Schünemann, 2009, p. 270), lo que se puede hallar en la regulación extra penal.

De esta manera se logrará una respuesta coherente de parte del Estado en la atribución de responsabilidad a la persona por su comportamiento, tomando en cuenta las distintas consecuencias jurídicas que éste contempla (Seelmann, 2013a, p. 126),

pero sin que ello suponga una responsabilidad penal objetiva ni la vulneración del principio de subsidiariedad, tal y como se ha demostrado en el primer capítulo.

Además de las pautas de conducta dadas por el propio ordenamiento jurídico, serán relevantes para dilucidar hasta qué punto se le exige al garante valorar los riesgos de su conducta previa, los conocimientos mínimos que se le exige a quien emprende una actividad riesgosa, y que se le atribuye por su incorporación libre y voluntaria a este nuevo espacio de incidencia social. Es decir, a quien emprende una actividad de riesgo para el bien jurídico se le debe exigir, legítimamente, que conozca los riesgos que socio-normativamente se esperan que acaezcan. De otra manera se estaría incentivando la participación irresponsable de las personas en los espacios sociales. En ese sentido, los conocimientos técnicos o especiales serán exigibles siempre que integren el espacio de libertad que el garante está obligado a organizar.

4.2.2. Características del comportamiento del garante

Una vez identificados los riesgos generados por la conducta previa, se puede desprender de éstos las medidas en base a las cuales se deberá organizar el propio espacio de autonomía. Estas deberán ser, en ese momento, capaces de mantener al bien jurídico fuera del peligro típico. Dicho con otras palabras, “la acción indicada ha de ser *ex ante* capaz de salvación” (Silva Sánchez, 2004d, p. 89). La idoneidad de los comportamientos a los que se encuentra obligado el garante deberá analizarse al momento de la acción precedente, pues es éste el momento en el cual se crea la situación de riesgo para el bien jurídico.

Nuevamente, sobre el llamado resultado salvador, éste solo puede ser entendido y exigido como la no alteración de la fuente de peligro fuera de los cauces permitidos, en tanto “se trata de la imposición de mandatos de conducción adecuada de peligros para

la protección de la vida, la integridad y la propiedad de otras personas” (Perdomo Torres, 2001).

No basta, sin embargo, con que la acción debida sea idónea; en primer lugar, se requiere que el garante esté en capacidad o posibilidad de realizarla (Gimbernat Ordeig, 1990, p. 184). Ciertamente, ésta es una característica propia del comportamiento en general y en consecuencia presupuesto para la atribución de las consecuencias de determinado acto, en tanto el ordenamiento solo puede exigir de sus ciudadanos aquellos comportamientos que, de acuerdo a pautas sociales, está en posibilidad de realizar. Por lo tanto, solo podrá exigirse aquellos comportamientos que, de acuerdo al avance de la ciencia y la tecnología y a la experiencia del espacio social en el que se desenvuelve, el garante debe estar en capacidad de realizar. En suma, dado que no se le puede exigir a alguien una conducta más allá de lo que la realidad señala que puede realizar, *ex ante* debe existir y ser posible acatar determinada medida (Bacigalupo, 1983, pp. 149-150).

Ahora bien, se ha señalado en la doctrina que la acción determinada o exigible debe ser una en la que con certeza y en definitiva se pueda afirmar que realizará el resultado esperado (Gracia Martín, 2004, p. 158). Sin embargo, un planteamiento coherente obliga a descartar que la exigencia radique en que efectivamente se logre este resultado, bastando, como se analizará más adelante, con que la conducta exigida –y que se eventualmente no se llevó a cabo –haya sido posible e idónea para mantener el bien jurídico dentro del riesgo permitido, esto es, que la omisión no haya creado un riesgo prohibido. Asimismo, no cabe señalar, *ex ante*, que el comportamiento logrará este cometido de manera certera y definitiva, sino si se exige y se espera que lo haga.

Finalmente, sobre este punto cabe señalar que tanto la exigencia de conocimiento del riesgo generado como la exigencia de actuación, que tiene como presupuesto la posibilidad de comportarse o actuar conforme a las expectativas socio-normativas, deberán actualizarse durante el desarrollo de la actividad o proceso iniciado por el garante. Debido al dinamismo de las relaciones sociales, el contenido y límites de la posición de garante pueden variar en función a diversos factores, siempre derivados de su propia conducta, lo que obligarán a éste a reorganizar su ámbito de autonomía a fin de lograr la protección de los bienes jurídicos en riesgo.

4.2.3. Deberes del garante – empresario

En el ámbito empresarial, la responsabilidad del garante – empresario estará en función de los riesgos derivados de la actividad empresarial, los que se pueden expresar tanto en daños para las personas que laboran dentro y para la empresa como en daños hacia el exterior (Meini Méndez, 1999, pp. 886-887). Entonces, cabrá afirmar que la creación y organización de una empresa implicará la posibilidad de menoscabar una serie de bienes jurídicos, para lo cual el empresario deberá tener en cuenta tanto aquellos riesgos que se deriven de la estructura de la misma (su organización), como los derivados de su funcionamiento o puesta en marcha.

De manera general, puede señalarse que la principal objeción en la determinación de los deberes en el sector empresarial radica que éstos recaerían, en mayor o menor medida, en un ámbito de dominio ajeno al empresario, perteneciente ya a la conducta de terceros. Sin embargo, lo relevante aquí será que el empresario mantenga la posibilidad real de organizar la empresa, de disponer de su esfera de autonomía, lo que se puede expresar en el “ejercicio de determinados derechos que otorgan exclusividad de administración a su titular” (Robles Planas, 2007, p. 60). Es esta capacidad la que permitir exigirle una correcta administración de su esfera de competencias.

Para ello, el Estado puede, como de hecho lo hace, prever una serie de riesgos prototípicos y, por tanto, una serie de medidas destinadas a contrarrestarlos. Con la finalidad de no sobrecargar al empresario ni hacerlo garante por un infinito de posibilidades de puesta en peligro, la normativa extrapenal juega un papel importante delimitando los márgenes de las conductas permitidas (Feijóo Sánchez, 2009, p. 32). Así, más que significar la autorización para la explotación de un bien jurídico (Tiedemann, 2009, p. 201), ésta será la base para determinar, en principio, la tolerabilidad o adecuación social del comportamiento. En consecuencia, el empresario se adscribiría a una esfera de responsabilidades previamente configurada por el ordenamiento jurídico, pero que solamente se activan en tanto existe un comportamiento anterior que hace necesario que se atribuyan estas competencias.

Sin embargo, ello no significa limitar el papel del garante al cumplimiento de la normativa extrapenal. Como toda tarea legislativa, esta no puede prever todas las posibilidades de lesión o afectación a bienes jurídicos (¡ni siquiera puede hacerlo el Derecho Penal!). Incluso durante el desarrollo de la actividad empresarial la regulación legal puede quedar desfasada, pero aun así subsistir la exigencia de actuación por parte del empresario. Por lo tanto, quien estará en mejores condiciones de actualizar los posibles riesgos, en abstracto, que se derivan de la actividad empresarial que se emprende será el propio garante. En consecuencia, el contenido del deber será no solo acatar la regulación extrapenal, sino también implementar todas aquellas medidas que desde su posición sean idóneas para mantener el riesgo dentro de lo jurídicamente permitido. En otras palabras,

lo que el ordenamiento va a pedir es que se maneje cuidadosamente el propio comportamiento y que eventualmente se emprendan nuevos comportamientos que contrarresten la peligrosidad de los iniciales. (Lascurain Sánchez, 2005b, p. 82)

De la misma manera cabrá actuar en los casos en los que no exista una regulación previa, supuesto en el cual se deberá recurrir tanto a la expectativa social como al análisis de las posibilidades de actuación en función del desarrollo de la técnica y la ciencia con la cual se lleva a cabo la actividad empresarial.

En lo que respecta a la exigibilidad de las medidas a adoptar, dos aspectos deben ser tomados en cuenta desde la posición de garante del empresario. En primer lugar, al momento del inicio de la actividad, esto es cuando surge el deber del garante, la posibilidad de mantener el riesgo dentro de los cauces permitidos debe existir, pues de lo contrario se estaría ante un riesgo que, *ex ante*, no podrá ser controlado, y por lo tanto, ante una acción desde el inicio prohibida por significar la creación de un riesgo desaprobado (Frisch, 1996, p. 113).

En segundo lugar, la exigibilidad podrá determinarse en función al acceso que, durante el desarrollo de la actividad empresarial, se tenga sobre determinadas medidas o acciones –por ejemplo, la compra de cierta maquinaria o equipo técnico como barreras de contención del riesgo. En este caso, la exigibilidad implicará realizar un juicio de ponderación a efectos de no cargar al empresario con deberes que impidan, de una manera desproporcionada, el ejercicio de su libertad. A estos efectos deberá tenerse en cuenta si se tratan de medidas adicionales o de aquellas que son socio-normativamente exigidas. Además, la posibilidad de acceso deberá existir al inicio de la actividad, pues de lo contrario se llegaría a la misma conclusión que en el caso anterior. Ello, sin embargo, no significa en ningún caso que el mayor costo o inversión económica que deba realizar el empresario determine la inexigibilidad de adoptar dicha medida.

La misma conclusión puede sostenerse respecto a aquellos deberes que se encuentren contenidos en un contrato. El dinamismo de las relaciones sociales obliga a afirmar que eventualmente este instrumento, al igual que la norma jurídica, puede resultar insuficiente para abarcar los riesgos creados por la conducta lícita, por lo que será necesario que el garante parta de este espacio configurado para derivar las acciones indispensables para la protección de los bienes jurídicos en riesgo.

Como es evidente, formulado de esta manera el contenido de la posición de garante, los únicos riesgos relevantes serán aquellos que se encuentren relacionados directamente con la conducta precedente, esto es, con el establecimiento de la empresa (Gimbernat Ordeig, 2001, p. 18). Además, este deber se extenderá durante el tiempo que la puesta en peligro se mantenga y deberá actualizarse, ya sea en base a la normativa extrapenal como a la propia conducta, a medida que se desarrolle la actividad, de manera que los posibles riesgos puedan ser cubiertos y se cumpla con el deber general de no lesionar bienes jurídicos.

4.2.4. Protección de bienes jurídicos como único deber del garante

No obstante lo dicho hasta este momento, la doctrina de manera generalizada ha concretado el deber de garante siguiendo la teoría de las funciones formulada por Kaufmann. Así, el deber del garante –en este caso del empresario –se expresaría tanto en deberes de protección de determinados bienes jurídicos como en deberes de vigilancia de determinadas fuentes de peligro. Estos expresarían las direcciones que puede tomar el comportamiento del garante, y la diferencia entre ellas sería “cuantitativa”, expresada en una mayor extensión de los deberes para el primer caso, en tanto en estos el comportamiento del garante “se dirige a la defensa del objeto de protección frente a cualquier clase de menoscabo” (Jescheck & Weigend, 2014b, p. 936), con la consiguiente atribución de “mayores deberes de cuidado sobre la

indemnidad del bien jurídico que en el caso de la posición de garante de vigilancia” (Montoya Vivanco, 2014, p. 621).

Como podrá apreciarse, en el desarrollo del presente acápite se ha optado por prescindir de esta clasificación. Y ello es así porque a partir de la conducta precedente, y en función de los principios del Derecho Penal, no se pueden separar las garantías de protección de las garantías de vigilancia, ni el foco de peligro del bien jurídico. Si de lo que se trata es de evitar que los procesos iniciados a través de un comportamiento libre y voluntario previo generen un daño para aquellos bienes jurídicos ajenos a la persona que la realiza—lesión o puesta en peligro—entonces su responsable se ve obligado a garantizar que los riesgos a los que se encuentran sometidos los bienes jurídicos no sean desestabilizados (¡protección de los bienes jurídicos!), lo que implica un deber de control sobre las consecuencias de la conducta previa (¡vigilancia del foco de peligro!).

Con ello, los deberes que se derivan del ejercicio de la autonomía, una autonomía que incide negativamente en las esferas de libertad jurídicamente protegidas de terceros, tiene que ver a su vez tanto con la relación que crea el garante con otros bienes jurídicos, y con ello con el titular, como con las consecuencias de la fuente de peligro, que solo lo puede ser en relación a un bien jurídico. Y ambas funciones se presentarán, y por tanto deberán cumplirse, con igual intensidad. Por lo tanto, no se trata de identificar casos en los que ambos tipos de deberes pueden presentarse, sino de afirmar, sobre todo para el caso del garante – empresario, que

en interés de un control completo y a tiempo de las fuentes de peligro, una organización adecuada de la empresa exige, y no únicamente en casos excepcionales, la adopción de medidas de esta índole [medidas sistemáticas de control y vigilancia]. (Frisch, 1996, p. 118)

En suma, si partimos de la idea que los intereses que protege el Derecho penal, estos son los bienes jurídicos, expresan aquellos “intereses que se consideran merecedores de conservación y protección” (Meini Méndez, 2014b, p. 31), entonces, la razón por la cual el Estado atribuye determinados deberes debe ser el haber creado una situación de riesgo para bienes jurídicos (y si se habla de responsabilidad penal, ésta se fundamenta en la infracción de una norma penal que está pensada precisamente para prohibir aquellos comportamientos que supongan un riesgo relevante). En consecuencia, la teoría de las funciones reconduce siempre a deberes de protección de bienes jurídicos, a un único deber general de control de los riesgos para éstos producto de estructuras peligrosas o focos de peligro propias de empresa, para que los mismos no se vuelvan penalmente reprochables (Gimbernat Ordeig, 2014, p. 320).

Ahora bien, contra esta posición se han pronunciado autores como Roxin, quien defiende la diferencia las posiciones de vigilancia y de garantía al señalar que en las primeras existiría una amenaza de la generalidad, mientras que en las segundas la protección se ciñe a personas concretas y determinadas en cada caso (2014a, p. 264). Así, existiría una “diferencia material consistente en que en los deberes de protección tan sólo entra a tallar una <<defensa integral>> vinculado con la persona” (Roxin, 2014a, p. 264).

Sin embargo, como ya se señaló, la conducta previa generadora de la situación de riesgo para los bienes jurídicos implica la exigencia de una “defensa integral” siempre y en todos los casos. El deber de no lesionar bienes jurídicos con el propio comportamiento libre implica el adoptar las medidas idóneas y exigibles para evitar la puesta en riesgo relevante de los intereses que se pretende proteger, esto es la protección frente a los riesgos que el sujeto debió contemplar. La mayor o menor medida de estos deberes, esto es los límites de la posición de garante, dependen

directamente del bien jurídico como objeto de protección, de la exigibilidad y necesidad de adoptar ciertos controles (Frisch, 1996, p. 120). Entenderlo de otra manera, es decir establecer los alcances de los deberes *a priori*, a partir de una clasificación de deberes y situaciones de peligro, conllevaría a negar los principios que aquí se han planteado, principios del propio Estado constitucional.

Por otra parte, Roxin critica la posición de Gimbernat –quien niega la existencia de posiciones de garantía de protección –señalando que en los casos de deberes de protección de los hijos, ejemplo clásico de las posiciones de garantía, no podría entenderse a estos como foco de peligro, sino como “víctimas potenciales” frente a peligros externos (2014a, p. 264). Al respecto, es importante señalar que, tal y como se ha venido sosteniendo, la fuente o foco de peligro es la situación creada por la conducta previa que pone a las esferas de libertad de terceros en una situación de previsible afectación, esto es, en una situación de riesgo. Siendo ello así, a los padres se les exige un actuar responsable acorde con su comportamiento previo y, por lo tanto, organizar el ejercicio de su autonomía teniendo en cuenta todos los riesgos exigibles que pueden desencadenarse en el ejercicio de su libertad como padres, peligros que pueden encontrarse tanto al interior como fuera del espacio doméstico, propios o externos a los hijos.

En resumen, asumida voluntariamente la responsabilidad por una conducta precedente, que se comporta como un foco de potencialidad dañina para bienes jurídicos, ésta exige al garante la adopción de las medidas posibles tendientes a contener todos los peligros derivados de este foco, cuyo límite solo puede fijarse en atención a una distribución justa de libertades, esto es en atención a los riesgos generados para las esferas de libertad de terceros (Frisch, 1996, pp. 112-113) de manera *ex ante* y con el objetivo de garantizar la no lesividad de la fuente de peligro.

4.3. Contenido específico: el objeto de protección del tipo penal

No obstante lo señalado hasta este momento, una segunda forma de aproximación al contenido del deber que le incumbe al garante es atender a los concretos espacios de libertad que pretende promover cada uno de los delitos de la parte especial del Código Penal. Dicho con otras palabras, determinar qué es lo que se pretende proteger con cada tipo penal permite concretar y complementar el criterio de la situación del riesgo creado.

Hasta el momento nada se ha dicho sobre la existencia de un deber estrictamente jurídico-penal. Toda referencia al contenido de la posición de garante hasta este momento, e incluso desde su propio fundamento, ha sido en base a principios meta-jurídicos, que se apoyan o recogen valoraciones sociales, de aquel espacio de la realidad que el Derecho en general pretende regular.

Ello es así porque para poder normar los comportamientos no se puede tener otro punto de partida que no sea aquellos que la sociedad, a partir de sus diferentes instancias, ha transmitido a sus miembros y por tanto ha permitido que se internalicen. Sin embargo, en ciertos casos el desvalor de estas pautas de comportamiento será tal que será necesario, y justificado, una mayor intensidad de las sanciones, a través de mecanismos más formales, recurriéndose a una instancia normativa, el Derecho Penal (Muñoz Conde, 1985, p. 37).

La conclusión de este planteamiento es que el ordenamiento penal, o los tipos penales, no pueden regular o reprochar comportamientos que previamente no han sido desvalorados. Dentro de un Estado de Derecho no pueden crearse figuras jurídicas en contraposición no solo a otros ordenamientos jurídicos (Schünemann, 2009, p. 272), sino principalmente en oposición a otras instancias sociales, ello si no

se quiere perder la eficacia motivadora de un determinado sistema de valores (Muñoz Conde, 1985, p. 38). Pero, a su vez, tampoco se puede recoger todas aquellas conductas que se encuentran previamente desvaloradas, sino que deberán determinarse aquellas que, en base a un juicio de ponderación, atenten en tal medida la libertad de terceros que justifique restringir la libertad del responsable.

La importancia de estas ideas, que podrían calificarse como reiterativas o innecesarias, radica en que antes de plantear la atribución de responsabilidad penal a un sujeto, en este caso al empresario – garante, se debe estar en condiciones de señalar qué es lo que desde el Derecho Penal se esperaba de la persona. Y el criterio del riesgo generado para los bienes jurídicos, a pesar de su gran utilidad, necesita un criterio adicional que permita ser coherentes con la idea según la cual el Derecho Penal solo interviene ante aquellos ataques más gravosos a los bienes jurídicos. En consecuencia, a efectos de fundamentar la intervención penal en la esfera de libertad del empresario, los riesgos que éste se encuentra obligado a controlar y vigilar serán nuevamente aquellos desvalorados socialmente, pero cuyo desvalor se encuentre contemplado por cada tipo penal en el caso correspondiente (Rueda Martín, 2015, p. 8), lo que pasa por determinar el bien jurídico protegido en cada uno de estos.

La utilidad de este criterio yace en que viene a determinar un contenido más específico para la posición de garante del empresario. No serán entonces todas las acciones que prescriba la normativa extrapenal o lo que se espera en un determinado espacio de la sociedad, pues no todas ellas serán tendrán un desvalor que amerita el injusto penal (Gracia Martín, 2004, p. 154), sino que serán aquellas medidas que se deriven de una correcta interpretación del tipo penal. Incluso para aquellos casos en los que no existan otros instrumentos jurídicos, identificar cuáles son los riesgos que desde el tipo penal se reprochan y sancionan permite acotar el universo de comportamientos que se le podrían exigir al garante.

Especificar la conducta que el ordenamiento penal espera, en base a aquellas exigencias socio-normativas pre-penales permite, además, diferenciar cuándo se está ante un delito como el homicidio y cuándo se trata de un delito que tipifica expresamente la omisión de la normativa extra-penal, los llamados delitos de omisión propia. Así, será de vital importancia determinar si los riesgos de los que el sujeto es garante, y por tanto las medidas que debía adoptar, “van más allá de la clase de riesgos genéricos previstos a modo de omisiones puras” (Robles Planas, 2007, p. 67).

Nuevamente, con este criterio no se niega el contenido genérico de la posición de garante, sino que se lleva este planteamiento al campo de la atribución de responsabilidad penal, la cual no se puede sustentar en conductas que no se exigen en otros sectores del ordenamiento jurídico. No se puede llegar a la intervención penal sin pasar por la existencia de deberes de carácter general. La posición de garante solo se puede concretar cuando se acude al caso concreto, a la pauta de conducta que se atribuye vulnerada por una determinada persona. Como señala Welzel, citado por Kaufmann en su estudio sobre los delitos de omisión,

qué relaciones de confianza vienen en consideración y a qué actividad obligan, siempre ha de decidirse de modo distinto según el concreto ámbito social y, ante todo, en atención a los distintos tipos. (2006, p. 294)

Ahora bien, es importante resaltar la necesidad de una correcta labor de interpretación para poder hallar, más allá del texto literal de la norma jurídica, aquellos intereses que se pretenden proteger o tutelar. En ese sentido, para Schünemann esta finalidad se conseguiría hallando “el desvalor de acción que tiene en mente el legislador en sus descripciones típicas”, concepto al cual no se podría arribar desde el bien jurídico en tanto la sanción de determinadas lesiones de bienes jurídicos responde a una serie de

criterios como el interés de la víctima, la libertad del autor y necesidades de prevención y seguridad (2009, p. 416).

Es cierto, como se ha venido analizando, que solo determinados comportamientos merecen un reproche jurídico-penal, y ello es así por la intensidad con la que interviene el Derecho Penal, lo que exige que solo se sancionen las conductas más gravosas, pero siempre en función del bien jurídico. Determinar qué conductas deben ser sancionadas penalmente implica siempre un juicio de ponderación respecto a “cuánta libertad de actuación es necesario restringir y cómo hay que restringirla para garantizar que todos por igual podamos desarrollarnos libremente en sociedad” (Meini Méndez, 2014b, p. 35). Ello no se realiza solo desde el objeto de protección penal, sino que es necesario incluir también aquellos criterios aludidos por Schünemann.

Por otra parte, recurrir al legislador histórico implicaría aceptar que el Estado reproche determinadas conductas el día de hoy en base a “la conciencia colectiva de las personas que tomaron parte en el proceso legislativo” (Schünemann, 2009, pp. 304-305), esto es en base a parámetros de conducta de, por lo menos para el ordenamiento penal peruano, veinticinco años atrás, con lo cual toda intervención penal perdería legitimidad.

A pesar de esta crítica, luego de haber hallado las bases para la posición de garante, y con ello el fundamento sobre la causa del resultado como directriz de la equiparación de la acción a la omisión, Schünemann hace un análisis de las distintas categorías de delitos de la parte especial para aplicar y concretar su método. Así, acertadamente busca concretar las posiciones de dominio que defiende en una parte general a partir del objeto de tutela de los tipos penales. Por ejemplo, para señalar cuáles serían conductas debidas, y por tanto omitidas, en el delito de injuria, señala que este se caracterizaría por la existencia de una “infracción de la pretensión de respeto social y

consiguientemente por una vulneración de la ordenación de normas sociales” (Schünemann, 2009, p. 419). Con ello, la omisión que para este autor puede ser reprochada como un delito de injuria viene condicionada, en el fondo, por los intereses a proteger por parte del ordenamiento, que bajo el planteamiento que se viene sosteniendo, no son otros que los bienes jurídicos tutelados.

En síntesis, a efectos de justificar el reproche penal, los comportamientos que desde el ordenamiento penal se exigen y se esperan estarán determinados por los riesgos creados por la conducta previa, como fuente del peligro, para aquellos bienes jurídicos o intereses protegidos penalmente. Es decir, se justificará la intervención penal siempre que se atribuya la no adopción de medidas que eran idóneas para evitar aquellos riesgos más relevantes.

5. Realización de la conducta punible

Hasta el momento nada se ha dicho sobre la atribución de responsabilidad penal. Para ello era necesario primero encontrar el fundamento de la posición de garante y a partir de éste esbozar una teoría coherente sobre su nacimiento, contenido y límites en lo que respecta al empresario.

La doctrina, apoyada en la regulación legal de la comisión por omisión, ha señalado como condición para que la omisión del deber jurídico previamente esbozado sea atribuido al garante – empleador la satisfacción de dos exigencias: que la conducta antijurídica admita su realización por la llamada vía omisiva y que el resultado lesivo pueda ser imputado a dicha omisión (Berdugo Gómez de la Torre, 2004, p. 237).

A continuación se abordaran ambos aspectos o “requerimientos”, mostrando el verdadero significado de cada uno de ellos.

5.1. Equivalencia entre comisión y omisión

5.1.1. Comisión y omisión como formas de lesión del bien jurídico

Como se ha señalado, un Derecho Penal coherente con la forma de Estado en la que se inscribe y, por tanto, respetuoso de los principios y garantías que éste consagra (véase el artículo 1º de la Constitución peruana) solo puede activarse ante un ejercicio irregular de la libertad por parte del titular de la misma. Ello equivale a afirmar que lo que es exigido por parte del Estado es un correcto uso de la autonomía de cada persona, traducido en el respeto de los espacios de libertad que los demás, como iguales, tienen reconocidos por parte la sociedad.

La determinación de las esferas de libertad no viene dada por los límites propios de los derechos y libertades concedidos. Como se ha mencionado, no se trata de aceptar una absoluta intangibilidad de estos espacios, sino por el contrario, partir de la necesidad de renunciar en parte a estos, sin que ello implique vaciarlos de contenido, para permitir con ello el desarrollo de las personas al interior de la sociedad. En consecuencia, dado que el Derecho, y más aun el Derecho Penal, solo puede construirse desde la sociedad y las relaciones entre ciudadanos que se pretenden legislar, este juicio de ponderación entre libertad y responsabilidad habrá que realizarlo y recogerlo desde la sociedad para luego plasmarlo en instrumentos jurídicos.

Entonces, si la finalidad del Estado es la protección y el aseguramiento de espacios de libertad, la forma como uno organice su ámbito de autonomía debe ser irrelevante a efectos de atribuirle responsabilidad penal. Toda vez que para el ordenamiento jurídico el comportamiento de la persona solo adquiere relevancia, y por tanto justifica su intervención, a partir de que la misma se extiende sobre terceros, lo que plasmado en el Derecho Penal equivale a decir que a éste le interesa la expresión de un desvalor relevante (Meini Méndez, 2014b, p. 105), son tan irrelevantes a estos efectos aquellos

comportamientos que no expresan ningún desvalor como, cuando este se expresa, la forma como lo hacen.

Ello es así, en primer lugar, porque la propia organización o ejercicio de la libertad exige tanto la ejecución de acciones como la abstención de las mismas, dependiendo de los procesos o sucesos que se pretendan controlar. La obligación genérica o deber principal que se ha venido esbozando, consistente en no lesionar a terceros en su esfera jurídica, aunque esté formulado de manera negativa, puede ser igualmente lesionado tanto con el movimiento físico como con su ausencia (Perdomo Torres, 2001, p. 105).

En consecuencia, se debe negar que la diferencia entre lo que se suele denominar acción y omisión radique en la infracción de una norma prohibitiva y una norma preceptiva en uno y otro caso (Polaino Navarrete, 2009, p. 66; Villavicencio Terreros, 2006, p. 652). Tal diferencia solo existe en la forma como el legislador ha optado redactar los tipos penales, y no en lo que el ordenamiento pretende transmitir con el texto de la ley, que no es otra cosa que prohibir todo comportamiento que ponga en riesgo relevante o lesione un bien jurídico, es decir, el resultado de aquella valoración de las conductas desvaloradas socialmente.

Así, lo que interesa al operador jurídico es la norma penal más que la técnica legislativa que se utilice, esto es el prevenir comportamientos de riesgo para bienes jurídicos. Lo que se debe interpretar en cada tipo penal no es su literalidad, sino el bien jurídico que se busca proteger, la norma penal subyacente a la redacción del texto. Este bien jurídico puede ser vulnerado por una infinidad de comportamientos, en algunos casos solo por vía activa, en otros por la vía omisiva, y en la gran mayoría de casos, “la ley reconoce delitos que pueden realizarse indistintamente mediante comportamientos activos y omisivos” (Meini Méndez, 2009, p. 436). Todo ello

dependerá de la valoración socio-normativa que se haga respecto a los comportamientos que son idóneos para poner en riesgo penalmente relevante una esfera de libertad. De esta manera,

los delitos de omisión impropia deben entenderse como delitos de comisión propia (en sentido normativo) [...] [dado que] también en los delitos de omisión impropia es necesario un acto de organización de la propia esfera de libertad por parte del omitente. (Silva Sánchez, 2004b, p. 292).

5.1.2. Comisión y omisión como formas de comportamiento penalmente relevante

Entender a la acción y a la omisión como formas igualmente desvaloradas de lesionar un bien jurídico tiene relación con un segundo argumento que aboga por la irrelevancia de distinguir entre ambas manifestaciones. Desde un punto de vista valorativo como el que aquí se viene sosteniendo, para el Derecho Penal serán relevantes, en principio, aquellos comportamientos que evidencien una relación del sujeto con el entorno, esto es, con la sociedad en la que se inserta, como lo sostiene el concepto social de acción (Jescheck & Weigend, 2014a, p. 330). De ello se deduce que tanto el movimiento como su ausencia encajan dentro de un concepto superior de acción relevante a efectos del Derecho Penal, como “expresión de sentido comunicativamente relevante” (Jakobs, 1998a, p. 30) o como modalidades de conducta o comportamiento que son tenidas en cuenta para una posterior imputación penal.

De esta concepción pueden extraerse consecuencias importantes para el tema que se viene abordando. Así, carece de sentido aproximarse a la equivalencia o identidad entre la acción y la omisión desde un sentido naturalista (Vives Antón, 2011, p. 557). Considerar que ambos supuestos tienen, desde la esfera ontológica, estructuras distintas y por tanto, merecen un juicio distinto (Gracia Martín, 2004, p. 139) es erróneo en tanto lo relevante es el contenido valorativo, la transmisión de un sentido

que algunos autores han esbozado o visto como la vinculación del sujeto con la sociedad a través de un resultado (Jakobs, 1998a, p. 32), que no podría ser otro que la creación de un riesgo jurídico-penalmente relevante.

Sin embargo, valorativamente cabe definir aquel concepto de acción relevante o comportamiento –a efectos de evitar confusiones –como una relación con el mundo exterior que puede darse tanto de manera activa o pasiva, pues ambas son igualmente relevantes para determinar la relación del sujeto con el entorno (Gimbernat Ordeig, 1990, p. 186). Hasta aquí no existe una mayor atribución de significado que la de vinculación con la sociedad, es decir, no se aporta ninguna valoración negativa a la misma. Sin embargo, ello no significa reducir el concepto de comportamiento a uno de naturaleza avalorativo que no responda al por qué y a la naturaleza del Derecho Penal (Jakobs, 1998a, p. 19).

El solo movimiento de la mano, o la no reacción del guardagujas ante una inminente colisión, al ser calificados de acción o comportamiento relevante, nada dice sobre la creación de un riesgo o no. Ello se debe a que esa no es su finalidad. No obstante ello, aun cuando en el primer caso se trate de un movimiento de defensa, de ataque o de un significado tan banal como comer, afirmar que se trata de un comportamiento aporta un punto de inicio a partir del cuál el sistema penal, una vez identificada esta conducta como una manifestación del sujeto en la sociedad, como una interacción social, podrá establecer si la misma representa una distribución injusta de libertades y, si ello es así, determinar posteriormente una sanción. Así,

la principal ventaja de este concepto [...] es que desde un principio separa lo que son meros acontecimientos naturales [...] y acciones humanas que permiten una imputación subjetiva. [...] El resto de elementos subjetivos necesarios para una plena imputación se examinan luego en la antijuridicidad o, principalmente, en la culpabilidad.

(Molina Fernández, 2002, p. 34)

En esa misma línea, los supuestos en los cuales se niega esa calificación de comportamiento, conocidos como causales de ausencia de acción, suponen ya una valoración socio-normativa, en tanto al no poderse atribuir esa incidencia en el mundo exterior como relación del sujeto con la sociedad, no se justifica o legitima la intervención del Derecho Penal.

No se puede negar que para la reacción estatal, como resultado del Derecho Penal, efectivamente importan aquellos comportamientos desvalorados penalmente, es decir la acción determinada por el juicio de imputación (Jakobs, 1998a, p. 30), pero ello traería como consecuencia perder de vista el punto de partida del Estado para atribuir responsabilidad y omitir elementos del análisis penal que muestran a las conductas como preexistentes a las normas que precisamente las valoran (Vives Antón, 2011, p. 564).

De esta manera, de no haber estructurado metodológicamente la noción de comportamiento desde una concepción mínimamente valorativa de la que se puede pasar a un juicio de desvalor general y luego a un desvalor jurídico penal (Gimbernat Ordeig, 1990, p. 206) no se habría podido mostrar a plenitud la estructura de la posición de garante basada en un comportamiento precedente riesgoso según prácticas o acciones que en el contexto social sustentan este desvalor (Vives Antón, 2011, p. 563), y que se vuelven relevantes a efectos de la imputación penal solo en función a este significado previo.

En una postura similar a la que se viene cuestionando, Herzberg defiende un concepto de acción que exprese una valoración y que no se encuentre desvinculado de los elementos legales. De esta manera, lo relevante para este autor es encontrar el

elemento común a todas las manifestaciones de conducta punible, el cual se encontraría en el ser responsable por una fuente de perturbación y el poder contenerla (1999, pp. 30-31). De esta manera, arriba a una definición de acción penal en la que el hacer y el omitir “tienen como consecuencia el daño, es decir del hacer de la destrucción y el dejar que se produzca la destrucción” (Herzberg, 1999, p. 33).

A pesar de lo acertado de su postulado, dado que el ser responsable de la fuente de perturbación se concluye a partir del uso de la autonomía (al ser responsable cada persona por el uso de su libertad como fuente de posibles intromisiones en esferas de terceros), formular así el concepto de acción –como el no haber reprimido el peligro de cometer un delito o dejar de hacer algo –implica responder previamente dos preguntas que Herzberg pasa por alto: ¿dónde se encuentra la fuente de la valoración del peligro? y ¿cómo se determina esa destrucción o daño?. A estas preguntas solo puede darse respuesta incluyendo en el análisis sistemático las pautas o usos sociales previos a la norma penal y de los cuales se nutre ésta para efectuar una valoración jurídico penal. De lo contrario,

[se] deja de lado significados de acción que resultan lógicamente previos a la imputación de responsabilidad dimanante de la vigencia de la norma y [se] confunde las reglas que determinan la acción con las reglas atinentes a la valoración de la acción. (Vives Antón, 2011, p. 565)

Siendo ello así, el planteamiento de Herzberg no puede ser la base del comportamiento o acción penal, no desde la utilidad que debería tener este concepto. El Derecho Penal solo sanciona conductas que se encuentran previamente desvaloradas socialmente, pero este es solo el final del análisis. Lo que el concepto de acción que aquí se formula indica es que debe haber una vinculación con el mundo exterior en un sentido valorativo como presupuesto para un comportamiento

desvalorado jurídicamente, lo que solo se puede hacer en un momento posterior, en función al sentido de vulneración del bien jurídico.

En realidad, lo que aporta Herzberg es una definición común al delito, al comportamiento jurídico-penalmente desvalorado. Planteado el fundamento del desvalor de los comportamientos como vulneración de una obligación originaria consistente en “que el otro no deba ser perturbado en su existencia”, esto es como manifestación de la libertad de organización (Jakobs & Sánchez-Vera, 1996, p. 48), la omisión valorativamente viene a ser definida ya no como la ausencia de movimiento sino como “un no hacer en contra de lo exigido por alguna norma: esta norma es la jurídico-penal [...]” (Gimbernat Ordeig, 1990, p. 185). Entonces, cuando se trate de atribuir responsabilidad penal a una persona, lo que se estará afirmando en todos los casos será valorativamente una omisión: el no haber acatado la pauta de comportamiento que obliga a no poner en riesgo penalmente relevante o lesionar bienes jurídicos, independiente de la forma en la que se realice. Y de esta manera, “el autor comisivo, como el omisivo, no evita el daño, aunque podría” (Herzberg, 1999, p. 33); el autor en todos los casos no evita emprender comportamientos –de manera genérica –o procesos que llevan consigo un riesgo relevante para la libertad de terceros, aun cuando se encuentra obligado a ello.

En conclusión, la cuestión planteada por un amplio sector de la doctrina sobre la equivalencia del comportamiento activo y omisivo carece de sentido pues no se trata, como se ha puesto de manifiesto, de dos fenómenos o situaciones en esencia diferentes, por lo que se requeriría un argumento adicional que, manteniendo su especificidad, permita asimilarlos entre sí. Por el contrario, desde el único criterio que le interesa al Derecho Penal, valorativamente un comportamiento activo y omisivo corresponden a una misma realidad, a un mismo sentido comunicativo respecto al mandato general de protección de bienes jurídicos. El sentido social de injusto penal,

del comportamiento típico, puede ser expresado incluso como una omisión típica, por lo que se deben rechazar las posturas que sostienen una construcción del delito omisivo separado del delito de comisión, a partir de una dogmática auténtica (Kaufmann, 2006, p. 281).

5.2. Relación de causalidad

Habiendo mostrado el principio que permite afirmar que sobre el empresario recae una posición de garante sobre la empresa como estructura y actividad, es en función a éste que se ha formulado una teoría sobre la génesis de esta condición de garante y los deberes a los que el empresario, ahora garante, está obligado. Siendo ello así, y habiendo demostrado que el deber genérico del garante puede ser vulnerado tanto por comportamientos activos como pasivos, se está en condiciones de abordar el último escalón en el análisis de la responsabilidad del empresario por estas últimas conductas.

Aunque en la doctrina y en la jurisprudencia este punto ha sido estudiado como la relación de causalidad que debe existir entre la omisión y el resultado típico, en realidad se trata de responder a la pregunta ¿cuándo se puede afirmar que la no realización de una conducta exigida por el ordenamiento constituye un comportamiento típico?. La respuesta, como se podrá observar al arribar a este punto del desarrollo dogmático, no puede ser otra que cuando este comportamiento suponga la puesta en peligro o la lesión de un bien jurídico penalmente relevante.

Esta afirmación, en el plano de la responsabilidad del empleador, puede ser traducida en la desestabilización de una fuente de peligro de la cual el empresario – garante es responsable por su control o equilibrio (Roxin, 2014a, p. 255). Así, cuando se produce una lesión o puesta en peligro por desatender estos focos, esta conducta –omisiva pero comportamiento relevante al fin y al cabo –cumple con “representar un riesgo

desde la perspectiva del bien jurídico protegido por el tipo penal correspondiente” (Feijóo Sánchez, 2009, p. 26).

Ahora bien, cabe hacer algunas precisiones adicionales respecto a este criterio de atribución de responsabilidad. En primer lugar, el análisis que se realice al momento de afirmar o negar la existencia de responsabilidad deberá contemplar dos instantes esenciales pero de características distintas: por un lado el comportamiento que crea la situación o fuente de peligro para bienes jurídicos y, por otro lado, el comportamiento – para este caso pasivo –que torna esta situación de riesgo en una lesión de bienes jurídicos y por tanto en una situación típica. La primera, en consecuencia, si bien no tiene incidencia en la atribución de responsabilidad penal, pues no supone una puesta en riesgo penalmente relevante, sí es esencial para justificar por qué a la persona se le atribuye la lesión de un deber penal.

Por ello, el criterio del dominio social que propone Gracia Martín como punto de partida para la identidad entre omisión y acción es, en realidad, una consecuencia del comportamiento típico y, por lo tanto, la forma cómo atribuir responsabilidad penal al garante. Y ello es así porque, como bien afirma este autor, la responsabilidad penal no se puede analizar si no es en el momento en el que se realiza un comportamiento de puesta en peligro de un bien jurídico (Gracia Martín, 2004, pp. 144-145), lo que presupone, como se ha mostrado líneas arriba, que exista un control o dominio del garante sobre la situación de riesgo (Gracia Martín, 2004, p. 146), lo que justifica que se pueda exigir comportamientos –activos o pasivos –que no lleven este riesgo al punto en el que es desvalorado socio-normativamente.

En suma, se trata de exigir, como en todos los casos de imputación de responsabilidad, que las conductas que la persona debe, o no, realizar sean aquellas que se encuentran dentro de su ámbito de organización, o dicho con otras palabras, la

responsabilidad del garante-empresario solo puede fundamentarse en aquellos comportamientos “que sólo pueden ser aclarados remitiendo a la propia libertad de organización” (Jakobs & Sánchez-Vera, 1996, pp. 43-44). Y ello tiene que ver no solo con la capacidad en abstracto para llevar a cabo determinados comportamientos, sino principalmente –en el campo de la responsabilidad del empresario –con aquellos comportamientos que ingresan en la esfera jurídica de terceras personas. En estos casos, lo relevante será analizar –como se realizará en el siguiente capítulo –si existe aún la posibilidad de remitirse a la esfera de autonomía del empresario, ya que si no recae dentro del deber de éste responder por los comportamientos de terceros, no existe una creación de riesgo desaprobado.

En segundo lugar, la atribución de responsabilidad no significa determinar si, de acuerdo a la norma penal que subyace a los tipos de la parte especial, se debía evitar un resultado por medio de una acción (Jakobs, 1997, p. 956). Se trata únicamente de la creación de un riesgo desaprobado penalmente ya sea a través de un comportamiento activo como por medio de uno pasivo. Y ello debe ser analizado desde una perspectiva *ex ante*, lo que significa que la atención no debe ser puesta en si efectivamente se realizó el riesgo no permitido, puesto que desde la postura que aquí se sostiene “el contenido del deber, mencionado correctamente, no condiciona la responsabilidad por el resultado si se infringe el deber” (Jakobs, 1997, p. 962).

Esta creación de riesgo podrá apreciarse tanto en aquellos supuestos en los que el empresario no adopta las medidas que permiten que el riesgo creado se mantenga dentro de los cauces socialmente permitidos, como en aquellos casos en los que el riesgo existente se torna ya en riesgo prohibido por el propio funcionamiento de la empresa y el garante – empresario no adopta las medidas que se le exigen para restaurar la situación no lesiva, siendo en este caso responsable por llevar el foco de riesgo dentro de los niveles permitidos por el ordenamiento, comportamiento que

ocasiona un resultado típico (Roxin, 2014a, p. 259). Incluso aquí cabe hablar de creación de riesgo y no de evitación del resultado, dado que el garante, al ser responsable de esa fuente de peligro y no asumir sus consecuencias, vulnera la prohibición de no afectar a terceros con consecuencias lesivas para los bienes jurídicos.

Ahora bien, la consecuencia de este desarrollo es que los criterios de atribución de responsabilidad para la omisión no son diferentes a los que se emplea en los casos de delitos comisivos. Si, como se ha afirmado, se trata de una misma realidad socio-normativa, entonces no se puede concluir la existencia de responsabilidad penal en función a criterios distintos. Siendo ello así, el criterio de causalidad hipotética asumido por un amplio sector de la doctrina y en virtud del cual para atribuir responsabilidad debe corroborarse que la acción que el sujeto estaba obligado a realizar hubiera podido evitar el resultado con una probabilidad rayana a la certeza (Berdugo Gómez de la Torre, 2004, p. 237) debe rechazarse en primer lugar porque quiebra la exigencia de coherencia que se ha propuesto. Así, carecería de sentido afirmar la responsabilidad por comisión cuando el resultado se podría haber realizado según un análisis probabilístico.

Además, se debe negar la utilidad de la causalidad hipotética porque obligaría un análisis sumamente subjetivo, estrechamente vinculado a la subjetividad del operador jurídico y que, al igual que para la crítica que se hacía a la concepción del principio de subsidiariedad, implicaría apostar por probabilidades en las que no se tiene ninguna certeza. Así, siguiendo la crítica de Gimbernat, no podría acreditarse por ejemplo que la realización de una u otra prueba podrían alcanzar un diagnóstico precoz sobre una enfermedad (2014, p. 318).

En consecuencia, cualquier análisis que se haga devendrá en una perspectiva *ex – post* que se encontrará siempre dentro del campo de las presunciones, por lo que muy difícilmente podría satisfacerse las exigencias procesales que se requieren para fundamentar una condena. Entonces, realizar un análisis basado en un criterio como “qué hubiera pasado si” no ofrece las garantías necesarias para una atribución de responsabilidad penal.

En resumen, en el caso de la omisión el criterio que subyace es la existencia de un foco de peligro creado por el empresario que, mediante dicho comportamiento, se ha obligado a mantener dentro de los límites permitido. Entonces, si se tiene en cuenta que la base para la imputación de responsabilidad penal radica en la creación o incidencia sobre focos de peligro, llevando éstos fuera de los límites del riesgo socialmente permitido, existe una plena identidad valorativa entre quien con un comportamiento activo crea un riesgo prohibido o lleva un foco de peligro controlado a desestabilizarse, y entre quien sabiéndose obligado a controlar un foco preexistente, no cumple con las medidas previstas, creando con ello un riesgo prohibido que deviene en la lesión de determinados bienes jurídicos. Con ello, se trata de

establecer que la omisión crea el riesgo típico, lo cual se logra a través de un juicio normativo. [...] Esta causalidad vincularía el resultado con su origen: la fuente de peligro, la cual se desestabiliza, normativamente, debido al comportamiento omisivo. (Meini Méndez, 2003a, p. 436).

Así, lo que determina la responsabilidad por omisión del empresario es que el comportamiento omisivo eleva el riesgo, hasta ese momento controlado, de determinados focos de peligro, incidencia que significa el menoscabo de bienes jurídicos.

6. Interpretación coherente del artículo 13° CP

Habiendo desarrollado una teoría sobre la posición de garante –y con ella de la comisión por omisión –queda por determinar ahora cuál es su aplicación dentro del ordenamiento jurídico peruano, teniendo en cuenta –como se ha mencionado –que el Código Penal de 1991 regula expresamente esta figura, la misma que ha venido siendo utilizada por los tribunales peruanos en casos de suma relevancia como el de la discoteca *Utopía*.

En ese sentido, bajo los lineamientos esbozados hasta este momento se abordará en primer lugar la decisión del legislador de 1991 de introducir en la ley penal la figura de la omisión impropia. Posteriormente, se analizará su estructura con la finalidad de aportar una interpretación, si bien alternativa a la de cierto sector de la doctrina y la jurisprudencia peruana, coherente principalmente con los principios de la intervención estatal sobre los cuales se ha cimentado la teoría aquí expuesta.

6.1. Necesidad de la regulación expresa de la comisión por omisión

El primer aspecto discutido en la doctrina nacional es el de la opción legislativa de incorporar al texto del Código Penal la sanción al garante que incumple con su deber. Así, la propia exposición de motivos del texto de 1991 señalaba que, con el artículo 13 CP, “se subsana un importante vacío legislativo al señalarse los requisitos para que la comisión por omisión pueda llegar a ser castigada”. Dado que el Código Penal de 1924 no regulaba dicha figura²², la nueva ley penal, de acuerdo a la doctrina peruana, venía a solucionar un problema no solo de seguridad jurídica sino, principalmente, de legalidad.

²² La única referencia a la omisión el Código Penal de 1924 se encuentra en el artículo 3, que señalaba lo siguiente: “Nadie será condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estuvieren calificados en la ley de manera expresa e inequívoca como infracciones punibles”.

Así, la cláusula del artículo 13 CP significaría una ampliación de la sanción de conductas prevista en los tipos de la parte especial (Reátegui Sánchez, 2002, p. 59), resolviéndose con ello la supuesta inconstitucionalidad de la represión de conductas omisivas sin una fórmula general que admitiese la omisión impropia, en contra del principio de legalidad (Villavicencio Terreros, 2006, p. 655). En esta línea, la jurisprudencia con carácter general ha venido señalando que, a partir de la incorporación de la citada norma, se le confiere relevancia jurídica tanto al aspecto activo como al aspecto pasivo del comportamiento humano (*R.N. N° 2528-99, 1999*), en tanto “los delitos de omisión impropia no se mencionan expresamente en la ley penal” (*Exp. N° 043-05, 2011*).

Esta situación es comparable con el estado de la doctrina española hasta antes de la entrada en vigencia del Código Penal de 1995, que incorporó expresamente en el artículo 11 la comisión por omisión. Así, se llegó a entender que el objetivo de este nuevo artículo era solventar un problema de legalidad dado que en la anterior ley penal no se establecían las condiciones para igualar acción y omisión (Rodríguez Mourullo & Jorge Barreiro, 1997, p. 312). Por su parte, Huerta Tocildo se mostraba a favor de dicho cambio normativo en tanto bajo la vigencia del texto refundido de 1973 la práctica judicial mostraba una tendencia a ampliar indiscriminadamente los supuestos de responsabilidad penal por omisión, afectándose no solo el principio de legalidad, sino la seguridad jurídica (1997, pp. 48-49).

Así mismo, la doctrina italiana, en donde desde el Código Rocco de 1930 se incluyó la cláusula de equivalencia entre el no impedir un evento y ocasionarlo siempre que se tenga la obligación jurídica de impedirlo, señala que la regla del artículo 40 CP sería una extensión de punibilidad, convirtiendo la hipótesis del delito comisivo de la Parte Especial en un supuesto de omisión a partir de dicha norma (Fiandaca & Musco, 1995, pp. 535-536). De esta manera,

combinándose con las *fattispecie* comisivas, de la parte especial, la cláusula flanquea a éstas de las autónomas *fattispecie* omisivas impropias, ampliando así el ordenamiento penal en el respeto del *nullum crimen sine lege*. Por la combinación dispuesta, por ejemplo, de los artículo 40.2 y 575, la norma sobre el homicidio se desdobra en “cualquiera que cause o no impida, teniendo el deber jurídico, la muerte de un hombre (...)” (Mantovani, 2015, p. 147).

Sin embargo, si el ejercicio de la libertad es el principio que fundamenta la responsabilidad de las personas, entonces la incidencia negativa en la esfera de libertad de terceros, ya sea que la persona se comporte activa o pasivamente, es el criterio que se encuentra detrás de los tipos penales regulados por el legislador (Caro Jhon, 2009, p. 93), los mismos que “no deberían interpretarse en un sentido descriptivo, sino adscriptivo, o sea, como imputación” (García Caveró, 2012, p. 552).

En consecuencia, la pregunta sobre la necesidad de contar con una cláusula como la del artículo 13 CP debe ser respondida de forma negativa (Caro Jhon, 2009, p. 91; García Caveró, 2012, p. 551; Meini Méndez, 2003a, p. 448; Silva Sánchez, 2004c, p. 228), dado que, como se ha venido afirmando, una vez que la persona configura su propio ámbito de organización y, con ello, su posición como garante, es irrelevante diferenciar si este se infringe por omisión o por un comportamiento positivo (Caro Jhon, 2009, p. 91).

Como se ha señalado, las normas penales solo son reflejo del reproche social existente respecto de ciertos comportamientos que se entienden desvalorados porque lesionan o ponen en peligro determinados intereses considerados valiosos para el grupo social. Por lo tanto, no puede sostenerse que la labor del operador jurídico “ha de partir ineludiblemente de la ley penal” (Reátegui Sánchez, 2002, p. 59). El principio

de legalidad como garantía de que se establezca el contenido y fundamento de la intervención estatal a fin que los ciudadanos conozcan las consecuencias de sus actos (Villavicencio Terreros, 2006, p. 135) solo puede referirse a la valoración social previa de dichas conductas, y no al contenido expreso del texto legal.

Así, se admite que se pueda determinar el contenido de la frase “el que mata a otro” del artículo 106 CP sin necesidad de que el legislador redacte todas las formas mediante las cuales se puede realizar el delito de homicidio. Y esta labor no es otra cosa que interpretar la conducta bajo análisis a la luz de lo que la sociedad desvalora como matar a otra persona, desde el punto de vista del sentido que expresa y no desde su sustrato conductual (Cobo del Rosal & Vives Antón, 1990, p. 303; Vives Antón, 2011, p. 609). Entonces, la misma razón debe aplicarse a los supuestos en los que el delito se realiza ya no mediante acciones, sino mediante omisiones. Ello no supone realizar una analogía de la ley penal perjudicial o sancionar conductas no previstas en el tipo penal, como sostiene cierto sector de la doctrina (Reátegui Sánchez, 2002, pp. 59-60), puesto que en todos los casos es necesario interpretar el texto legal para extraer el bien jurídico protegido y determinar las conductas que lo pueden poner en riesgo, las mismas que en ningún caso se puede pretender que estén expresamente señaladas.

Con ello no se hace más que reafirmar que “la comisión por omisión es ante todo un problema de tipicidad” (Gracia Martín, 2004, p. 132), en tanto los supuestos que, en esta atribución de sentido, pueden inscribirse en los delitos de la Parte Especial son los únicos “<<estructuralmente idénticos>> (naturalmente en el plano normativo de las estructuras de imputación) a los supuestos de realización activa de los mismos” (Silva Sánchez, 2004c, p. 228).

Por otra parte, la objeción basada en la falta de seguridad jurídica, dado que la ausencia de una cláusula general como la del artículo 13 CP supondría una “intolerable extensión de los delitos que están redactados de forma comisiva” (Villavicencio Terreros, 2006, p. 655) o una “impunidad generalizada de toda persona que, por su abstención, diera lugar a la consumación de un delito” (Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga, 2011, p. 40) no cuestiona la esencia de la omisión tal y como viene siendo entendida y no supone un escollo para las conclusiones a las que aquí se ha arribado. No solo la jurisprudencia española previa al Código Penal de 1995 reconocía la posibilidad de sancionar penalmente tanto las conductas activas como las omisivas a partir del entonces vigente artículo 1 del CP. Además de ello, cierto sector de la doctrina sostenía que, aun en ausencia de una previsión expresa de la comisión por omisión equivalente a la del Código Penal alemán, era posible afirmar que

la posición de garante, que constituye el eje de la comisión por omisión no es, pues, como con frecuencia se ha dicho, una característica no escrita de los tipos en que es posible la comisión omisiva, sino que se deriva de la conducta descrita por ellos, en virtud de una interpretación que atiende fundamentalmente al sentido y finalidad del precepto concreto. [...] Configurada en tales términos, la posibilidad y admisión genéricas de la comisión por omisión no ofrece mayores reparos desde el punto de vista del principio de legalidad. (Cobo del Rosal & Vives Antón, 1990, p. 304)

No obstante ello, la constante crítica sobre una posible ausencia de seguridad jurídica pone de relieve un problema común a gran parte del sistema jurídico, el de la falta de criterios claros por parte de los operadores de justicia. A 25 años de vigencia del actual Código Penal peruano, muchos delitos siguen siendo objeto de discusión en la doctrina y en la jurisprudencia, siendo estas instancias las llamadas a dotar de soluciones coherentes para los problemas que se susciten, de manera que se mantenga el dinamismo de las normas penales.

Ahora bien, siendo innecesaria la inclusión de un artículo como el que viene siendo estudiado, es necesario ofrecer una interpretación coherente y alterna a aquella mayoritaria que, como se ha señalado, ve en el actual artículo 13 CP una cláusula de extensión de punibilidad. Así, partiendo de las conclusiones a las que se ha arribado se debe interpretar la opción del legislador penal de 1991 no como la legitimación de la sanción de los comportamientos omisivos, sino como un intento por orientar la labor de los operadores de justicia a través de ciertos criterios (García Cavero, 2012, p. 552; Vives Antón, 2011, p. 619).

En suma, se trata de una cláusula meramente declarativa que reafirmar la postura aquí sostenida respecto a la comisión por omisión (Meini Méndez, 2003a, p. 448), tal y como se expondrá a continuación. El artículo 13 CP sirve entonces como una cláusula de interpretación auténtica, en tanto la idea que subyace a dicha norma es que

“determinar [...] cuáles son las omisiones que entran en el ámbito del artículo 11 CP es algo que debe responderse atendiendo precisamente a esas teorías de la tipicidad penal” (Dopico Gómez-Aller, 2004, p. 312).

De la misma manera se entiende, por ejemplo, la regulación de la autoría en el artículo 23 CP, dado que no podría afirmarse que sin éste “no sería posible castigar a quien realiza el tipo penal de la Parte Especial” (García Cavero, 2012, p. 552), o el supuesto de la llamada tentativa inidónea del artículo 17 CP²³, en tanto que bajo el principio de protección de bienes jurídicos carecería de sentido sancionar una comportamiento que evidentemente no los pone en riesgo ni mucho menos los lesiona, ya sea que se encuentre regulada o no esta figura.

²³ Artículo 17.- “No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto”.

Por lo tanto, para que el artículo 13 CP cumpla con el objetivo de aportar criterios claros para la sanción de las omisiones de acuerdo a los tipos penales de la parte especial, es necesario su análisis a fin de ofrecer una interpretación coherente “que mejor se adapte a las necesidades punitivas de la sociedad actual” (García Cavero, 2012, p. 551).

6.2. Fuentes de la posición de garante reconocidas por el legislador

El artículo 13 CP incorpora la necesidad de verificar la posición de garante en el sujeto que omite, la misma que surgiría ya sea de un deber jurídico o de la creación de un peligro inminente. La primera consecuencia derivada de este artículo sería la consideración de la omisión impropia como un delito especial, pues “solo quien, en razón de su situación personal, tiene el deber de evitar la producción del resultado prohibido puede ser autor” (Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga, 2011, p. 45).

Sin embargo, bajo los presupuestos que se han señalado con anterioridad, el mandato de organizar la propia esfera de organización de manera que no se ponga en riesgo las libertades de terceros va dirigido a todos los sujetos que puedan lesionar los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento. Por lo tanto, el círculo de posibles autores no se encuentra predeterminado, sino que éste se determinará en función del comportamiento precedente y del bien o bienes jurídicos sobre los que pueda manifestarse la fuente de peligro creada.

Ahora bien, respecto a las fuentes que reconoce el legislador se ha considerado que el Código Penal se adscribe a la teoría formal (Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga, 2011, p. 46), estableciéndose un catálogo cerrado de fuentes: protección de bienes jurídicos o control de una fuente de riesgo (Reátegui Sánchez, 2002, pp. 82-83). Sin embargo, es posible interpretar el inciso primero del artículo 13 CP como el reconocimiento de una sola fuente: el comportamiento precedente que crea una fuente de peligro para

determinados bienes jurídicos. El deber jurídico solo puede surgir a partir del comportamiento previo de una persona que crea un riesgo, con la consecuencia inmediata de controlarlo. Este riesgo no debe ser necesariamente de inminente realización, pues la necesidad de protección exige que el garante se haga responsable de aquellos riesgos que razonablemente puedan concretarse.

Esta fuente, a todas luces material, no sirve por sí sola para delimitar y concretar el deber jurídico del garante, sino que, como se ha mencionado, es necesario acudir también a los criterios formales, cuyo papel será “delimitar el dominio de aplicación de la omisión impropia” (Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga, 2011, p. 47). Solo de esta manera se puede dotar de contenido a la posición de garante, atendiendo a la posible aparición de nuevos deberes pero sin caer en un sistema abierto que dote indiscriminadamente de deberes al garante (Reátegui Sánchez, 2002, p. 82).

Esta conclusión ha sido sostenida de manera recurrente por la jurisprudencia peruana. Así, lejos de hacer una distinción entre protección de bienes jurídicos o control de fuente de riesgos, se ha afirmado que la omisión impropia

se configura cuando el sujeto activo se encuentra en una posición de garante con relación al bien jurídico, entendido como el deber de realizar acciones de salvamento y protección para evitar su lesión o puesta en peligro. (R.N. N° 1008-2010, 2010)

De la misma manera, la sentencia a los directores de la empresa responsable de la discoteca Utopía se fundamentó en la creación de una fuente de peligro derivada de la actividad empresarial, la misma que hizo nacer en los imputados el rol de garante respecto a la vida de las víctimas (*Exp. N° 8132-2014*, 2014). De igual forma se sentenció al gerente general de dicha empresa, señalándose que “el acusado creó una

situación peligrosa o de riesgo para los concurrentes a la discoteca *Utopía*” (*Exp. N° 043-05*, 2011).

En suma, la posición de los tribunales peruanos sobre las fuentes del artículo 13° CP corroboran la aplicación de las conclusiones a las que se ha arribado. De esta manera,

respecto a la posición de garante, exigida en los delitos de comisión por omisión, se entiende que quien configura establemente una organización está en todo caso obligado a eliminar el peligro de ella derivado. El fundamento normativo de la posición de garante estriba en la ponderación de intereses, donde dicha ponderación pretende responder a la pregunta acerca de quien es especialmente competente, de acuerdo con los principios de distribución adecuada de libertades y de cargas, para evitar que se produzcan determinados cursos causales peligrosos para bienes jurídicos de terceros (*Exp. N° 8380-97*, 1998).

6.3. Relación de causalidad: ¿criterio de equivalencia o identidad normativa?

El segundo inciso del artículo 13 CP establece como segundo requisito de la omisión punible que esta se corresponda a la realización activa del tipo penal. A esta correspondencia se le ha denominado cláusula de equivalencia, según la cual no bastaría el solo deber jurídico de actuar, sino sería necesario un segundo análisis respecto al “carácter ilícito de la omisión en que incurra el agente y la realización del tipo penal mediante un hacer” (Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga, 2011, p. 55). Esta ilicitud vendría dada por la no evitación del resultado, con lo cual para la imputación penal “el criterio predominante es que el autor deba tener la capacidad suficiente de poder realizar la conducta que ha omitido” (Villavicencio Terreros, 2006, p. 672). La jurisprudencia, por su parte, ha sostenido esta postura al señalar que

el Código Penal en su artículo trece, establece una cláusula de equiparación que nos permite adecuar el comportamiento omisivo al comisivo, pero para ello, es preciso

constatar no sólo la causalidad de la omisión sino también la existencia del deber de evitar el resultado por parte del agente frente al bien jurídico o posición de garante. (R.N. N° 2528-99, 1999)

En el mismo sentido, la sentencia del caso *Utopía* estableció que en la comisión por omisión

el reproche se basa esencialmente en un fundamento, el cual es la posición de Garante, lo que no es suficiente para establecer el vínculo de imputación delictiva, pues debemos inferir también que el resultado lesivo acaecido (muerte) se pudo haber evitado con las medidas de seguridad que se deben tomar. (Exp. N° 8132-2014, 2014)

La doctrina con carácter general ha reconocido la imposibilidad de exigir una causalidad física entre la omisión y el resultado lesivo (Villavicencio Terreros, 2006, p. 672). Sin embargo, a esta conclusión se debe arribar no porque se trate de la omisión, sino porque en el Derecho Penal el análisis debe ser siempre valorativo y no naturalista. Que la muerte de una persona se corresponde con lo previsto por el artículo 106 CP no tiene que ver con un juicio de causalidad –ya sea natural o hipotético como se pretende en el caso de la omisión –sino porque valorativamente esa conducta tiene el significado de poner en riesgo o lesionar un bien jurídico protegido.

Esta última afirmación se relaciona, a su vez, con la exigencia de no evitación del resultado. Lo que exige la llamada cláusula de equivalencia es que la omisión deba realizar el tipo penal de la misma manera que el actuar. Y como se ha expuesto, la única forma en la que a una persona se le puede atribuir responsabilidad penal es a través de un comportamiento de riesgo relevante para un bien jurídico, comportamiento que puede consistir ya sea en una acción como en una omisión. La

exigencia de un resultado no se corresponde con el deber de protección de bienes jurídicos tanto en los delitos comisivos como en los omisivos. Por ello, resulta coherente afirmar que

para atribuir el resultado lesivo verificado contra la vida de los reclutas agraviados en calidad de comisión por omisión, sobre la base de una posición de garante, ésta no se debe sustentar en la sola composición de equipos de búsqueda o en un ánimo de sancionar a los desertores, menos aún en la formal posición funcional de los encausados como responsables de los agraviados, para la activación de la exigencia de garantía la orden de conformar los equipos tenía que ir aparejada a la de causarles serias lesiones o causarles la muerte. (*R.N. N° 2507-2011, 2011*)

Tanto acción como omisión, para que puedan significar la realización del tipo penal, deben suponer la creación de un riesgo prohibido o el incremento de un riesgo permitido. A esta conclusión parece arribar el Colegiado que sentenció al gerente general de la empresa propietaria de la discoteca *Utopía*, pues luego de analizar los comportamientos por los cuales se asumió una posición de garante concluyen que

en vez de preservar o realizar actos de protección de los bienes jurídicos de los damnificados y de los asistentes a la fiesta “Zoo”, tales como la vida, el cuerpo, la salud, etc.; aumentó relevantemente el riesgo permitido realizando actos peligrosos tanto en la preparación y ejecución de la referida fiesta [...]. (*Exp. N° 043-05, 2011*)

Este aumento del riesgo permitido consistió en omisiones como el permitir el ingreso de personas excediendo el aforo habilitado, no implementar las medidas de seguridad exigidas por la normativa peruana –Reglamento Nacional de Edificaciones y otros –,no implementar un plan de contingencia contra incendios teniendo en cuenta la realización de espectáculos con fuego, entre otros.

No obstante ello, luego de este análisis la Sala Penal a cargo del caso concluyó que de acuerdo a estos comportamientos “el acusado no pudo evitar el resultado, porque el curso de su acción no fue dirigido plausiblemente a la evitación de tales resultados” (*Exp. N° 043-05, 2011*). Evidentemente, lo que demuestra la conducta del garante en este caso es una creación de riesgo para los bienes jurídicos de terceros que se habían relacionado legítimamente con su fuente de peligro. Ello es suficiente para verificar la realización del tipo penal. Si eventualmente se hubiera emprendido alguna acción de salvamento para evitar la realización de un resultado lesivo, ello no hubiera diferido del caso en el que una persona dispara su arma de fuego contra otra y esta última no muere, por lo que el autor decide auxiliario y, posiblemente, salvarle la vida. En ambos casos no se puede negar la creación de un riesgo típico.

Por lo tanto, si el presupuesto para la omisión es el mismo que en la acción, entonces es posible afirmar que

la cláusula de correspondencia debe entenderse en un sentido general, como la exigencia de que en la omisión del garante se presenten los mismos elementos objetivos y subjetivos que normativamente fundamentan la imputación penal en caso de una realización activa del correspondiente tipo penal de la Parte Especial. (García Caveró, 2012, p. 558)

Y con ello, entonces, la alegada cláusula de equivalencia es, en realidad, un reconocimiento a la identidad normativa entre acción y omisión, en el sentido que la omisión impropia expresa el mismo desvalor normativo que la creación de un riesgo típico mediante un comportamiento activo (Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga, 2011, p. 55).

6.4. Consecuencias jurídicas: la pena para el omitente

El último párrafo del artículo 13 CP habilita al juzgador a atenuar la pena, por entenderse que “no es lo mismo afectar un bien jurídico mediante acción que mediante omisión” (*Exp. N° 8132-2014*, 2014). Esta forma de entender los comportamientos omisivos corresponde, como se advirtió, a la concepción finalista de la omisión según la cual ésta se encuentra sujeta o subordinada a una acción o comportamiento activo.

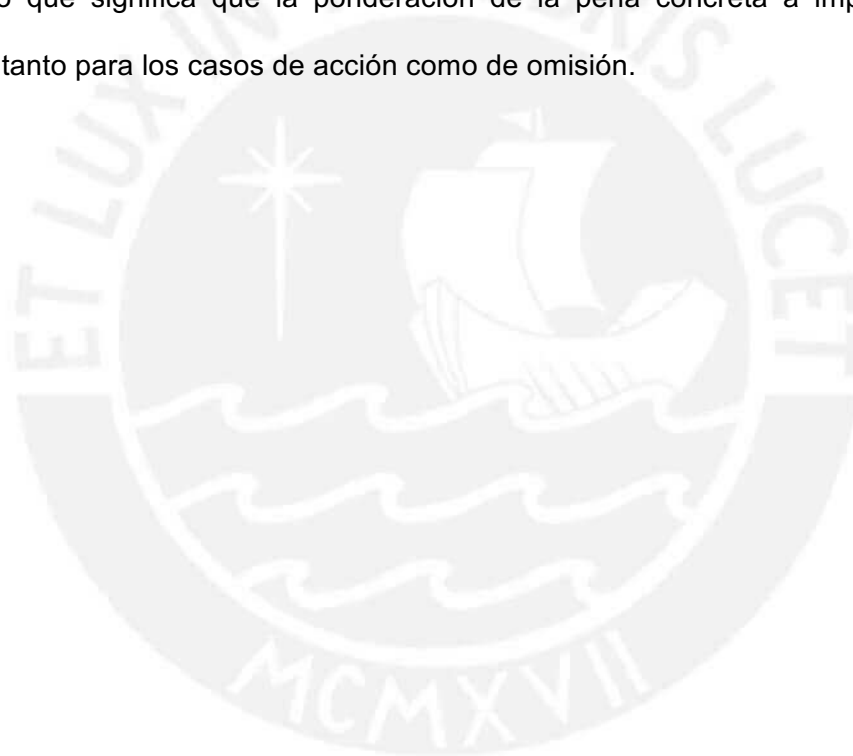
No obstante su validez, los presupuestos sobre los que se ha desarrollado la posición de garante no permiten sostener un menor desvalor de la omisión. Si existe una correspondencia entre ésta y la acción es porque ambas representan una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, y en consecuencia, un mismo desvalor de acción o comportamiento. De esta manera, al concebir la omisión impropia

basado en la noción de riesgo jurídicamente desaprobado y en la existencia de dos formas de dominio del riesgo, entonces ha de formularse un juicio normativo-estructural de identidad, que excluye toda posibilidad de atenuación más allá del marco penal del delito correspondiente. (Silva Sánchez, 2004b, p. 294)

Por ello, carece de sentido una atenuación de la pena en el caso de la omisión, lo que no solo no es coherente con la identidad entre ambas formas de comportamientos, sino que atentaría contra la proporcionalidad de las penas y la protección suficientes de los bienes jurídicos (Reátegui Sánchez, 2002, p. 101).

Sin embargo, la atenuación facultativa de la pena para el omitente ha sido defendida para aquellos casos en los que la omisión no sea idéntica a la comisión (Villavicencio Terreros, 2006, p. 673). Sin embargo, la falta de identidad solo podrá sostenerse en aquellos casos en los que el comportamiento pasivo no reúne los elementos del tipo penal del que se trate. Si ello es así, entonces sería imposible sancionar dicha conducta sin atentar contra el principio de legalidad (García Caveró, 2012, p. 564).

Por otra parte, se sostiene que la posibilidad que tiene el legislador de atenuar la pena de quien omite permitiría solucionar los excesos del legislador al establecer marcos de pena excesivos (Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga, 2011, p. 60). No obstante resulta acertado este panorama de falta de proporcionalidad por parte del legislador, los jueces no pueden actuar de manera automática, debiendo someter los marcos de pena establecidos a un juicio de constitucionalidad, ya sea que se trate de un supuesto de acción como de omisión. Dada entonces la identidad valorativa de ambas formas de comportamiento, éstas quedan sujetas al principio de proporcionalidad de igual manera, lo que significa que la ponderación de la pena concreta a imponer debe realizarse tanto para los casos de acción como de omisión.



CAPÍTULO III: DETERMINACIÓN DE LA POSICIÓN DE GARANTE DEL EMPLEADOR

1. La posición de garante al interior de la relación laboral

Como se ha expuesto ampliamente, la determinación del rol específico de una persona al interior de la relación jurídica -en este caso la posición de garante -y los deberes que ello trae consigo debe responder a criterios materiales y no formales. Ahí donde las características de la relación jurídica evidencien la existencia de un comportamiento mediante el cual el sujeto, al configurar un determinado ámbito de competencia, crea determinados riesgos para terceros dentro de dicha esfera, es razonable y, principalmente, justo afirmar que dicha persona es garante de aquellos riesgos, con las consecuencias que ya se han esbozado.

En el ámbito de los delitos socio-económicos y, principalmente para el tema que es objeto de estudio, en el Derecho Penal del Trabajo, el razonamiento debe seguir la misma metodología. Antes de poner el énfasis en la dependencia que existe en estos delitos del marco normativo extrapenal y, por tanto, en la necesaria vinculación a este contexto (Pomares Cintas, 2013, p. 33), el interés debe ubicarse en las relaciones sociales que el Derecho pretende regular. Es de esta manera que podrá arribarse a conclusiones coherentes y, principalmente, justas.

Esta realidad, a la que el Derecho Penal pretende aproximarse, ha sido expuesta en el primer capítulo de esta investigación. No obstante, vale la pena retomar una de las ideas centrales que fueron esbozadas con anterioridad. Como ha quedado demostrado, el interés por parte del Estado en la seguridad en el trabajo fue anterior a la regulación propiamente dicha del trabajador como tal y su relación con el empleador. Que ello es así se corrobora no solo con el dato cronológico, sino que la necesidad de establecer una regulación que permita prevenir que aquellas personas

que se ponían al servicio de un tercero para desarrollar una labor o tarea se vean afectadas físicamente respondía a los riesgos que se desprendían de este nuevo espacio, controlado por el maestro.

El posterior desarrollo normativo, doctrinario y jurisprudencial en los distintos ordenamientos jurídicos, incluido el peruano, vino a concretar un nuevo espacio, el del Derecho Laboral o del Trabajo, desde el cual se establecieron una serie de garantías y derechos para el trabajador, entendido ahora como aquel que presta un servicio o desarrolla una labor de manera remunerada, para un tercero y de forma subordinada. Es a partir de esta definición, adoptada de manera unánime y que además caracteriza al vínculo jurídico entre trabajador y empleador, que se reduce el círculo de destinatarios de las normas que pretenden regular la prestación de trabajo, entre ellas, las que proveen determinada protección en materia de seguridad.

Así, se ha señalado desde el Derecho Laboral que la protección a la salud y ambiente laboral está estrechamente vinculada al contrato de trabajo, de manera que la atribución de deberes al empresario se fundamenta en la existencia de este vínculo jurídico (Palomeque López & Álvarez de la Rosa, 2014, p. 605). De la misma manera, la lectura de las obligaciones en materia de seguridad y salud prescritas por el ordenamiento peruano ha llevado a algunos autores a señalar que dicho deber surge de la puesta a disposición del trabajador a través del contrato de trabajo (Caro Paccini, 2015, p. 10; Castillo Montoya, 2015, p. 250). Esta postura, además, ha sido adoptada de manera unánime por la jurisprudencia peruana, al acordar la competencia de la jurisdicción laboral frente a demandas de indemnización por enfermedad profesional al tratarse de “obligaciones de salud y seguridad en el empleo, producto de la suscripción de un contrato de trabajo” (Poder Judicial, 2013, p. 47).

Siendo ello así, y si se asumiera una rígida dependencia del marco normativo extrapenal para determinar la posición de garante del empresario, se debería concluir con la correspondencia entre empresario y el empleador definido desde la perspectiva jurídico – laboral. Sin embargo, como se ha resaltado en numerosas oportunidades, lo que debe primar es el fundamento material que subyace a la determinación de esa posición específica y a la protección que se confiere a partir del tipo penal del artículo 168-A CP. En consecuencia, a partir de estas dos variables –que no son más que dos puntos de vista de una sola realidad –se analizará si se justifica ubicar la protección penal en el contexto de la relación jurídico – laboral o, dicho con otras palabras, si es válida una exclusión –para los efectos penales –de aquellos a quienes desde el Derecho del Trabajo no se les podría calificar como trabajadores.

1.1. Fundamento de la intervención estatal ante riesgos laborales

Como se puso de manifiesto en su oportunidad, fue la concepción de la fábrica como un espacio en el que se llevaban a cabo actividades productivas a favor de un tercero –el maestro –lo que llevó a regular las condiciones en las que dicha área debía encontrarse para no ocasionar determinados daños a aquellos que prestaban su mano de obra. Nótese que en las normas que han sido reseñadas en el primer capítulo de esta investigación se hace siempre referencia a condiciones de salubridad –limpieza del establecimiento, ventilación o aforo. Posteriormente, en 1878 se incluye, producto de un mayor desarrollo tecnológico, reglas específicas respecto al funcionamiento y operación de maquinarias. En ambos casos, la lógica que subyacía a la regulación era la misma: evitar que los riesgos derivados ya sea de la fábrica misma o de la tarea que cada persona vaya a realizar para un tercero –el dueño de los medios de producción – perjudicaran al prestador del servicio o labor.

El reconocimiento a nivel supranacional de la necesidad de alcanzar mayores niveles de prevención de riesgos toma, como punto de inicio, este razonamiento. Así, el ya

mencionado Convenio N° 155 OIT señala en su preámbulo la necesidad de adoptar medidas relativas a la seguridad, higiene y medio ambiente de trabajo. Por su parte, la Directiva 89/391/CEE hace referencia a la necesidad de protección frente a los riesgos derivados del lugar o medio de trabajo. Detrás de ambos dispositivos legales se encuentra una idea central: la consideración de la empresa como un espacio que, en mayor o menor medida, supone un riesgo para aquellas personas que en ella llevan a cabo una actividad y, por consiguiente, la obligación de identificar y neutralizar dicho peligro, representado ya sea por el solo funcionamiento de la misma como por las tareas específicas que cada uno lleve a cabo.

La doctrina laboral, de manera acertada, ha acogido estos planteamientos como la base para la legislación en materia de prevención de riesgos laborales. Así, se sostiene que los deberes de protección del trabajador se fundamentan en el traslado de los riesgos profesionales desde quien presta una actividad hacia quien es el beneficiario de la misma, por ser este último quien recibe la utilidad de la actividad prestada (Cruz Villalón & Valdés Dal-Re, 2008, p. 167). Dicho de otra forma, el fundamento se encuentra en que “el trabajador al prestar sus servicios profesionales compromete su persona y su propia integridad física” (Palomeque López & Álvarez de la Rosa, 2014, p. 602), exponiéndose a riesgos que pueden hallar su fuente ya sea en el trabajo o actividad, en el lugar en que ésta se realiza o debido a la organización que de la empresa hace su titular.

Sin embargo, a partir de este fundamento se llega concluir la exclusión de ciertos grupos de trabajadores como los autónomos (aquellos que carecen de un vínculo de subordinación y, por lo tanto, de un contrato de trabajo), al observarse en este supuesto “la ausencia de traslación de riesgos profesionales a la parte empresarial y la plena confianza en la autotutela” (Cruz Villalón & Valdés Dal-Re, 2008, p. 171). Ello sería así en tanto el concepto de autonomía, en contraposición a aquel de

subordinación, niega la existencia de intervención ajena en la ejecución de la labor encomendada (Martín Valverde et al., 2013, p. 41).

No obstante ello, ¿es coherente con el fundamento detrás de la protección estatal –y principalmente la que se provee mediante el Derecho Penal –exigir que concurren los tres elementos sustanciales del contrato de trabajo? La respuesta debe ser negativa. Ni la remuneración ni, mucho menos, la subordinación deben ser tomadas en cuenta para afirmar o negar la existencia de una posición de garante por parte del empresario. La situación de precariedad e indefensión en la que se encuentra el sujeto pasivo del delito, y que justifica la protección por parte del Derecho Penal, se encuentra presente también –e incluso con mayor intensidad –en aquel que realiza una labor sin recibir una contraprestación o en aquella persona que no está vinculada a las órdenes del empresario. Los espacios especialmente riesgosos para bienes jurídicos de singular importancia no se restringen únicamente a las actividades laborales subordinadas, como afirma cierta sector de la doctrina (Babace, 2015, p. 386).

En consecuencia, lo que debe primar es el dato de la realidad que se corresponde con aquel que justifica la intervención penal: el ingreso de la persona, trabajador en sentido amplio, al ámbito de organización del empresario – empleador al prestar sus servicios para éste en el lugar o centro de trabajo (Montoya Melgar, 2004, p. 140). En ese sentido, resultaría válido el recurso al principio de primacía de la realidad propio del Derecho Laboral, en tanto por este último se prefiere la naturaleza de una situación o relación jurídica antes que su calificación por parte de los sujetos que intervienen (Neves, 2000, p. 36). Ello, no obstante, solo deberá circunscribirse a verificar el elemento de ajenidad en la relación entre empleador y trabajador y no a verificar la existencia de una relación jurídico – laboral encubierta, como comúnmente se emplea en el ordenamiento laboral.

Por lo tanto, aun en los casos en los que no existe un vínculo contractual de por medio, y sin perjuicio de la mayor o menor autonomía que se presente, trabajadores como los autónomos no tienen el completo dominio de las fuentes de riesgo que amenazan su seguridad (Arce Ortiz, 2013, p. 100). La traslación de riesgos hacia el empleador opera siempre que concurra esta circunstancia, lo que no niega que los deberes que asuma el empresario sean graduados, recayendo mayores responsabilidades sobre la gestión de riesgos en aquellos trabajadores que válidamente no son calificados como tal por el Derecho Laboral, tal y como se analizará posteriormente.

De esta manera se evita una lectura restrictiva de la posición de garantía que exige el tipo penal del artículo 168-A CP –lo que podría dejar fuera de toda tutela a aquellas personas que se encuentran dentro del ambiente de trabajo (Cui, 2007, p. 68), aunque exigiendo cierta característica que justifique su inclusión junto con los trabajadores subordinados. Esta posición es sostenida además por la jurisprudencia italiana, al poner el énfasis en el hecho que el sujeto pasivo debe ser aquel que ejecuta una labor, y la existencia de un riesgo para éste, lo que incluye, entre otros, al trabajador autónomo. Así,

l'unitaria tutela del diritto alla salute [...] impone l'utilizzazione dei parametri di sicurezza espressamente stabiliti per i lavoratori subordinati nell'impresa, anche per ogni altro tipo di lavoro [...]. Il relativo obbligo si pone a prescindere dalla qualifica dei soggetti che si trovano ad eseguire i lavori nell'area in parola: lavoratori autonomi, lavoratori subordinati, fornitori ecc. ²⁴ (Sentenza N° 35534/2015, 2015)

²⁴ Traducción libre: “La unitaria tutela del derecho a la salud obliga la utilización de los parámetros de seguridad expresamente establecidos tanto para los trabajadores subordinados en la empresa como para otros tipos de trabajo. Este deber lleva a prescindir de la calificación de los sujetos que ejecutan las labores: trabajadores autónomos, subordinados, proveedores, etc.”

1.2. Fundamento del deber de protección del empresario – empleador

No obstante lo señalado hasta el momento, existe un segundo argumento a favor de desvincular la determinación de la posición de garante del empresario de la relación laboral –entendida ésta en términos jurídico-laborales. Como se ha analizado con anterioridad, la atribución de consecuencias jurídicas, entre ellas las penales, se fundamenta en la relación libertad – responsabilidad. Al ejercicio, incluso legítimo, de la libertad del individuo viene aparejada la responsabilidad por dicho uso, expresada en el cumplimiento de determinados deberes.

En lo que respecta al empresario, la libertad de empresa viene reconocida como un derecho fundamental en la Constitución, a partir del rol de promotor del desarrollo que confiere el artículo 60° del texto constitucional a la empresa (*Exp. N° 3116-2009-PA/TC*, 2009). Este derecho que el Estado reconoce al empresario se fundamenta en que se requiere de cierto margen de libertad para organizar el capital y el trabajo y encaminarlo hacia la consecución de un fin o de un resultado (Ariño Ortiz, 1995, p. 26). Es decir, el concepto de empresa que se ha esbozado requiere, de manera imprescindible, del ejercicio de determinadas libertades, entre las que se encuentran la libertad de organización y la libertad de dirección (*Exp. N° 1405-2010-PA/TC*, 2010). Éstas hacen referencia a la dirección interna del trabajo y a la toma de decisiones para el ejercicio de la actividad empresarial, respectivamente (Ariño Ortiz, 1995, pp. 88-89).

Siendo ello así, debe concluirse que este espacio de libertad es inherente al contexto empresarial, y abarca todos los medios de los que se vale el empresario para llevar a cabo la actividad económica. Y dado que éste, legítimamente, puede hacer uso de otras formas de contratación, además del contrato de trabajo, para hacerse con la mano de obra que necesita para llevar a cabo sus objetivos, entonces es coherente reconocer en todos estos casos la atribución del empresario de poder dirigir y

organizar el trabajo de alguna manera, entendido este en un sentido amplio, sin que ello signifique el encubrimiento de una verdadera relación laboral. Los procesos de descentralización productiva, cada vez más utilizados por las empresas, suponen el recurso a otras formas de contratación civiles como el recurso a trabajadores autónomos o a empresas de tercerización de servicios, y a la vez implican

la elusión de la configuración de un vínculo laboral directo con quienes atienden la actividad, pero sin renunciar de forma plena al control global de los procesos de producción, que se intenta mantener por las vías descritas [basadas en la coordinación de actividades o la cooperación entre empresas]. (Sanguineti Raymond, 2009, p. 118)

Algunos autores han aceptado que no cabe entender el concepto de subordinación de manera rígida, donde otros trabajadores como los autónomos no son susceptibles de recibir orientación alguna sobre el tipo de servicio u obra que llevarán a cabo (Cruz Villalón, 2009, p. 32), con lo cual se acepta que aun cuando exista un contrato de locación de servicios materialmente lícito, el empresario – empleador pueda coordinar la consecución del objetivo final orientando de cierta manera la prestación del servicio. Y, en consecuencia, no cabe otra cosa que reconocer la existencia de ciertos deberes mínimos de protección para todos los casos derivados del ejercicio de estas libertades.

Por lo tanto, el ingreso de la persona que presta su servicio, con independencia del vínculo jurídico, a la esfera de organización del empresario – empleador implica la interacción entre dos ámbitos de organización (Venturi, 2009, p. 3), aquella del trabajador o autónomo sobre la labor a realizar y la dirección y organización que ejerce el empresario, producto del control global que posee sobre el proceso de producción (Sanguineti Raymond, 2009, p. 116). Por ello, será necesario que este último realice, como mínimo, actos de coordinación y gestión (*Sentenza N° 35534/2015*, 2015), los cuales deben estar encaminados a la protección de los trabajadores –en sentido

amplio –frente a los riesgos derivados de la empresa, del ámbito en el que este se desenvolverá y sobre los que no tienen injerencia. Evidentemente, en el caso de trabajadores subordinados la intensidad de los deberes a imponer al empleador será mayor, lo que responde a las características propias de este grupo de trabajadores, a las características del vínculo de subordinación que van más allá de la sola coordinación de actividades.

Todas las personas que cumplen con esta característica esencial pueden verse afectadas por los riesgos propios del empresario, “riesgos que son derivación directa de su apertura de empresa y de su concreta actuación dentro de ella” (Arroyo Zapatero, 1981, p. 136), además de poder incidir, en mayor o menor medida, en la creación de riesgos ajenos al empresario. En consecuencia, carece de justificación restringir la existencia de deberes de protección por parte del empresario a la existencia de una relación laboral en sentido estricto, siendo destinatarios de la protección penal “la colectividad de trabajadores de la empresa correspondiente [...] tenga o no un contrato laboral que lo vincule al empleador” (Abanto Revilla, 2015, p. 377).

Este planteamiento no hace más que aplicar, al plano de la contratación de personal, la teoría esbozada sobre la posición de garante del empresario, en tanto éste, al incorporar a terceros dentro de la estructura empresarial, se hace destinatario directo de la norma penal (Terradillos Basoco, 1998, p. 79), que busca proteger de posibles menoscabos a bienes jurídicos derivados del ejercicio de la actividad económica. Así, para García Cavero, el vínculo institucional que fundamentaría la imposición de deberes de protección se encontraría presente en todos los casos en los que existan personas que desarrollen actividades en las instalaciones de la empresa (García Cavero, 2013, p. 209). Sobre el particular, solo cabe precisar que desde la idea que aquí se sostiene, no se trata de un vínculo institucional sino de la creación de riesgo, el

mismo que se extiende aun en el caso de trabajadores informales o vinculados por otro título jurídico.

1.3. Posición de garante y bien jurídico protegido

Finalmente, no puede pretenderse encontrar la posición de garante del empresario – empleador sin tomar en consideración el objeto de protección del artículo 168º-A CP. Son los riesgos típicos abarcados por el tipo penal los que permitirán apreciar y delimitar la posición de garante del empresario. En consecuencia, a la luz del bien jurídico protegido se debe analizar si los riesgos frente a los cuales se erige la protección penal tienen que ver con la existencia de una relación laboral.

El contexto histórico y la realidad que se pretende regular permiten arribar a la conclusión de que se trata de un bien jurídico de naturaleza colectiva, la seguridad en el lugar de trabajo, “entendido como los presupuestos o condiciones necesarias para la prevención de riesgos laborales” (Montoya Vivanco, 2013, p. 93). Se trata de una protección que se provee a aquel colectivo que representa la fuerza de trabajo necesaria para el funcionamiento de las estructuras empresariales, las mismas que permiten a su vez el desarrollo del sistema económico de un Estado, y que no pueden verse perjudicadas en el ejercicio de su actividad laboral.

Aun cuando el artículo 168-A CP haga referencia a la vida y salud, ello es así solo en aras de delimitar la protección penal en función de aquellos riesgos más relevantes para la dignidad en el trabajo, de manera que la conducta prohibida “afecta a intereses individuales pero legalmente contemplados en su dimensión colectiva” (Terradillos Basoco, 1998, p. 78). Esto responde además a un dato fáctico: la empresa como fuente de peligro lo es para todo el colectivo que dentro de ésta presta su mano de obra, con independencia de que este riesgo se concrete o materialice en uno o más trabajadores.

Todo ello tiene sentido si se tiene en consideración que, como se señaló en su oportunidad, el objeto de protección penal del delito contra la seguridad de los trabajadores se apoya en el derecho a la salud. En ese sentido, el artículo 100° de la Ley General de Salud impone la obligación de adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la salud y seguridad tanto de trabajadores como de terceros que se encuentren en el lugar de trabajo. Esta disposición ha llevado a afirmar que, en aras de proteger al empleador frente a eventuales responsabilidades,

es recomendable que todas las medidas en materia de seguridad y salud en el trabajo sean, en la medida de lo posible, extendidas a cualquier persona que presta servicios en las instalaciones de las empresas principales o usuarias. (Ugaz Olivares & Soltau Salazar, 2011, p. 178)

En consecuencia, lo relevante desde el bien jurídico es la situación concreta en el mercado laboral del colectivo que se vaya a proteger (Martínez-Buján Pérez, 2013, p. 704), y esta realidad es la situación de riesgo de todo aquel que presta un servicio o una actividad para un tercero dentro de su ámbito de competencia u organización, con independencia del vínculo jurídico que opere entre ambos. Por lo tanto, si se acepta, como mayoritariamente se ha hecho, la naturaleza de derecho fundamental de la seguridad en el trabajo, carece de sentido entonces reconducir el origen de los derechos de los trabajadores y de las obligaciones de los empleadores al contrato de trabajo.

La conclusión a la que se arriba luego de este desarrollo es que la posición de garante del empresario para efectos del delito contemplado en el artículo 168-A CP no está en función de la existencia de un vínculo jurídico-laboral, sino que una interpretación teleológica de dicho precepto obliga a que el concepto de trabajador y de relación

laboral se extienda con la finalidad de poder abarcar a todos aquellos que al prestar un servicio ingresan a la esfera de libertad de un empleador.

Esta finalidad de protección ha llevado además a afirmar la necesidad de poner un énfasis especial en la protección de determinados colectivos de trabajadores, no solo aquellos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad por circunstancias personales o factores biológicos, sino también en aquellos grupos producto de los nuevos sistemas de producción, dado que las diversas manifestaciones de los procesos de flexibilidad laboral dan como resultado una mayor precariedad del trabajo y con ello un mayor riesgo para los trabajadores (López Ahumada, 2010, p. 27). Ello es así en tanto dichos procesos tienden a la dualización del mercado de trabajo, dado que se "alienta el desequilibrio entre trabajadores integrados en los mismos procesos productivos" (Sanguinetti Raymond, 2009, p. 121).

Estas consideraciones resultan de suma importancia dado que en el Perú no solo es cada vez más común recurrir al *outsourcing* o tercerización, sino que el recurso a formas de contratación civiles junto al sector informal (aquel que labora sin mediar contrato alguno) representaba en el año 2010 el 68,5% de la PEA asalariada (Tostes & Villavicencio, 2012, p. 370, cuadro n° 2), lo que trae como consecuencia la "liquidación de derechos laborales [a través de] la creación de menos empleo con derechos" (Tostes & Villavicencio, 2012, p. 370). Por lo tanto, ante este escenario se hace necesario que el Estado, en atención al principio de igualdad, pueda proteger de determinada manera a todas aquellas personas que se ven afectadas por el mismo fenómeno y cuyos bienes jurídicos se encuentran amenazados de igual manera.

En Derecho Comparado, algunos ordenamientos jurídicos, como el italiano, han optado por incorporar explícitamente en sus legislaciones en materia de salud y seguridad una definición de los sujetos protegidos de acorde con las consideraciones

ya señaladas. Así, el artículo 2º del Decreto Legislativo 81/2008 –Texto Único en materia de salud y seguridad en el trabajo –define como trabajador a todo aquel que desarrolla una actividad en el ámbito de organización de un empresario, sin importar si recibe o no contraprestación²⁵.

Por su parte, la LSST no contempla una definición de trabajador; sin embargo, en atención al principio de prevención se establece en el Título Preliminar la obligación del empleador de proteger la vida, salud y bienestar no solo de los trabajadores en sentido estricto, sino también de “aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores”. En consecuencia, el principal interés de los mecanismos de prevención de riesgos, entre los que se encuentra el recurso a la intervención penal, debe ser asegurar las condiciones de seguridad de todos los colectivos de trabajadores que cumplan, materialmente, con esta característica. Así,

este principio es una piedra angular, en la medida que se procura que el empleador coloque un acento especial en la reducción de los peligros y riesgos que se generan por el tipo de gestión empresarial y a los que expone a sus trabajadores y a todos aquellos que se encuentren en su centro de labores. Ello en la medida que el empleador es el que determina el nivel de peligro y riesgo presente en su centro de labores. Además, el empleador es quien goza de la facultad directriz de seguimiento y fiscalización y de sanción en el centro de labores. (Ospina Salas, 2011, p. 182)

Incluso en sistemas como el español, en el que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales restringe su ámbito de aplicación a las relaciones de trabajo reguladas por

²⁵ Articolo 2 - Definizioni

1. Ai fini ed agli effetti delle disposizioni di cui al presente decreto legislativo si intende per:

a) «lavoratore»: persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un'attività lavorativa nell'ambito dell'organizzazione di un datore di lavoro pubblico o privato, con o senza retribuzione, anche al solo fine di apprendere un mestiere, un'arte o una professione, esclusi gli addetti ai servizi domestici e familiari (...).

el Estatuto de los Trabajadores, es posible extender la protección penal a otro tipo de trabajadores, en tanto “es la relación funcional y teleológica entre quien actúa y el bien jurídico protegido la que permite afirmar la responsabilidad criminal” (Terradillos Basoco, 1998, p. 80). De esta manera, una lectura valorativa de los bienes jurídicos protegidos por el Título XV del CP español, dedicado a los delitos contra los derechos de los trabajadores, lleva a afirmar que

a efectos de la consideración como sujetos pasivos de los delitos contra los trabajadores el concepto penal trasciende los límites del ET [Estatuto de los Trabajadores], puesto que sujetos protegidos pueden serlo no sólo los trabajadores por cuenta ajena sino también quienes desean ejercitar su derecho-deber de trabajar, los trabajadores autónomos y otros colectivos excluidos del ET. (Sánchez-Rodas Navarro, 2002, p. 47)

2. Contenido y límites de la posición de garante del empleador

2.1. Núcleo de los deberes del empleador

La determinación del sujeto obligado a adoptar las medidas necesarias para evitar que los riesgos, producto del ejercicio de su libertad, afecten a terceros se debe realizar en función la conducta previa mediante la cual este organiza su espacio de autonomía. En el ámbito empresarial, esta obligación surge del ejercicio de la libertad de empresa, de la creación y puesta en marcha de una estructura que, tanto por las actividades que llevará a cabo como por la propia organización de la misma, se considera una fuente de riesgos para los bienes jurídicos involucrados en la interacción entre la empresa y la sociedad, ello como parte del normal funcionamiento de la economía.

Uno de estos bienes jurídicos, tutelados por el Estado a través del Derecho Penal, es la seguridad en el trabajo, las condiciones necesarias para que los trabajadores

puedan llevar a cabo su actividad productiva sin poner en riesgo su bienestar físico y mental y que se proyecta sobre la vida, salud e integridad. A esta conclusión se arribó luego de haber analizado los principales instrumentos internacionales que consagran a la seguridad en el lugar de trabajo como un derecho fundamental del colectivo “trabajadores”, entendido este como la fuerza laboral que presta un servicio o una actividad para un tercero, el empleador.

Siendo ello así, el obligado a evitar comportamiento de riesgo para la seguridad en el trabajo –el destinatario de la norma penal contenida en el artículo 168-A CP –será aquel que, desde el bien jurídico, esté en la posición de evitar la lesión o puesta en peligro del mismo. Para el supuesto que es objeto de la presente investigación, se ha mostrado la coincidencia entre el concepto de empresario –sujeto responsable de la fuente de peligro *empresa* –y el concepto de empleador desde un sentido material, entendido como aquel sujeto que tiene la capacidad de organizar y controlar los riesgos a los que pueden verse expuestos las personas que prestan una actividad en el establecimiento de la empresa. Siendo ello así, se puede concluir que recibirá la calificación de empleador aquel que asuma “en el esquema organizativo de la empresa facultades de dirección en la esfera funcional que tienen a su cargo” (Baylos et al., 1997, p. 115).

Por lo tanto, no se trata, como parece afirmar Lascurain, de establecer la concurrencia de las reglas propias de la intervención penal y la regulación laboral (2005a, p. 579), dándose con ello casos en donde una deba ceder a favor de la otra. La obligación legal que impone la redacción del tipo penal no es otra cosa que la delimitación del círculo de sujetos que, de acuerdo al bien jurídico tutelado, pueden ponerlo en riesgo. Y esa es una tarea que se lleva a cabo partiendo de los propios fines del Estado Constitucional de Derecho y las condiciones que este debe proveer a la sociedad.

Ahora bien, sobre el empleador como sujeto obligado recae un deber general, como en todos los delitos, de llevar a cabo los comportamientos necesarios para que los riesgos derivados de la actividad empresarial que viene realizando no se concreten. Pero, para determinar que comportamientos o medidas debe el empleador adoptar se debe establecer cuáles son los riesgos abarcados por el bien jurídico. Es decir, cuáles son los riesgos que pueden atentar contra la seguridad en el trabajo. Estos serán, con carácter general, los riesgos producto de la conducta del empleador de creación o puesta en funcionamiento de la empresa y aquellos creados por terceros pero que hayan su fundamento en la apertura de la empresa (Arroyo Zapatero, 1981, p. 146), siempre que quienes intervengan carezcan de un margen relevante de autonomía (Lascuráin Sánchez, 2005a, p. 575).

Atentar contra la seguridad en el trabajo tiene que ver con “la omisión de aquellos medios que sirven de contención o minimización de riesgos” (Pomares Cintas, 2013, p. 173), los mismos que vienen irradiados por el funcionamiento de la empresa y que pueden afectar al colectivo que, con ocasión de la prestación de un servicio para el empleador, ingresa en el radio de alcance de la fuente de peligro. Por ello, las conductas que sean sancionadas por el artículo 168-A CP serán aquellas omisiones que, *ex ante*, sean capaces de poner en riesgo a los trabajadores en tanto colectivo, lo que implica evaluar que los riesgos sean de una amplitud tal que el empleador solo los puede controlar si adopta medidas de carácter general. Lo que suceda posteriormente, si llega a concretarse en un trabajador concreto, no dependerá de su actuación.

Por lo tanto, para determinar si se está frente a la afectación del bien jurídico seguridad en el trabajo o frente a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos individuales lo relevante será que el riesgo creado –en relación a quien pueda verse afectado –no pueda ser individualizado o determinado *ex ante*, sin importar el número de potenciales víctimas (Castronuovo, 2015, p. 184).

Así, cuando el riesgo *ex ante* y en abstracto se proyecta únicamente sobre un trabajador o persona individualizada y el empleador puede incidir sobre dicha fuente de riesgo de manera diferenciada pero omite llevar a cabo los comportamientos necesarios para llevar dicha fuente dentro de los límites permitidos, su omisión ya no puede enmarcarse en el delito de atentado contra la seguridad de los trabajadores, sino se está ante la creación de un riesgo penalmente relevante para bienes jurídicos de naturaleza individual, como la vida o la integridad física, de manera directa. El comportamiento típico, en este caso, ya no tiene que ver con las condiciones necesarias para la actuación de un colectivo en la sociedad, sino con el goce de libertades netamente individuales. Aun cuando en la actual redacción del Código Penal el artículo 168-A se incorpore dentro de un título referente a bienes jurídicos individuales, ello no debe incidir sobre la verdadera naturaleza de la seguridad en el trabajo a efectos penales.

Al respecto, Martínez Buján ha señalado que cuando el peligro concreto recaiga sobre un único trabajador, sobre el que se materializa un resultado lesivo, se debe aplicar el criterio de la consunción al estar frente a un concurso aparente de normas (2013, p. 788), posición que debe matizarse en tanto lo que interesa no es el resultado lesivo sino la potencialidad *ex ante* para afectar a los trabajadores como colectivo social.

No obstante ello, la solución propuesta es correcta, en tanto más allá de la denominación de concurso, se está frente a un problema propio de interpretación y aplicación del derecho, en donde existe una “cercana relación criminológica” (Jescheck & Weigend, 2014b, p. 1099) entre dos tipos penales, pero en donde, finalmente, la conducta y “su contenido de injusto está definido completamente por uno solo de dichos tipos penales” (Villavicencio Terreros, 2006, p. 711). García Cavero, por su parte, niega este planteamiento para el ordenamiento peruano, basado en la

ubicación sistemática del tipo penal de atentado contra la seguridad en el trabajo (2013, p. 218), sin tomar en consideración la verdadera naturaleza del bien jurídico.

2.2. Alcance de las normas de seguridad y salud

Como en todo el catálogo de delitos, es imposible para el legislador ofrecer una lista detallada de cómo es que el destinatario de la norma puede poner en peligro el bien jurídico. Para ello, es necesario acudir a la normativa extrapenal, que ofrecerá pautas de mayor o menor concreción sobre los riesgos a los que se enfrenta el empleador. Por lo tanto, las normas de seguridad y salud serán todas aquellas disposiciones que tengan como finalidad la prevención de riesgos laborales derivados del funcionamiento de la empresa aun cuando se encuentren en normas del ordenamiento jurídico cuyo objeto o finalidad no sea regular la seguridad y salud en el trabajo, pero sí el de regular los riesgos en determinadas actividades concretas, como por ejemplo la minería (Gálvez Villegas & Delgado Tovar, 2011, p. 352).

No obstante, como las normas extrapenales son también obra del legislador, éstas tampoco pueden ser exhaustivas en su regulación, pudiendo existir sectores productivos completamente desregulados o que con el paso del tiempo su regulación en materia de seguridad laboral resulte insuficiente. Es en estos supuestos que un excesivo formalismo en las fuentes de la posición de garante del empleador puede llevar a la desprotección de los trabajadores. Por lo tanto, no puede sostenerse que la adopción de nuevas tecnologías o conocimientos deba ser una tarea que primero debe decidir la autoridad competente (Company, 2011, p. 72).

Por ello, el recurso a los conocimientos mínimos o a la *lex artis* será de suma importancia pues lo relevante no es el solo cumplimiento de lo dispuesto por las normas de seguridad en el trabajo, sino su idoneidad para cumplir con su objetivo. Ante una medida dispuesta por una norma sectorial pero ineficaz al momento de

adoptarla, se debe llenar ese vacío con aquellos conocimientos que mínimamente se le pueden exigir a la persona que decide ingresar a un sector productivo específico, además del estado de la ciencia y la tecnología aplicada a dicha sector.

Aun cuando directamente no se esté infringiendo una norma legal, ello en ningún caso significará una aplicación en contra del texto del tipo penal, pues cuando se compruebe la existencia de una conducta típica existirá siempre la omisión, por parte del empleador, de garantizar “el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores”, tal y como viene reconocido en el Título Preliminar de la LSST y que es, a su vez, expresión de los compromisos a nivel internacional del Estado peruano.

Otro punto discutido en la doctrina es la inclusión de los convenios colectivos como normas de seguridad en el trabajo. La Constitución otorga a la convención colectiva fuerza vinculante, lo que ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional como una automática aplicación a las relaciones individuales y la primacía sobre la autonomía individual (*Exp. N° 008-2005-PI/TC*, 2005). Ello significa que lo que válidamente se acuerde se incorporará a la esfera subjetiva de cada trabajador comprendido por la negociación colectiva sin necesidad de una ulterior manifestación de voluntad. Y dado que el convenio colectivo es el instrumento mediante el cual colectivamente pueden regularse los distintos aspectos de la relación laboral, éste podrá incluir obligaciones específicas para el empleador en materia de seguridad en el trabajo.

Por lo tanto, no existen motivos para negar al convenio colectivo como fuente de obligaciones de acuerdo al artículo 168-A CP, siempre y cuando el contenido de éste se limite a “adecuar el estricto marco legal establecido a la situación concreta, esto es, a las necesidades específicas de cada clase de actividad” (Olaizola Nogales, 2015, p. 579). Es decir, en tanto la LSST contiene como principio la colaboración y participación

de las organizaciones sindicales en la adopción de las medidas de seguridad en el trabajo, es válido que éstas a través del convenio colectivo precisen las obligaciones genéricas contenidas en la ley.

Sin embargo, la convención colectiva puede mejorar la protección legal en distintos aspectos, incluida la protección frente a los riesgos laborales. Así, podrían incluirse nuevas obligaciones que provean una protección más allá de la suficiente o necesaria. Estos tipos de obligaciones no pueden ser vinculantes a efectos del tipo penal, pues no se podría responsabilizar penalmente al empleador por incumplir aquello a lo que en principio no estaba obligado, siempre y cuando la obligación mínima haya sido satisfecha. Es decir, si el empleador se obliga mediante un convenio colectivo a otorgar un implemento de seguridad adicional como medida de refuerzo, el incumplimiento de esta medida en principio no podría poner en riesgo el bien jurídico, siempre que su finalidad haya sido únicamente reducir a su mínima expresión el riesgo que podría subsistir con las medidas ordinarias, pero que se encuentra dentro del riesgo penalmente permitido.

Ello significa que todos aquellos acuerdos que, al amparo del artículo 3º de la LSST, busquen mejorar los niveles de protección previstos por las normas de seguridad en el trabajo, como por ejemplo acuerdos producto de la Responsabilidad Social Corporativa, no podrán ser considerados como infracciones de la normativa sancionables por el tipo penal. Al empleador solo se le puede responsabilizar por incrementar el riesgo hasta niveles no permisibles, no así por no reducir el riesgo dentro del margen del riesgo permitido. En tanto se pueda considerar como riesgo permitido aquellos riesgos inevitables o los que siendo evitables serían excesivamente costosos (Corcoy Bidasolo, 2013, p. 274), el incumplimiento de asumir esos riesgos o costos fuera de su obligación originaria no puede sustentar la responsabilidad penal.

En suma, la ley N° 29783 contiene obligaciones genéricas de garantizar las condiciones de seguridad, gestionar y eliminar riesgos. Para cumplir con este objetivo, y dotar de contenido a dichas obligaciones, será necesario en primer lugar identificar los riesgos, lo cual no puede hacerse solo desde el texto de ésta o cualquier otra norma. Prueba de ello es que la propia LSST hace referencia, en el Título Preliminar, a la necesidad de “considerar factores sociales, laborales y biológicos, diferenciados en función del sexo [...] en la evaluación y prevención de los riesgos en la salud laboral”, además de establecer una lista abierta de las obligaciones del empleador²⁶.

2.3. Alcance de las medidas de protección de riesgos laborales

Con el objetivo de dotar de contenido a la posición de garante del empleador frente a los riesgos derivados de su actividad, el tipo penal que provee esta protección establece como elemento central la no adopción de las medidas contenidas en las normas de SST. Ello, de cara a delimitar las obligaciones del empleador frente a los riesgos que enfrentan los trabajadores, demanda que se delimite el tipo de medidas –o cuál es el alcance de este término –para poder delimitar luego su margen de actuación.

La doctrina ha mostrado diversas opiniones. Por un lado, se sostiene de manera general que es posible abarcar, desde una interpretación teleológica, tanto los medios que se puedan percibir con los sentidos, materiales -herramientas o equipamiento – como aquellos medios que no pueden percibirse, los llamados inmateriales (Olaizola Nogales, 2015, p. 570).

No obstante, en contra de esta corriente se ha señalado que, de acuerdo a la redacción del tipo penal (del CP español), existirían serias dudas para entender como medios “la inadecuada selección formación e información de los trabajadores en

²⁶ “El empleador, entre otras, tiene las siguientes obligaciones: [...]”

relación con los riesgos que implica la tarea concreta que se les asigna” (Martínez-Buján Pérez, 2013, p. 779).

No obstante, dentro de esta corriente mayoritaria no existe consenso sobre el alcance de aquellos medios inmateriales. Así, para Olaizola sería relevante a efectos de la protección del tipo penal el proveer la suficiente información y formación a los trabajadores, pero no así el deber de vigilancia del empleador sobre el correcto uso e incluso provisión de los medios de protección, por exceder en este supuesto la literalidad del precepto penal (2015, pp. 570-571). Por otra parte, se defiende un concepto amplio de medios en tanto abarcaría “los relacionados con las características del trabajo, incluidos los relativos a su organización” (Pomares Cintas, 2013, p. 178), reconduciendo el incumplimiento del deber de vigilancia a la imprudencia grave contemplada en el artículo 317 CP español.

En la doctrina nacional, la obligación de adoptar medios se ha interpretado en el sentido de medidas preventivas, que abarcan tanto aquellas materiales como inmateriales, organizativas y de vigilancia (García Cavero, 2013, p. 213). Por su parte, durante la vigencia del artículo 168.3 CP, que exigía el elemento violencia o amenaza, se planteó la necesidad de una reforma a fin de incorporar el hecho de no brindar información al trabajador sobre los requerimientos de seguridad e higiene necesarios para llevar a cabo su labor (Gálvez Villegas & Delgado Tovar, 2011, pp. 353-354).

Bajo la concepción sobre el bien jurídico protegido en el delito de atentado contra las condiciones de seguridad que se defiende, cabe afirmar que al Estado le interesa prevenir aquellos comportamientos que, dependiendo del empleador, dejen a los trabajadores como colectivo en un estado de indefensión o de vulnerabilidad frente a los riesgos derivados de la puesta en marcha o el funcionamiento de la empresa, los mismos que podrían repercutir en la vida, salud o integridad de los mismos. A partir de

esta idea, la interpretación de los elementos que componen el tipo penal del artículo 168-A deberá hacerse de manera que la protección que el ordenamiento jurídico pretende brindar, y a la que está obligado, no sea desnaturalizada o quede sin efecto.

De la misma manera que se interpretó el concepto “normas de seguridad y salud en el trabajo”, la no adopción de medios, y los medios en sí mismos, deben plantearse de manera que se transmita la obligación del empleador de dotar a los trabajadores de todos los instrumentos necesarios para prevenir los riesgos que éstos enfrenten, lo que incluye a aquellos perceptibles, instrumentos fabricados para este fin como equipos de seguridad o tecnología aplicada a la contención de riesgos, como a aquellos no perceptibles, vinculados tanto a la transmisión de conocimiento como a la organización del propio espacio de manera que conocimiento y tecnología cumplan su finalidad. Dicho con otras palabras, el sentido que debe darse al concepto de medios (necesarios) es aquel que abarque

todas las obligaciones instrumentales que, para cumplir con el genérico deber de protección frente a los riesgos laborales, la LPRL exige al empresario (o, en su caso, a otros sujetos activos de este delito) y que otras normas (reglamentarias o convencionales) vienen a concretar o desarrollar. (Sala Franco, 2011, p. 269)

El lenguaje escrito para los ordenamientos jurídicos de tradición civilista, como el peruano, es la vía que tiene el legislador para comunicar un mensaje, que desde el Derecho Penal será el de tutela de determinados bienes jurídicos. Por lo tanto, la literalidad de ese mensaje –el precepto penal –debe ceder para que el mensaje sea el más acorde a los fines del Estado, fines que van más allá de las normas jurídico-penales. Si se quiere aceptar que la ley tiene o debe tener una vocación de permanencia en el tiempo, ésta debe adecuarse a las necesidades de protección por parte del Estado, de la misma manera que el lenguaje se adapta a los cambios del

grupo social que hace uso de éste. En ambos casos, el objetivo final es permitir la comunicación, la llegada del mensaje al destinatario de la manera más fidedigna posible.

Desde este particular punto de vista, el tenor literal no podría utilizarse como criterio para evaluar la interpretación que, en este caso, se hace del término *medios*. Pero, aun si se quiere sostener, como válidamente hace un sector de la doctrina, el tenor literal como límite de la labor interpretativa, la definición de *medio* es, por sí misma, teleológica. Así, son definiciones de este término “cosa que puede servir para un determinado fin” y “diligencia o acción conveniente para conseguir algo” (Real Academia Española, 2014). Es decir, medios o medidas de seguridad, desde la literalidad del precepto, es perfectamente compatible con la interpretación realizada, dado que muestra el interés del legislador por no desatender aspectos tan esenciales en la seguridad en el trabajo como, por ejemplo, la vigilancia en el uso de las medidas de seguridad (Company, 2011, p. 79).

2.3.1. Características de los medios o medidas de protección

De manera previa a abordar el problema específico del deber de vigilancia como medida a la que se encuentra obligado el empleador, es necesario determinar cuáles son las características que deben cumplir éstas, lo que incidirá directamente en el contenido del deber de garante del empleador. Y estas características deben estar en sintonía con el objetivo que se pretenda alcanzar al adoptarlas, esto es, ubicar el riesgo que enfrentan los trabajadores en el desempeño de su labor dentro de límites permisibles, que no exista una cierta potencialidad para afectar determinados intereses –vida, salud o integridad –y a la vez que permitan el funcionamiento de la empresa.

La Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo establece como medidas prevención la eliminación, y en caso de no ser posible, su control y/o sustitución por situaciones que encarnen un menor riesgo²⁷. No obstante, a efectos de la protección penal, el empleador solo está obligado a reducir los riesgos presentes o previsibles hasta niveles dentro del riesgo permitido. Por lo tanto, la eliminación solo le será exigible en tanto sea la única alternativa para evitar una puesta en riesgo penalmente relevante; por lo demás, la regla será la reducción o contención de dichos riesgos. En consecuencia, los medios a proveer deberán ser aquellos adecuados y eficaces, esto es, “las medidas de prevención aplicables han de ser idóneas para evitar que lleguen a materializarse” (Pomares Cintas, 2013, p. 180).

Las medidas que se han de adoptar deben, en primer lugar, ser pertinentes con respecto a la prevención de riesgos laborales. Esta característica es predicable primero respecto al riesgo que se quiere prevenir –si se trata de trabajo en altura, lo más adecuado será el uso de un arnés, para lo cual cobra importancia no solo las normas sectoriales sino principalmente la *lex artis*. Así, el mecanismo que se utilice para el trabajo en altura y las medidas de seguridad adicionales dependerán de la altura concreta o del trabajo específico que se vaya a realizar.

La adecuación deberá estar en función, también, de la capacidad del trabajador para desempeñar el trabajo bajo determinadas medidas de seguridad. Esta capacidad puede estar vinculada con características propias del trabajador, físicas o psíquicas, como con la propia capacitación, característica que se analizará a continuación. Además, la pertinencia estará relacionada con la organización del propio trabajo, lo que significa que si bajo las medidas de seguridad suficientes el trabajador no puede cumplir con los objetivos de productividad exigidos por el empleador, éste deberá ajustarlos a la medida suficiente para compatibilizar productividad con protección.

²⁷ Artículo 50°.

Por su parte, la eficacia de los medios de producción está relacionada con la idea que “no es solo proporcionar o entregar, sino también es hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin” (Olaizola Nogales, 2015, p. 573). Con ello, la transmisión de conocimiento, como medidas formativas, educativas, de capacitación o de información, son relevantes a efectos de lograr la reducción de riesgos laborales porque por un lado dotan de sentido a las medidas materiales: en el caso del arnés, no hay reducción de riesgo tanto cuando no se otorga cuando se otorga sin una debida capacitación o instrucción. Por otro lado, existen determinados riesgos, como los psicosociales, cuya reducción o eliminación dependerá de la información y la educación que se brinde a los trabajadores sobre como lidiar con estos. Sin esta transmisión de información, el empleador no cumplirá con su obligación (Pomares Cintas, 2013, p. 181).

Por ello, cabe considerar como obligación del empleador la actualización, ya sea del conocimiento o de la tecnología adoptada, en tanto se trata de un deber de “permanente modificación en atención a nuevas circunstancias laborales y a nuevos y perfeccionados mecanismos de producción y de protección colectiva o individual” (Sala Franco, 2011, p. 98). Un equipo de seguridad que ha quedado desfasado, ya sea por cumplimiento de su vida útil como porque el avance tecnológico muestra que ya no puede cumplir con su función, convierte a la medida en inidónea, por lo que el empleador deberá tener especial atención a este desarrollo, procediendo a su actualización o sustitución por mecanismos o herramientas suficientes para reducir los riesgos en un momento dado.

2.3.2. Los deberes de vigilancia como contenido del deber del empleador

A partir de esta explicación, la incorporación de los deberes de vigilancia dentro de los medios que el empleador está obligado a adoptar es ineludible. Para que una medida

de prevención sea tal a la luz del bien jurídico no basta con que los trabajadores cuenten con equipos de seguridad suficientes, acordes con el desarrollo tecnológico y con la debida capacitación para su uso. Si, con todo ello, no se realizan los esfuerzos razonables para verificar su (correcto) uso, aquella medida pierde toda idoneidad.

Los trabajadores son sujetos responsables, pero supeditados también a diversos factores –presión por la producción, defectos en el manejo de la información proporcionada –que hacen necesaria una labor, aunque con límites que luego se explicitarán, de supervisión o vigilancia por parte del superior, la misma que se configura como “instrumento de la obligación, en origen empresarial, de velar por la seguridad y salud de los trabajadores” (Navas-Parejo Alonso, 2012, p. 180). Si bien es cierto en caso de infracción del deber de vigilancia debida puede –no en todos los casos –concurrir la conducta del empresario que no vigila junto a la conducta del trabajador, en caso este último no acate las medidas dispuestas (Olaizola Nogales, 2015, p. 572), ello no puede justificar, al menos de manera genérica, un distinto desvalor de la conducta del empleador o la inexistencia de éste.

En suma, se debe concluir en este punto que el término medios o medidas es un “elemento normativo abierto que puede ser también determinado a partir de los parámetros de seguridad establecidos de manera general” (García Cavero, 2013, p. 213). Y como parámetro general, la LSST hace mención expresa a la vigilancia o supervisión por parte del empleador, aludiendo a la mejora continua de los procesos como parte de una política de gestión de riesgos²⁸ -lo que necesariamente requiere de una supervisión de los mismos a fin de determinar las acciones pertinentes –y a procedimientos internos y externos de supervisión encaminados a, entre otros

²⁸ Artículo 39°.

objetivos, obtener información sobre la aplicación y eficacia de las medidas de prevención y control de riesgos²⁹. Con ello, no cabe más que afirmar que

la frase “normas preventivas necesarias” supone no solo las obligaciones de adoptar las medidas necesarias para garantizar las condiciones de seguridad de los trabajadores en el ámbito de su actividad laboral sino también las obligaciones de vigilar el cumplimiento de tales medidas. (Montoya Vivanco, 2013, p. 99)

2.4. Riesgos creados directamente por el empleador

Los primeros riesgos frente a los que el empleador está llamado a responder son aquellos que se encuentran estrechamente vinculados con la puesta en funcionamiento de la actividad empresarial. Junto a la decisión del empresario del objeto social al cual se enfocará su actividad, debe iniciar una labor de identificación, planificación y organización, tanto en lo que corresponde a la estructura interna como al trabajo que se llevará a cabo en cada unidad productiva, debiendo reconocerse en éstas los riesgos existentes o que previsiblemente puedan desencadenarse con el normal devenir de la empresa.

Si bien es cierto la obligación última del empleador es la de “adopción de medidas necesarias”, ello implicará necesariamente seguir con un proceso de identificación de los riesgos y evaluación de los mecanismos de prevención necesarios, para llegar finalmente a la adopción de las medidas (García Cavero, 2013, pp. 212-213). Y aunque el empleador pueda omitir alguna de las dos primeras etapas, ello por sí solo no podrá calificarse como una conducta típica al amparo del artículo 168-A, pero sí evidenciará una manifiesta falta de idoneidad de las medidas adoptadas, pues se estaría actuando sin el pleno conocimiento de la real situación de la seguridad en el

²⁹ Artículo 41°.

centro de trabajo, lo cual sí se encuentra contemplado por el tipo penal. Por ello, es correcto afirmar que como parte del deber de protección que recae sobre el empleador, “la evaluación de los riesgos laborales se configura legalmente como el elemento idóneo en la determinación de la influencia del trabajo en su salud” (López Ahumada, 2010, p. 102).

Dentro de los riesgos derivados de la puesta en marcha de la empresa, existe un primer grupo de riesgos que se vinculan al establecimiento o lugar de trabajo. Los primeros riesgos a los que se enfrenta el colectivo de trabajadores se encuentran representados por la propia empresa como lugar físico, y tienen que ver tanto con la infraestructura del lugar de trabajo como con las instalaciones y conexiones que se hayan realizado, por ejemplo las instalaciones eléctricas o de gas. Evidentemente, la complejidad de las mismas dependerá de la actividad que se vaya a realizar, ya que el riesgo no será el mismo en una oficina administrativa, en una planta de producción o en una fábrica. Ante ello, la primera obligación del empleador será cumplir con las normas de seguridad en defensa civil, requisito además necesario para obtener los certificados de defensa civil exigidos por la Ley Marco de Licencias de Funcionamiento.

Este último conjunto de normas se encuentran reguladas por el Decreto Supremo N° 066-2007-PCM, y tienen por objetivo “proteger a la población, el patrimonio y su entorno frente a un peligro de origen natural o inducido por el hombre”³⁰. Es decir, aunque su campo de acción es mucho más amplio que el de la LSST, no puede negarse su idoneidad para prevenir los riesgos de quienes ingresan a un establecimiento a prestar un servicio, además de su estrecha vinculación con las normas de seguridad en el trabajo propiamente dichas. Así, el artículo seis del citado dispositivo señala que son normas de seguridad en defensa civil, entre otras, las

³⁰ Artículo 4°.

emitidas por el Ministerio de Trabajo. Además, la LSST señala como una medida de prevención a llevar a cabo por el empleador, el diseño de los ambientes de trabajo³¹, lo que está en estrecha relación con el diseño de las estructuras, conexiones eléctricas, rutas de evacuación o la sola ubicación de los ambientes de trabajo.

En segundo lugar, el empleador está obligado a adoptar las medidas necesarias respecto a las máquinas o herramientas que se vayan a instalar, no solo aquellas que serán operadas por los trabajadores, sino todas aquellas que deban ser instaladas en el lugar de trabajo y que, luego del proceso de identificación de riesgos, se concluya que puede poner en riesgo a los trabajadores que se desempeñen a la empresa. Así, se trata de aquellos instrumentos “cuyo empleo supondría la introducción de peligro concreto y grave para los trabajadores” (Arroyo Zapatero, 1981, p. 142).

Frente a esta fuente de peligro, el empleador deberá realizar una correcta selección de las máquinas o herramientas a implementar, asegurándose de hacer uso de aquellas que supongan un menor riesgo para los trabajadores en general. Luego, si el riesgo aún persiste, se deberán llevar a cabo los ajustes necesarios o implementar mecanismos de aislamiento, buscando así reducir el riesgo hasta niveles compatibles con el bien jurídico, además de brindar la capacitación y las medidas de seguridad suficientes –cascos, uniformes, etc. –para todos los trabajadores, y en especial para aquellos que puedan entrar en contacto con dichas máquinas. Éste orden de actuación o lista de prioridades que debe seguir el empleador se encuentra señalado por el artículo 21 de la LSST, además de lo dispuesto por el artículo 69 de la misma norma.

Finalmente, con la apertura de la empresa se debe realizar el diseño de la estructura interna, lo que implica el diseño de los perfiles de cada uno de los puestos necesarios para cumplir con la finalidad perseguida por la empresa, el diseño del organigrama de

³¹ Artículo 50°.

la empresa y la identificación de los procesos productivos que impliquen un nivel de riesgo para los trabajadores en su conjunto.

El diseño de los puestos de trabajo permitirá conocer los requerimientos de conocimientos previos y/o de capacitación necesarios para el desempeño de la labor. Así, con esta información el empleador podrá contratar al personal más idóneo y podrá llevar a cabo las capacitaciones y brindar la información necesaria para el ejercicio de la labor contratada. De esta manera se reducirán los riesgos para el propio trabajador y para el colectivo que se desempeñe en la empresa. Los artículos 51 y 52 de la LSST imponen la obligación de considerar las competencias personales y profesionales para la asignación de labores, así como la de informar al trabajador sobre los conocimientos necesarios para afrontar los riesgos de su puesto.

La elaboración del organigrama o estructura funcional de la empresa debe estar enfocada, en materia de seguridad en el trabajo, a organizar los puestos implicados en la vigilancia, control y supervisión de las medidas de prevención de riesgos de manera que se asegure un correcto reparto de funciones y la capacidad necesaria para llevarlas a cabo. En suma, el diseño no deberá comprender una estructura que haga impracticable el ejercicio de las labores asignadas a cada mando medio.

Como se verá más adelante, el empleador puede legítimamente delegar determinadas funciones o deberes dentro de la misma empresa, o incluso trasladarlos fuera de ella a través de la contratación de servicios de supervisión. Aun cuando la delegación cuenta con requisitos y efectos específicos, los mismos que deberán verificarse en la realidad, el diseño de los puestos de supervisión y vigilancia será relevante pues ante un evento imprevisto la reacción del empleador y sus delegados, que en principio era posible y exigible, puede tornarse imposible por omisiones en esta etapa, lo cual podrá ser atribuido al empresario como conducta típica del artículo 168-A.

La identificación y diseño de los procesos productivos está en estrecha vinculación con la implementación de máquinas y herramientas y el diseño de los perfiles de los puestos de trabajo. El empleador debe identificar qué actividades debe llevar a cabo para lograr el producto final y cuáles asumirá –por ejemplo, qué procesos necesita para fabricar un determinado producto –por ejemplo chocolates en barra –los cuales puede llevar a cabo íntegramente o trasladar uno o varios a través de la tercerización. A partir de esta determinación, el empleador podrá conocer qué puestos necesitará y qué máquinas utilizará. Solo así podrá llegar a implementar medidas de protección idóneas, que tomen en cuenta no solo los riesgos que pueden presentarse, sino los métodos de trabajo y la productividad.

Como puede verse, este primer gran grupo de riesgos que debe tomar en cuenta el empleador y las medidas a implementar están vinculadas principalmente con la finalidad de prevención, y su incumplimiento podría no tener la trascendencia requerida por el tipo penal sobre la vida, salud o integridad de los trabajadores. Sin embargo, son de vital importancia pues

solo a través de esta disposición previa a la apertura de la empresa será posible realizar los deberes propios del ejercicio posterior de la misma, es decir, de adoptar las necesarias “medidas de seguridad complementarias”. (Arroyo Zapatero, 1981, p. 142)

2.5. Riesgos creados por terceros en el ejercicio de la actividad empresarial

Este segundo grupo parte de un supuesto de hecho distinto. El empleador ha cumplido con sus deberes previos a la apertura de la empresa, disponiendo un ambiente seguro para que los trabajadores puedan llevar a cabo las tareas pactadas y eliminando o reduciendo –dentro de los márgenes permitidos –los riesgos existentes o previsibles. Sin embargo, con el inicio de las actividades se enfrenta a un nuevo escenario:

durante la puesta en marcha de los distintos procesos productivos se pueden desencadenar ciertos riesgos para los trabajadores, esta vez no como producto del funcionamiento de máquinas sino derivados del trabajo que realicen las personas.

La pregunta que surge ante este contexto es ¿por qué el empleador tiene un deber de protección frente a lo que realicen sujetos que el sistema jurídico entiende como libres y capaces para responder por sus propios actos? La respuesta está relacionada con la facultad de ordenación de la actividad laboral que tiene el empleador. La justificación radica, como se señaló, en que la necesidad de obtener un resultado específico por parte del trabajador lleva al empleador a disponer “el uso adecuado de la fuerza de trabajo, coordinando y dirigiendo sus actividades” (Blancas Bustamante, 2013, p. 102).

2.5.1. Riesgos creados por trabajadores subordinados

Como se ha analizado, la coordinación es, como contrapartida a un derecho, una obligación del empleador, al ser éste el responsable de la empresa como fuente de riesgo y quien contrata al personal, con independencia del vínculo jurídico, para que realicen una tarea o actividad en su propio espacio de influencia o dominio. No obstante ello, este deber se vuelve más intenso ahí donde existe la dirección de la actividad laboral en sentido estricto, la cual está ligada a un elemento de la relación laboral, la subordinación, en tanto “una persona distinta del trabajador tiene un poder jurídico de disposición sobre el esfuerzo laboral de este último” (Martín Valverde et al., 2013, p. 40).

Por ello, en este supuesto la presencia de esta característica en el vínculo material entre el trabajador y el empleador implicará que este último dirija no solo el cómo, el cuándo y el dónde de la labor convenida, sino también los riesgos que con ella se puedan desencadenar para el colectivo de trabajadores. Dado que lo que realiza el trabajador es, en gran medida, expresión de la voluntad de un tercero, éste se hace

responsable no solo del resultado, porque lo ha dirigido y supervisado, sino también de los riesgos que esa facultad de dirección genere. Dicho con otras palabras,

lo que hace es más asunto de otro que suyo y por ello precisamente el ordenamiento configura en ese otro una posición de seguridad para preservarle a él de los riesgos que se derivan de la actividad productiva y para preservar a otros de los riesgos que genere el trabajador. (Lascurain Sánchez, 2005a, p. 587)

Ahora bien, en la doctrina y en la jurisprudencia laboral se ha aceptado, de manera casi unánime, que el elemento de la subordinación no exige un efectivo ejercicio de la facultad de dirección por parte del empleador. Existirá, por tanto, un mayor o menor grado de autonomía dependiendo de las labores para las que haya sido contratado el trabajador, o de su capacitación o conocimientos, o incluso de la confianza que se haya depositado en éste. En todo caso, el empleador se reserva el poder de dirección, pudiendo ejercerlo legítimamente en cualquier momento del vínculo con el trabajador.

Ello no puede, sin embargo, liberar de los deberes que, como garante, le corresponden al empleador. Como se verá más adelante respecto a la conducta del trabajador, el primer análisis que deberá realizarse consistirá en determinar si el empleador cumplió con adoptar las medidas de prevención de riesgos necesarias. Y aunque éste opte, en última instancia, por no dirigir la actividad de su subordinado, o hacerlo mínimamente, lo relevante será si éste tiene el poder o no de hacerlo. El mayor o menor conocimiento técnico del trabajador no libera a su empleador del cumplimiento de sus deberes como garante. Si bien puede no dirigir a la persona que lleva a cabo una actividad, sí debe cumplir con el proceso de identificación, eliminación, reducción y prevención de los riesgos producto del ejercicio de la actividad laboral.

Sobre el particular, señalan Terradillos y Baylos que el criterio de la facultad de poder adoptar las medidas de protección y de, eventualmente, suspender las labores ante riesgos inminentes podría no ser suficiente para determinar el sujeto autor del delito (1997, p. 116). No obstante, se debe tomar en consideración que la existencia de una facultad o potestad trae consigo la existencia de un poder jurídico, el cual puede o no ser ejercido. Y desde la posición de garante del empleador respecto a las condiciones de seguridad de los trabajadores, dicho poder basta para hacer nacer en este las distintas obligaciones con el objeto de prevenir la ocurrencia de riesgos laborales. La imposición de determinadas cargas u obligaciones producto de la titularidad de derechos subjetivos no se encuentra supeditada al ejercicio de estos últimos.

2.5.2. Riesgos derivados de la actividad de trabajadores no subordinados

Lo dicho hasta este momento plantea una nueva problemática: ¿qué sucede con los riesgos que puedan ser originados por trabajadores no sujetos a la dirección del empleador? Al depender de ellos mismos el desarrollo de sus tareas –por ejemplo, la pintura de un mural dentro del centro de trabajo o ciertas labores técnicas como servicios informáticos –no podría sostenerse ni el poder de dirección ni el deber de control de riesgos derivado de este último. Así, recaería en el trabajador autónomo el deber de dotarse de todas las medidas de seguridad inherentes a su labor, además del deber de informar al empleador de los riesgos para terceros que puedan desprenderse de su trabajo (Cui, 2007, p. 69).

No obstante, es en este último punto donde nace el deber de prevención del empleador. Una vez que éste es informado de los posibles riesgos para la empresa, concretamente para los demás trabajadores –autónomos o subordinados –el empresario debe disponer las medidas de prevención suficientes para que el colectivo no se vea afectado por este riesgo que, aunque creado por un tercero completamente autónomo, ingresa al ámbito de organización del garante por decisión y encargo suyo.

Si bien el empleador – contratante no puede incidir en la forma cómo el autónomo llevará a cabo su actividad, lo que sí está dentro de su posibilidad de actuación es proteger a los demás trabajadores, disponiendo medidas de aislamiento, capacitación o información.

El deber del empresario como garante de la seguridad en el trabajo, además, incluye el deber de velar por que el autónomo cumpla con las medidas de seguridad necesarias para llevar a cabo su trabajo, de manera que no se desencadenen riesgos relevantes para los demás trabajadores. Aun cuando no exista un vínculo de subordinación, como comitente está en la obligación de exigir el cumplimiento de las normas de prevención de riesgos, no solo antes del inicio de la actividad contratada, sino durante toda la duración de la misma dado que

la concurrencia de actividades empresariales en un mismo lugar de trabajo es objetivamente un factor de riesgo para la seguridad y salud en el trabajo y para prevenirlo impone un deber de colaboración interempresarial en la aplicación de las medidas previstas. (Pérez de los Cobos, 2004, p. 68)

Por lo tanto, en este supuesto la responsabilidad del empleador podría darse por la omisión de su deber de vigilancia sobre el cumplimiento de las medidas de seguridad por parte del autónomo. Así, no se puede sostener la inexistencia de una corresponsabilidad entre empleador y trabajador (Cui, 2007, p. 69), ya que efectivamente existe un reparto de responsabilidades aunque enfocado en una medida específica.

Contra esta afirmación podría argumentarse que la descentralización productiva y, en general, toda organización que se realice de los procesos productivos, tiene como objetivo y justificación el permitir que los esfuerzos del empresario se concentren en

determinadas actividades esenciales para su producción (Sanguinetti Raymond, 2009, p. 114), con lo cual exigir que el empresario se enfoque en tareas que van más allá de la actividad que directamente dirige desvirtuaría la razón de ser de las nuevas formas de producción. Así, la responsabilidad del empresario solo podría extenderse a las actividades que fueran inherentes al objeto social, esto es, esenciales para el giro del negocio y no a aquellas actividades complementarias o que no se encuentran directamente relacionadas con el ciclo productivo de la empresa principal (*Casación N° 4852-2012*, 2013).

Sin embargo, ya sea que se trate de actividades principales o complementarias, que el empresario recurra a la contratación de personal –civil, mercantil o laboral –es indicativo de la necesidad y el beneficio que le reporta para la consecución de los objetivos de la empresa, es decir, que se tratan de actividades que forman parte del ciclo productivo. En consecuencia, dado que al empresario se le atribuye el conocimiento de los riesgos derivados del funcionamiento de la empresa –lo que incluye todos los procesos de producción, principales o complementarios –es correcto afirmar que éste está en capacidad y, por lo tanto, en la obligación, de supervisar la seguridad de todos ellos.

La LSST asume esta lógica al disponer que cuando exista traslado de trabajadores de una empresa a otra –por ejemplo el caso de contratistas o subcontratistas –será el empleador del lugar de trabajo el encargado de la prevención de los riesgos labores que afecten a todos los trabajadores del centro de trabajo, debiendo verificar y supervisar el cumplimiento de la normativa de seguridad en el trabajo³², sin diferenciar si se trata de una actividad principal para la empresa o no, como en su caso lo hace el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales española.

³² Artículo 68°

3. La delegación de deberes del empleador

Como se ha puesto de manifiesto, forma parte de la manera como se estructuran las empresas y del sistema de producción imperante que el empresario deba recurrir al reparto y división de funciones para mejorar la eficacia de su actividad económica. Sin embargo, este esquema de trabajo vertical se aleja de la imagen del empresario único que controla directamente la actividad de la empresa, lo que incide sobre las responsabilidades que recaen tanto sobre el titular como sobre las demás personas que intervienen en la dirección de la persona jurídica.

Por lo tanto, es necesario analizar cuál es el rol de la delegación de funciones dentro de la lógica empresarial para poder determinar los efectos jurídicos de este fenómeno, esto es, si con ello opera una delegación de los deberes – y en qué medida esto sucede –y cuáles son las implicancias de dicha delegación en la responsabilidad penal de los intervinientes.

3.1. El fenómeno de la delegación de deberes

3.1.1. Aspectos generales de la delegación

3.1.1.1. Fundamento de la delegación

Las organizaciones empresariales, independientemente de su nivel de complejidad, se ven obligadas a establecer mecanismos que permitan una mejor dirección de las actividades de la empresa para la consecución de sus fines. Ya sea que se piense en una pequeña empresa unipersonal o en una gran corporación, la tendencia es el reparto de tareas, tanto a nivel horizontal como a nivel vertical, creándose distintos planos de responsabilidad producto de la utilización de ambas técnicas.

Este esquema será de aplicación no solo para mejorar la productividad de la empresa, sino también como herramienta para el cumplimiento de las responsabilidades por parte del titular de la misma. Como se ha podido advertir, al empresario se le atribuye una serie de deberes derivados de su posición de garante –con respecto a los trabajadores, al medio ambiente, a la hacienda pública, etc. –los cuales serían de difícil o imposible cumplimiento si se conminara a una sola persona a su observancia. El Derecho Penal, en tanto instrumento que permite el desarrollo de la sociedad mediante la protección de bienes jurídicos, no puede pretender cumplir con su objetivo a expensas de impedir el desarrollo de espacios valiosos para la sociedad, como lo es la empresa.

Por lo tanto, en la imputación de responsabilidad penal no se puede desconocer las herramientas que utilizan los empresarios para poder cumplir sus fines y obligaciones. Uno de estos mecanismos es la delegación de funciones, cuyo objetivo no es otro que permitir que “el delegante pueda cumplir con sus obligaciones pero de una manera menos molesta para él” (Montaner Fernández, 2008, p. 89). De la misma manera que es imposible pretender un control personal y perenne de la producción, también lo es exigirle que se encargue directamente del cumplimiento de sus obligaciones. En ambos casos, el empresario optará válidamente por encargar estos asuntos a terceros dentro o fuera de la organización.

Desde el punto de vista de la posición de garante, la delegación se encuentra justificada en tanto su deber principal es la de evitar la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos de terceros, y las medidas que debe adoptar para este fin son de tal magnitud que encargarse personalmente de éstas aumentaría el riesgo penalmente relevante, tornándose entonces la delegación en

una figura esencial e indispensable en el desenvolvimiento de cualquier actividad económica donde se presenten ciertas dimensiones de multiplicación y diversificación en el ejercicio de las tareas a causa de la división interna de trabajo. (Reátegui Sánchez, 2002, p. 91)

Además, dado que para emprender una actividad empresarial no se necesita tener una determinada competencia en el área –la falta de esta será un riesgo personal que el empresario asume libremente –el cumplimiento de determinadas medidas de protección exige cierta capacitación que hace imperativa la delegación (Demetrio Crespo, 2008a, p. 106).

Este esquema empresarial puede graficarse, de manera muy básica, de la siguiente forma: A puede delegar en B la realización de determinadas funciones, o bien podría válidamente, en base a su jerarquía y su competencia, delegar el cumplimiento de todas sus labores. Piénsese en grandes estructuras empresariales en donde algunos socios o directores deciden desvincularse, en la práctica, del funcionamiento de la empresa. B, según la complejidad de la organización, puede seguir delegando hacia sus subordinados. En el marco de esta delegación, se puede incluir junto con la dirección del proceso productivo o sector los deberes de vigilancia que al garante originario le corresponderían o separar estos últimos y concentrarlos en una persona, como los llamados oficiales de cumplimiento.

No obstante ello, en esta estructura vertical el delegado, aun cuando cuenta con cierto margen de autonomía, no deja de estar subordinado al delegante, y éste como empleador no deja de tener los poderes de dirección y organización sobre los trabajadores que integran el organigrama empresarial. Por ello, se tratará en puridad de un encargo de funciones, en donde A –y en su caso B –recurren a la estructura organizacional de la que disponen para cumplir con sus funciones.

Así mismo, en tanto la gestión de la empresa se encuentra reservada para la cúspide de la estructura empresarial –directamente por el directorio³³ y de manera mediata por la junta general de accionistas³⁴ –como por ejemplo mediante la aprobación de las políticas generales de la empresa –la delegación consistirá en funciones principalmente ejecutivas, aunque no se descarta la posibilidad de ejercer funciones de dirección en tanto así se contemple en la organización interna de la empresa. En ambos casos, la conclusión a la que se llega es que existirá cierto nivel de control o vigilancia sobre la realización de dichas funciones

Por ello, en el esquema esbozado se puede afirmar la existencia de una relación vertical entre delegante y delegado, en donde A conserva el poder de decisión sobre las labores que le encomendó a B, aun cuando el primero haya confiado plenamente en él e incluso lo haya relegado de su obligación de dar cuenta. Y con ello, al interior de la empresa cualquier acto que afecte a la sociedad comercial o a terceros será atribuible tanto a B como a A. El gerente no podrá negar su responsabilidad, al interior de la sociedad, por la celebración de determinado contrato por ejemplo, aun cuando la preparación de dicho acto haya sido delegada a un equipo subordinado a este³⁵.

³³ Artículo 172º LGS: “El directorio tiene las facultades de gestión y de representación legal necesarias para la administración de la sociedad dentro de su objeto, con excepción de los asuntos que la ley o el estatuto atribuyan a la junta general”.

³⁴ Artículo 114º LGS: “La junta general se reúne obligatoriamente cuando menos una vez al año dentro de los tres meses siguientes a la terminación del ejercicio económico. Tiene por objeto:

1. Pronunciarse sobre la gestión social y los resultados económicos del ejercicio anterior expresados en los estados financieros del ejercicio anterior.

2. Resolver sobre la aplicación de las utilidades, si las hubiere;

3. Elegir cuando corresponda a los miembros del directorio y fijar su retribución;

4. Designar o delegar en el directorio la designación de los auditores externos, cuando corresponda; y,

5. Resolver sobre los demás asuntos que le sean propios conforme al estatuto y sobre cualquier otro consignado en la convocatoria”.

³⁵ Artículo 190º LGS: “El gerente responde ante la sociedad, los accionistas y terceros, por los daños y perjuicios que ocasione por el incumplimiento de sus obligaciones, dolo, abuso de facultades y negligencia grave (...)”

Esta lógica de responsabilidades frente a la sociedad es sostenida por la doctrina especializada, al afirmar que existe un deber del Directorio de velar por el cumplimiento de las leyes, el estatuto, los acuerdos de la Junta de Acciones y, sobre todo, sobre las funciones de la Gerencia, de manera que existiría responsabilidad del director “cuando no se entera de cosas que están pasando en la empresa pero de las que debía enterarse si hubiera tenido un vigilancia diligente” (de Trazegnies Granda, 2005, p. 197). Por lo tanto, aquellos que intervienen en la gestión de la empresa poseen amplios poderes para determinar la marcha de la sociedad que, aun cuando puedan ser delegados, obligan a mantener una vigilancia general sobre sus subordinados, en tanto es una responsabilidad producto del poder del que son investidos (Hamilton, 1987, pp. 159-160).

Además, los principales códigos de gobierno corporativo han plasmado la responsabilidad de los Consejos de Administración de supervisar el funcionamiento y marcha de la sociedad. Así, los Principios de Gobierno Corporativo de la OECD y el G20 del 2015 establecen como una de las funciones principales del Consejo la revisión y orientación de “las estrategias y los procedimientos de gestión de riesgos”. En la misma línea, el Código de Buen Gobierno Corporativo para las sociedades peruanas, emitido por la Superintendencia del Mercado de Valores en el 2013, señala como responsabilidad del Directorio la aprobación y supervisión de una política de gestión de riesgos, la misma que debe ser implementada por la Gerencia General, existiendo así una corresponsabilidad de ambos órganos.

En suma, cuando se habla de delegación se está ante una herramienta del empresario, titular del deber de garante, para cumplir con sus obligaciones, otorgándole ciertas parcelas de autonomía que le corresponde por ser el titular de la organización a terceros para que pueda cumplir con las mismas. No obstante, este último sigue actuando en interés de la empresa –y por consiguiente en interés del

empresario que la personifica –y por lo tanto sigue sujeto, en mayor o menor medida, a las directrices que el titular emita, manteniendo este último cierta responsabilidad por el desempeño del delegado.

3.1.1.2. Objeto de la delegación

Teniendo en cuenta este contexto, la delegación a efectos penales no puede consistir en la transmisión o transferencia a favor de un tercero de ciertas funciones, sino solo el otorgamiento de un poder suficiente para que éste ejecute las labores del delegante –empresario –sin que ello signifique la enajenación de lo delegado (Montaner Fernández, 2008, p. 90). Dicho con otras palabras, mediante la delegación se otorga competencia a un tercero para que éste pueda ejecutar aquello a lo que el delegante estaba, en un inicio, obligado, con lo cual lejos de retirar esta parcela de responsabilidad de la esfera jurídica del titular, se hace ingresar al tercero en la misma.

Por lo tanto, no resulta correcto distinguir la delegación del encargo de la ejecución de una función en atención a que en este último caso quien encarga “no se descarga de su ámbito de competencia inicial” (Montaner Fernández, 2008, pp. 100-101), pues en ambos casos el delegante mantiene su espacio de competencia y, por lo tanto, cierto nivel de gestión sobre el mismo.

De manera general se sostiene, con respecto a la posición de garante del empresario – empleador, que la delegación puede recaer tanto sobre los deberes de protección, expresados en las acciones ejecutivas de mitigación de riesgos, como sobre los deberes de garantía, entendidos como acciones de control o vigilancia. Sin embargo, garantía y protección son dos manifestaciones de una misma realidad, exigencias de igual valor respecto a la protección de bienes jurídicos, razón por la cual al delegar una de éstas se delega también los actos concretos de vigilancia necesarios para cumplir

con la protección de los bienes jurídicos en peligro. Por lo tanto, cuando se trate de la delegación de los servicios de supervisión, por ejemplo, se estará delegando con ello las acciones ejecutivas inherentes a esta función –que pueden incluir, en materia de seguridad en el trabajo, la paralización de las labores en caso de peligro grave³⁶.

No obstante ello, la doctrina ha puesto de manifiesto la existencia de ciertas restricciones al acto de delegación. El principal límite consistirá en “aquellas actividades inherentes al cargo que desempeña el delegante” (Meini Méndez, 2003b, p. 379). Así, existen supuestos en los que se imponen una serie de actos personalísimos que no pueden ser delegados, ya sea por la importancia de los mismos o por el lugar que ocupa el delegante en la estructura empresarial. Por ejemplo, el artículo 174 de la LGS señala como funciones indelegables del directorio la rendición de cuentas o la preparación de estados financieros. Sin embargo, en este caso la imposibilidad de delegar hace referencia únicamente al acto concreto, no a las actividades necesarias para ello, lo cual será perfectamente delegable. En síntesis, “la delegación quedaría excluida cuando se trate de deberes básicos que el responsable debe cumplir el mismo” (Pérez Cepeda, 2002, p. 110).

Un segundo supuesto ligado a las facultades inherentes al cargo se refiere a aquellas funciones esenciales del delegante, esto es, aquellas tareas que diferencian o caracterizan el cargo que ocupa el delegante (Montaner Fernández, 2008, p. 93). Ello tiene sentido en tanto no podría aceptarse que el delegante transmita o transfiera aquellas funciones para cuyo cumplimiento fue contratado o nombrado. Sin embargo, dado que materialmente la delegación no implica el despojarse por completo de las funciones que le competen, no existiría ningún inconveniente para que válidamente se

³⁶ Artículo 63° LSST: “El empleador establece las medidas y da instrucciones necesarias para que, en caso de un peligro inminente que constituya un riesgo importante o intolerable para la seguridad y salud de los trabajadores, estos puedan interrumpir sus actividades, e incluso, si fuera necesario, abandonar de inmediato el domicilio o lugar físico donde se desarrollan las labores. No se pueden reanudar las labores mientras el riesgo no se haya reducido o controlado”.

deleguen todas las funciones que le competen al sujeto, pues las obligaciones que el delegante retiene permitirán que el cargo que el delegante ocupa no se desnaturalice.

3.1.1.3. Requisitos de la delegación

Ahora bien, ¿qué requisitos deben darse para que la delegación sea válida? El punto de partida debe ser que la delegación de funciones hacia un subordinado implica que este último será responsable por los riesgos que emanen de esa concreta esfera de competencias que le ha sido asignada. En consecuencia, este último asume una posición de garante con respecto a los bienes jurídicos implicados en aquella parcela de competencia, que será la nueva fuente de peligro. Por lo tanto, por parte del delegado deberán observarse los mismos requisitos de la asunción de la posición de garante: la existencia de un acto previo que suponga la libre incorporación de la persona al ámbito empresarial, con el conocimiento que se asumirían determinadas funciones y tareas en función a la existencia de determinados riesgos (Meini Méndez, 2003b, p. 382).

No obstante ello, por parte del delegante deberá verificarse un requisito esencial, vinculado a su posición de garante ya sea originario o derivado. El especial estado en el que se encuentra determinada persona, en este caso el empresario, consiste en evitar crear o incrementar riesgos prohibidos para los bienes jurídicos, riesgos que se derivan de la propia actividad que el empresario ha iniciado y respecto a bienes jurídicos que se verían afectados con el desarrollo del giro del negocio de la organización empresarial.

Si éste es el contenido general de dicha posición, el propio acto de delegación, para que sea válido, no puede crear o incrementar un riesgo prohibido, es decir, no puede ir en contra de la posición de garante misma (Meini Méndez, 2003b, p. 367). De este límite macro se ha derivado uno de los presupuestos iniciales de la delegación: que la

delegación se haga respecto a una persona con la capacidad para cumplir con las labores asignadas, debiendo verificarse “la idoneidad profesional del delegado, experiencia y diligencia en el cumplimiento de la tarea” (Pomares Cintas, 2013, p. 176). Así, el proyecto de *Eurodelitos* recoge esta idea en el numeral cuarto del artículo 15, al establecer que

la delegación de responsabilidad solo exime de responsabilidad si se refiere a un determinado segmento de la actividad y existe certeza de que el delegado puede realizar eficazmente las tareas y competencias que le han sido transferidas (...). (Tiedemann, 2009, p. 312)

Sin embargo, estas afirmaciones merecen ser matizadas. De la misma manera que es válido para una persona emprender una actividad empresarial sin ningún conocimiento especializado, también es válido que, en uso de su libertad de empresa, decida designar a personas inidóneas, que carezcan de la capacidad profesional suficiente para afrontar las funciones que le correspondan dentro del organigrama de la empresa (Lascurain Sánchez, 2005a, pp. 577-578). A esta libertad, evidentemente, le corresponderá la responsabilidad por esta elección, la misma que no afectará la posición de garante del delegado, siempre que ésta haya sido asumida correctamente. Como se puede advertir hasta este momento, la delegación en ningún caso puede eximir de responsabilidad a quien la realiza, sino solo transformar su deber originario. La medida de esa mutación dependerá del cumplimiento de este primer requisito.

Con respecto a la creación de riesgo, éste es un deber ineludible de todos los ciudadanos. Sin embargo, este riesgo está siempre referido a un bien jurídico objeto de tutela por los distintos tipos penales recogidos en la legislación. Y el artículo 168-A CP exige que se verifique cierta gravedad en el peligro para el bien jurídico seguridad

en el trabajo, que tiene que ver con la “idoneidad para provocar resultados lesivos” (Terradillos Basoco, 2012, p. 261), lo cual impedirá que la elección inidónea del delegado –infracción del deber de organizar correctamente la empresa –justifique por sí sola un peligro penalmente relevante para el bien jurídico. Ello, sin embargo, no impide afirmar que existirá un incremento de riesgo que justificará las consecuencias jurídicas que se analizarán en el siguiente apartado.

Junto a la suficiente idoneidad o capacidad técnica, el segundo requisito elaborado por la doctrina consiste en dotar al delegado del suficiente poder o autonomía para poder tomar las decisiones que sean necesarias para el desarrollo de la actividad delegada (Meini Méndez, 2003b, p. 374). El delegado debe ser dotado del suficiente poder de influencia sobre los asuntos que le son confiados, tanto a nivel material como en la dirección del personal de que se tendrá que valer para ejercer sus funciones (Lascurain Sánchez, 2005a, p. 578). Lo que se busca con este requisito es que el delegado, al ser garante de una fuente de riesgo, esté en condiciones de controlar dicha fuente, para lo cual deberá contar con suficiente autonomía o facultades para ello (Montaner Fernández, 2008, p. 108).

Con ello, la existencia de autonomía implicaría “la exclusión de la intromisión por parte del delegante o de un superior jerárquico en lo que respecta a la actividad delegada” (Montaner Fernández, 2008, p. 109). Así, de verificarse en el delegante cierta esfera de poder de dirección o de interferencia en la actividad del delegado, ello evidenciaría que el primero retiene un deber de vigilancia, lo que justificaría una posible responsabilidad penal (Meini Méndez, 2003b, p. 375).

No obstante, bajo la concepción de la delegación de funciones que se ha expuesto, la referencia a un superior jerárquico es indicativo de la presencia de una persona con un mayor poder de dirección o, en última instancia, de un empresario que, al ser el titular

de la empresa y de los vínculos jurídicos con los terceros con los que se relaciona, es “el responsable dentro de su poder disciplinario del correcto funcionamiento del servicio que prestan los trabajadores [...] encargados de la gestión preventiva” (Salvador Concepción, 2014, p. 241).

Por lo tanto, la afirmación de autores como Lascurain que sostienen que la denegación de dominio por parte del delegante hacia el delegado impide la creación de una posición de garantía sobre el segundo (2005a, p. 578) debe ser graduada de acuerdo a las ideas que se vienen esgrimiendo. Así, si dentro de la lógica empresarial es natural que el superior se reserve ciertos márgenes de autonomía, los que vienen a limitar el espacio de autonomía del delegado (Montaner Fernández, 2008, p. 109), entonces la autonomía funcional solo será relevante para determinar los límites de actuación exigibles tanto al delegante como a los delegados, de manera que el “traspaso del dominio y la consecuente capacidad del imputado para facilitar los medios preventivos va a resultar ser el eje primordial para dirimir responsabilidad” (Salvador Concepción, 2014, p. 249).

Con ello se puede afirmar que si el delegante mantiene la autonomía que como empresario o superior jerárquico le corresponde, ello se verá reflejado en la mutación de su deber originario, pero no en la posición de garante asumida por el delegado. Por otra parte, una total ausencia de autonomía por parte de este último sí podría incidir en la responsabilidad penal de éste. Si por la propia organización del trabajo que hace el delegante, el delegado se ve imposibilitado de cumplir con las funciones asignadas, no parece coherente calificar a éste como empresario, en el sentido material que aquí se ha defendido, en tanto no cuenta con el poder de decisión ni la competencia dentro del esquema organizacional necesarios para fundamentar que el sistema le exija actuar (Reátegui Sánchez, 2002, p. 90). Sin embargo, sí podría estar en aptitud para intervenir en la lesión el bien jurídico al haber aceptado, por ejemplo, manejar un

riesgo sin contar con las herramientas suficientes. Todas estas consecuencias, tanto para el deber que retiene el delegante como para la atribución de responsabilidad penal del delegado, se analizarán a continuación.

3.1.1.4. Consecuencias respecto a los deberes del titular

La realidad empresarial que se ha descrito demuestra que, al interior de la empresa, tanto delegante como delegado serán, en principio, responsables por una afectación a los intereses de la sociedad. Si el delegante, ante una eventual responsabilidad, no puede invocar la delegación de funciones para exonerarse de los resultados de la misma, ello indica que éste deberá emprender mecanismos para supervisar el cumplimiento de la labor de su delegado. La intensidad con la que ejerza esta supervisión puede variar, en función de la mayor o menor autonomía que se le otorgue al delegado o en base a la capacidad que éste tenga. Lo que no puede negarse, en todos estos casos, es que aun cuando no lo ejerza, el empresario o delegante ostenta cierto poder de vigilancia.

El Derecho Penal reconoce la utilidad y el empleo en el marco empresarial del fenómeno de la delegación de funciones. Pero con ello debe reconocer también que en la realidad el empresario está en capacidad de desempeñar una labor de supervisión y que eventualmente lo hará –ya sea mediante informes periódicos, inspecciones o simples reuniones. Y si a ello se suma que, desde el deber que tiene el garante originario –empresario –de no poner en peligro los bienes jurídicos de terceros con el desarrollo de su actividad empresarial, éste es el principal responsable de la indemnidad del bien jurídico seguridad en el trabajo, la conclusión a la que se arriba apunta a que el garante no puede desvincularse de la actividad que el delegado realiza para, precisamente, proteger este bien jurídico en interés del garante.

Por lo tanto, aun cuando se cumpla con todos los requisitos esbozados por la doctrina, el empresario mantiene una posición de garante que puede denominarse secundaria o residual (Montaner Fernández, 2008, p. 91) producto del deber de vigilancia que le compete respecto al delegado, que se convierte en una concreta fuente de riesgo creada por el empresario. Es decir, dado que la delegación es una herramienta que el empresario utiliza para cumplir con un deber que le compete por ser quien organiza una esfera de competencia peligrosa, este debe asegurarse que el delegado cumpla con el deber asignado (Frisch, 1996, p. 121), lo que significa asegurarse que se cumple con el deber que al primero le corresponde como garante originario.

Esta conclusión ha sido asumida de manera mayoritaria por la doctrina respecto a la delegación de actos ejecutivos, no así para la delegación de la función de garantía o supervisión, supuesto en el cual no quedaría deber alguno del garante originario (Meini Méndez, 2003b, p. 370). En ambos casos, no obstante, no se excluye “el deber objetivo de cuidado necesario para seleccionar el sujeto idóneo” (Pérez Cepeda, 2002, p. 111). Por otra parte, se sostiene también que la delegación realizada por el directivo o administrador de la persona jurídica “traslada la competencia a otro centro de imputación, esto es, se libera de los riesgos transferidos” (Urquiza Olaechea & Salazar Sánchez, 2015, p. 305).

Sin embargo, el no traslado de responsabilidad o la no exoneración del deber de garante debe ser sostenido en ambos supuestos. La posición de garante no puede escindir acciones ejecutivas de acciones de vigilancia, ya que la protección de bienes jurídicos frente a una fuente de peligro requiere de ambas manifestaciones del deber de garante. La dependencia entre ambas es tal que sin una debida supervisión o vigilancia, la ejecución de determinadas medidas puede tornarse en inidónea. De esta manera, la importancia de los deberes de vigilancia es de tal magnitud que

desprenderse de estos significaría vaciar de contenido la posición de garante del empresario.

Ello no significa que no sea posible centralizar las funciones de vigilancia en un delegado –el propio artículo 40 de la LSST autoriza la creación de servicios internos y externos de supervisión –pero, también en estos supuestos, la actividad del delegado sigue siendo un ámbito que le corresponde como titular al delegante (Lascuráin Sánchez, 2005a, p. 576), y por lo tanto, lo que subsiste es el deber de asegurarse, razonablemente y en todos los casos, que el objetivo de la delegación se cumpla. En ese sentido, el artículo 26 de la LSST atribuye el liderazgo del sistema de prevención de riesgos laborales al empresario, y aun cuando permite la delegación, no lo exime de su deber general de prevención, lo cual está necesariamente vinculado a una adecuada y razonable supervisión de las funciones o tareas delegadas.

En suma, el delegante conserva como deber residual el velar por el no incremento del riesgo permitido, expresado ahora en el deber de vigilar que durante el ejercicio de las labores delegadas, por un incompetente desempeño, se vulnere esta posición de garante. De esta manera, cabe afirmar que “la asunción de funciones de control de riesgos no cancela la posición de garantía que ostentaba el delegante” (Silva Sánchez, 1997, p. 15). En el mismo sentido, Tiedemann –amparado en el Código Penal alemán –señala que el empresario no podrá desvincularse totalmente de su responsabilidad, de manera que en todos los casos “la máxima responsabilidad por la elección, la vigilancia y el control quedará en manos de quien hiciera la delegación” (2009, p. 229).

Esta mutación del deber de garante originario en uno residual o secundario parecería ir en contra de la esencia misma de la delegación. ¿Cuál sería la utilidad de contar con la delegación si el efecto de esta será reemplazar una fuente de peligro por otra –el delegado? La respuesta radica en que, precisamente, permite acotar los esfuerzos del

delegante, además que, desde la atribución de responsabilidad, “el delegante se libra de responder como lo hubiera hecho de no haberse producido la delegación” (Montaner Fernández, 2008, p. 96).

Es decir, al deber primario y originario de protección sobre bienes jurídicos le sucede un deber secundario derivado de la propia delegación, cuyo contenido radica en la supervisión del efectivo ejercicio de las tareas y de la posición de garante que asumió el delegado. Ello debe ser así dado que, como se ha explicado, el riesgo potencial macro fue creado por el empresario, primer obligado y primer delegante, y por ende su actuar precedente le impide desligarse de una fuente creada previamente. Esta es una postura sostenida, entre otros, por Schünemann, quien sostiene que

la persona que se encuentra en la cúspide de la empresa tiene ya que cumplir su deber de garante organizándola de un modo tan cuidadoso que (...) en toda delegación de trabajo a un subordinado que posea una menor competencia de información y de decisión persista una capacidad de control en el superior y sea efectivamente ejercida por éste. (2005, p. 591)

En tanto es imposible hacerse cargo de todas las fuentes de riesgo, se debe reconocer la posibilidad de ejercer de distintas maneras el control sobre el delegado, por lo que no se exige la omnipresencia del empresario. El deber de garante residual, entonces, se deberá exigir de manera razonable, teniendo en cuenta el tipo de actividad, las características profesionales del delegado, la autonomía que se le otorga, el riesgo que debe controlar y la dificultad para llevar a cabo esta labor (Lascurain Sánchez, 2005a, p. 577). En atención a estos elementos se deberá analizar los controles que emprende el delegante. Así, por ejemplo, en casos en los que se confiera una mayor autonomía al delegado podría reemplazarse una supervisión más estricta por la presentación de informes regulares (Frisch, 1996, pp. 121-122).

No obstante, cuando no se verifiquen las características de autonomía funcional y capacidad técnica del delegante, o cuando éstas no sean las suficientes para justificar la transformación del deber de garante del delegante, independientemente de la asunción como garante del subordinado, el delegante mantendrá incólume su posición originaria y, a partir de ella, su deber de vigilancia se verá incrementado pues ha creado una nueva fuente de riesgo idónea para lesionar el bien jurídico protegido.

3.1.2. Principio de confianza y relaciones verticales

Como se ha podido advertir al mostrar el esquema bajo el cual funciona generalmente una empresa, la delegación, que opera a nivel vertical, aporta al desarrollo de las actividades económicas una mayor operatividad y dinamización. Sin embargo, al sostener que en el caso de delegación de funciones el deber del garante originario se transforma sin perder su contenido esencial podría no solo afectarse el objetivo de la dinamización –objeción que ha sido ya desvirtuada –sino también podría atentarse contra el llamado principio de confianza, dado que, de acuerdo con éste, el delegante no sería competente “por los riesgos que pertenecen a esferas de organización ajenas” (Urquiza Olaechea & Salazar Sánchez, 2015, p. 304).

Lo que se ha venido denominando por la doctrina como principio de confianza es una institución que formaría parte de la imputación objetiva (Roxin, 1999, p. 1004), cuyo origen y reconocimiento proviene principalmente del Derecho Penal aplicado a casos de tráfico rodado para negar la creación prohibida de riesgos (Roxin, 2014b, p. 196). A partir de este principio se afirma, con carácter general, que “quien se comporta debidamente en la circulación puede confiar en que otros también lo hagan” (Roxin, 1999, p. 1004), siempre que no existan indicios suficientes para creer lo contrario.

En puridad, la idea que se encuentra detrás del principio de confianza es que quien interviene en una relación jurídica comportándose de acuerdo a la *lex artis* o a lo que la sociedad espera no crea ni incrementa el riesgo jurídicamente relevante para el bien jurídico. Por lo tanto, no es acertado ubicar el estudio de esta figura dentro de la imputación objetiva, puesto que la imputación toma como presupuesto la existencia de una conducta prohibida para determinar si existe vinculación entre este comportamiento y el resultado producido (Robles Planas, 2014, p. 82), presupuesto que no existiría en este caso.

Ahora bien, en el contexto del tráfico vehicular el principio de confianza se justifica dado que las relaciones entre conductores y peatones son completamente anónimas, siendo necesario un marco de referencia para permitir el funcionamiento de la sociedad: la confianza o creencia en que quien interviene lo hace de manera correcta. Así, al conductor que transita por la carretera dentro de los límites de velocidad permitidos por la ley y que impacta a un peatón que cruza intempestivamente la vía no se le puede atribuir responsabilidad penal. Ello es así no porque no exista relación entre el peligro creado y el resultado (lesiones o muerte), sino porque precisamente el conductor no crea ningún riesgo prohibido. Éste se genera por el incumplimiento de los deberes del peatón, los mismos que le competen únicamente a este.

Sin embargo, la totalidad de relaciones al interior de la empresa no se rigen bajo este marco de contactos anónimos, por lo que su aplicación se debería restringir para aquellos casos de división de trabajo (Roxin, 2014b, p. 198). Así, cuando varios intervinientes participan en una etapa concreta de una línea de producción o de una tarea en general, éstos pueden actuar y organizar su esfera de libertad teniendo válidamente en cuenta que los demás intervinientes actuarán de acuerdo a las normas y reglas que rigen la actividad.

Puesto en un ejemplo, el encargado del transporte de mercancías puede realizar su actividad y, por tanto, tomar las medidas de precaución correspondientes, asumiendo que quien se encargó del empaquetado o modulado de los productos se adecuó a las reglas de dicha fase del servicio. En consecuencia, si el transportista, a pesar de haber adoptado las medidas de seguridad necesarias, y confiando en un correcto modulado, realiza su actividad y en el traslado los productos terminan dañándose a consecuencia del mal empaquetado, no responderá por los daños dado que actuó bajo un presupuesto que el sistema debe aceptar para permitir que funcionen las relaciones de trabajo: que quien intervino de forma previa actuó de manera correcta.

La aplicación del principio de confianza a este supuesto de hecho tiene sentido en tanto responde a la lógica de permitir la interacción entre anónimos, esto es, permite que se organice el trabajo entre esferas sin vinculación entre sí (Villavicencio Terreros, 2006, p. 328). Transportista y modulator ejecutan tareas distintas que requieren de conocimientos diferentes (e incluso especiales), a pesar de integrar una sola etapa productiva o servicio. A quien transporta las cajas no se le exige, y por tanto no tiene por qué saber, que el empaquetado que se hizo es deficiente. En otro caso, en una empresa dedicada a la fabricación de jaleas, quien se encarga del embotellado no tiene por qué saber que la fruta que se utilizó para preparar la jalea está contaminada ya que quién la preparó no lavó de manera correcta los insumos. Los conocimientos de ambos intervinientes, en los dos casos presentados, son diferentes, cada uno se encuentra avocada a su tarea y no tiene por qué conocer de la tarea ni las reglas del otro. Es por esta razón que es válido para este último que pueda confiar en el correcto ejercicio de la tarea por parte del trabajador encargado de la etapa previa. Entenderlo de esta manera es la única vía para permitir que la producción continúe.

Sin embargo, la delegación de funciones no tiene el mismo presupuesto. La relación entre delegante y delegado deja de ser anónima por dos motivos. En primer lugar, la

posición del delegante, como superior jerárquico, implica ya un vínculo más o menos estrecho con el delegado, a partir del poder de dirección que el primero ostenta –y que se hace mucho más evidente cuando se identifica al delegante con el empresario o titular de la empresa.

En segundo lugar, quien delega una determinada tarea o función, y con ello su posición de garante sobre los peligros derivados de dicha tarea, ha asumido, con la creación de la empresa, la competencia para realizar dichas tareas. Ante el ejercicio de su libertad y su facultad de auto organización, el Derecho le imputa los conocimientos necesarios para manejar la fuente de peligro que ha creado –la empresa. Por esta razón el empresario se hace responsable por la lesión de los bienes jurídicos producto del desarrollo de la actividad empresarial. Independientemente de si es o no un experto en la materia, el ordenamiento le atribuye el conocimiento necesario para hacerse cargo de esa competencia.

Con la delegación, el empresario – garante puede hacer ingresar en esa esfera de competencia sobre una concreta fuente de peligro a una persona idónea o no. Sin embargo, tal y como se ha analizado, el sistema le atribuye al delegante –y por tanto le exige hacerlo –la capacidad para conocer si la labor realizada por el delegado es acorde a las reglas y a las funciones asignadas. Ello, sumado a que el empresario es el principal responsable de la fuente de peligro – empresa por ser producto de la organización de su esfera de libertad, permite concluir que éste no solo tiene cómo saber que el desarrollo de la actividad del delegante no es acorde a las normas establecidas, sino que también tiene la obligación de saberlo, y en su caso, intervenir – haciendo uso de su poder dirección –para corregir el comportamiento de riesgo del subordinado (Villavicencio Terreros, 2006, p. 328). No obstante, ello no significa la imposición indiscriminada de deberes de vigilancia, pues

incluso el partícipe más competente (en relación con los otros) solo debería tener tantos deberes de vigilancia como los que pueda cumplir sin peligro de descuidar su propia participación en el trabajo. (Roxin, 2014b, p. 199)

A partir de esta concepción de la delegación se debe discrepar con las posturas que sostienen que se debe amparar la confianza que depositan tanto los superiores como los subordinados dentro de la empresa (Urquizo Olaechea & Salazar Sánchez, 2015, p. 306). De este parecer es Roxin al señalar que es necesario que el principio de confianza ceda ante la presencia de intervinientes con deberes de vigilancia o funciones de control (1999, p. 1006). Estos deberes obligarán a quien delegue, a que

vigile y controle la aplicación de las mismas [instrucciones] o se asegure que han sido bien entendidas cuando el no seguimiento estricto de las mismas puede encerrar peligros (tanto para terceras personas como para la propia persona que ejecuta las instrucciones). (Feijóo Sánchez, 2002, p. 306)

Ahora bien, ello no implica aceptar que las relaciones entre empleador y trabajadores se rijan por un “principio de desconfianza en la actuación de los trabajadores” (Corcoy Bidasolo, 2013, p. 273). En realidad, lejos de considerar la existencia de un principio de confianza o desconfianza, se debe reconocer que la relación entre superior y subordinado, o entre delegante y delegado, tiene ciertas características básicas, y que, a partir de éstas, la creación de riesgo, a partir del concepto de confianza, debe valorarse en cada caso en concreto.

Por lo tanto, es válido sostener que “en las relaciones de superioridad y subordinación, este principio rige solamente de manera limitada” (Puppe, 2006, p. 4), limitación que radica en el papel que puede jugar para determinar o graduar los alcances del deber de vigilancia del delegante. La mayor o menor intensidad con la que el delegante

deberá ejercer su deber de vigilancia, cuál es el nivel de confianza que debe tener, o hasta dónde debe saber éste que su delegado no se ajusta a las reglas de la actividad, dependerá de las normas extrapenales y de la *lex artis* que rijan la actividad que desempeñe. De esta manera,

la determinación de qué es lo que deben hacer (y qué pueden esperar de los otros, estén arriba, al lado o debajo de ellos) solo puede determinarse según la específica conformación orgánica de la corporación [...], depende de las específicas funciones encomendadas a cada uno de los involucrados. (Piña Rochefort & Cox Vial, 2013, p. 201)

3.2. Impacto de la delegación en la autoría y participación

3.2.1. Creación de riesgo típico e intervención en el hecho punible

Las instituciones del Derecho Penal o los conceptos que se utilizan para atribuir responsabilidad a una persona deben ser coherentes con los principios del Estado Constitucional. Ello, desde la perspectiva que aquí se sostiene, significa que el ordenamiento jurídico solo se encuentra legitimado para restringir la libertad de un individuo cuando éste, libremente, decide crear un riesgo prohibido para aquellos intereses que se encuentran legítimamente protegidos por el Estado. Estos intereses – bienes jurídicos – no son creación del legislador, sino que son producto de las exigencias de protección de la sociedad en concordancia con los principios de una democracia deliberativa.

Si esta es la idea rectora, luego los tipos que el legislador penal recoge en la parte especial del Código Penal deben estar orientados a prohibir los comportamientos de riesgo para un bien jurídico específico. Cuando el Estado, luego de un proceso judicial llevado a cabo con las garantías propias del constitucionalismo, declara culpable a una persona y le impone una sanción penal, lo que hace es sancionarlo por haber

puesto en riesgo el bien jurídico o, en otras palabras, emite “un reproche ético-social [...] por la valoración que recae sobre la reconstrucción del hecho cometido” (Meini Méndez, 2014a, p. 158). La responsabilidad penal por la comisión de un delito significa, entonces, la realización de un comportamiento de riesgo prohibido.

El bien jurídico –y por tanto los tipos penales –tienen un alcance general, están dirigidos a todas las personas que, de acuerdo al ordenamiento jurídico, están en capacidad de ponerlo en riesgo. Independientemente de la valoración que se haga de cada comportamiento, el fundamento de la prohibición penal y, por consiguiente, de la sanción penal, debe ser el mismo tanto para los casos en los que interviene una sola persona en el hecho ilícito como para los supuestos en los que concurren dos o más personas. Ello es así porque cabe calificar como “hecho ilícito, según la noción sustancial, cada conducta socialmente peligrosa en grado relevante” (Mantovani, 2015, p. 428).

Bajo estas ideas, no es posible sostener que existan un fundamento distinto para sancionar a las personas de acuerdo al distinto grado de participación que se les atribuya. Así, para los supuestos de complicidad, la doctrina nacional ha señalado que la participación supondría “un mecanismo de extensión de la pena en la perspectiva de ampliar el ámbito de protección del bien jurídico” (Rojas Vargas, 2013, p. 192).

Sin embargo, para que la protección que confiere el Estado a determinados intereses socialmente valiosos sea una verdadera tutela, el bien jurídico debe obligar a todos y sancionar a todos –aunque en una medida por determinarse –siempre que se haya verificado un aporte voluntario y consciente a la realización del hecho ilícito (Mantovani, 2015, p. 428). Por lo tanto, un modelo en el que se afirme que los actos del partícipe no lesionan el bien jurídico (Villavicencio Terreros, 2006, p. 493) no podría sostenerse bajo este punto de partida, en tanto el tipo penal contiene las

“circunstancias bajo las que puede afirmarse la existencia de un riesgo penalmente desaprobado” (Robles Planas, 2007, p. 23). Dicho con otras palabras, en todos los supuestos contemplados por el Código Penal

no hay ninguna tipicidad que extender (ni a dónde extender), pues toda conducta con relevancia penal, en tanto expresa un ejercicio ilegítimo de la libertad, está contenida en la norma penal de la parte especial del Código Penal, que es donde se comunica la justa distribución de libertades. (Guimaray Mori, 2011, p. 159)

Con todo ello, cabe concluir que el criterio que debe servir de base para la atribución de responsabilidad penal debe ser el de la creación de riesgo. El criterio del dominio del hecho como “capacidad de acción necesaria para evitar la realización” no puede defenderse, dado que se trata de un concepto que, al hacer referencia al comportamiento propio (Kindhäuser, 2011, p. 46), ya se encuentra implícito en la definición de acción, y que constituye el fundamento para poder exigir una determinada conducta a una persona.

Como se señaló, el dominio o manejo del movimiento corporal esbozado por Schönemann como fundamento de la atribución de un resultado implica, en pureza, la creación libre de un riesgo prohibido. El sujeto que libremente organiza su libertad creando un riesgo relevante para un bien jurídico debe ser responsable por dicha invasión de esferas ajenas, pero lo es también aquel que se incorpora a la esfera de libertad del primer sujeto, relacionándose con éste (Robles Planas, 2007, pp. 25-26). Esta relación entre ambas personas, intervinientes en un solo hecho que vulnera el bien jurídico, se debe evaluar con los mismos parámetros con los que se analizaría la conducta de una sola persona, esto es, a través del contexto o de los datos objetivos que permiten dotar de sentido o interpretar la conducta del sujeto (Robles Planas, 2007, p. 27).

Siendo ello así, todas las personas que intervienen en el hecho ilícito realizan un aporte que configura el hecho final (Kindhäuser, 2011, p. 47). Por lo tanto, no cabe sostener, por ejemplo, que “el cómplice por definición no domina el curso del hecho típico” (Rojas Vargas, 2013, p. 193), puesto que valorativamente cada interviniente, al adscribirse a una esfera de libertad ajena, debe participar de la puesta en peligro o lesión del bien jurídico, ayudando a definir el hecho conjunto.

No obstante ello, el legislador ha optado por regular expresamente la llamada autoría y participación en el delito, consagrando las figuras de autoría, complicidad e instigación. ¿Cómo deben interpretarse entonces las distintas calificaciones de las conductas que realiza el Código Penal peruano? La función de estos artículos no puede ser otra que establecer la graduación de la pena a imponer o la valoración del aporte de cada interviniente (Mantovani, 2015, p. 428). El principio de igualdad obliga a que la respuesta penal diferencie la intensidad de la contribución al riesgo típico. Todos son responsables por la vulneración del bien jurídico, pero si esa vulneración se hace en mayor o menor medida por alguno de ellos, la respuesta penal debe considerar esta realidad.

Ahora bien, la intervención en el hecho ilícito puede manifestarse, en primer lugar, a través de la coautoría. El CP peruano se refiere a esta en el artículo 23³⁷, al hacer referencia a la comisión conjunta del hecho. Ello, desde los presupuestos que se vienen sosteniendo, significa que varios sujetos pueden ser considerados como coautores cuando es posible vincular sus comportamientos de tal forma que se concluya la realización –o creación –conjunta del riesgo prohibido por el tipo penal (Kindhäuser, 2011, p. 52).

³⁷ “El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción”.

En segundo lugar, es posible que el o los intervinientes no aporten a la creación del riesgo típico, pero sí a configurar el hecho final con el incremento del riesgo –ya prohibido –de manera esencial. El primer párrafo del artículo 25 CP³⁸ reconoce esta posibilidad, otorgando una calificación diferente –y por tanto una valoración diferente del hecho –partiendo de la base de la pena del autor. Si ello es así, la interpretación que se haga del requisito del aporte esencial debe ser una que no tenga que ver con la esencialidad en la creación del riesgo, en cuyo caso debería ser calificado como autor (Meini Méndez, 2012, p. 148). Por lo tanto, se debe concluir que el cómplice primario interviene contribuyendo al riesgo con un aporte de tal magnitud que sin su participación, el hecho ilícito en su configuración final no se hubiera realizado, es decir, no se hubiera dado el grado de lesión o puesta en peligro que se verificó en última instancia.

Finalmente, de acuerdo al segundo párrafo del artículo 25 CP³⁹, el interviniente podría participar con un aporte no esencial. Ello podría significar una vulneración del principio de creación de riesgo como fundamento de la responsabilidad penal. Sin embargo, una lectura correcta de este precepto debe incidir en que el cómplice secundario interviene también en el incremento del riesgo, y por ello se le sanciona, pero su aporte para el riesgo final logrado no es esencial, esto es, el hecho hubiera alcanzado el mismo grado de lesividad con o sin su participación.

Cabe resaltar que en esta interpretación valorativa de los preceptos de autoría y participación no se hace referencia a la existencia de un plan común, elemento que se suele exigir por la doctrina para diferenciar la coautoría de la complicidad. Si la intervención

³⁸ “El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor”.

³⁹ “A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena”.

en el delito supone incorporarse al ámbito de organización de un tercero que crea el riesgo, ello presupone la adscripción, en todos los casos, a un objetivo común, entendida esta como la “conexión comunicativamente relevante de los actos de organización de varios intervinientes” (Lesch, 1997, p. 95). Por lo tanto, para determinar si se trata de un solo hecho ilícito con varios intervinientes se deberá verificar que los comportamientos que se juzgan tengan “el significado de una contradicción colectiva con la norma” (Lesch, 1997, p. 94), a partir de lo cual se deberá determinar si la conducta se corresponde con la valoración que el legislador hace de la coautoría o, en su caso, de la participación. Esta tarea, no obstante, tiene que ver en realidad con la creación del riesgo típico y no con la existencia del plan común.

En conclusión, el esquema de autoría y participación que se ha desarrollado implica reconocer en el autor (o coautores) un dominio del resultado como creación del riesgo prohibido por el tipo penal y, a partir de este riesgo, la contribución por parte de los partícipes (Cuello Contreras, 2011, p. 22). Y dado que la omisión es solo una forma de comportamiento penalmente relevante, nada obsta para que se pueda evaluar las conductas omisivas bajo los criterios ya esbozados (Meini Méndez, 2009, p. 451). Si existe o no un alejamiento de la omisión como participación del hecho principal (Cuello Contreras, 2011, p. 21), es una característica que debe analizarse en cada supuesto de hecho.

La única excepción que cabe hacer a esta conclusión está vinculada a la posibilidad de la instigación mediante la omisión. El artículo 24 CP califica como instigador a aquel que “dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible”. Ello implica reconocer que “el inductor se limita a provocar en el autor la resolución delictiva [mediante] el desarrollo de una influencia psíquica” (Jescheck & Weigend, 2014b, p. 1026). Siendo ello así, la propia naturaleza de la omisión impide que se desarrollen este tipo de comportamientos, puesto que la no realización de una conducta no podría

calificar como una influencia idónea para hacer surgir la resolución delictiva. Y, por otro lado, el no evitar que otro realice un comportamiento antijurídico “presupone que el autor se encuentra ya decidido o convencido a realizar el delito” (Meini Méndez, 2009, p. 453), descartándose también por esta vía la posibilidad de la instigación.

3.2.2. Consecuencias en la determinación del título de imputación

Habiendo definido ya los espacios de responsabilidad penal que pueden presentarse a nivel vertical entre quien delega y a quien se le transfiere determinadas funciones, queda ahora por determinar los niveles de responsabilidad o en virtud a qué título de imputación respondería tanto el delegante como el delegado.

El presupuesto básico en este punto es, como se ha señalado, el dominio que tiene la persona o garante sobre la fuente de peligro para los bienes jurídicos, tanto al interior de la empresa como para terceros. Es solo este dominio, concretado según los deberes que puedan desprenderse de acuerdo con el bien jurídico y la conducta precedente, el que permitirá sustentar, a partir de un juicio de creación de riesgo, la realización del tipo penal del que se trate.

3.2.2.1. Cuando concurren todas las características necesarias para una mutación completa del deber de garante

En este primer supuesto, se está ante dos sujetos que asumen plenamente una posición de garante, aunque de diverso contenido. El incumplimiento de estos deberes de protección, que tienen como común objetivo evitar la lesión de bienes jurídicos de terceros, podría ser calificado como coautoría. Como se ha señalado, la coautoría presenta un dominio conjunto del hecho, entendido aquí como creación conjunta del riesgo, en el existe una división del trabajo que permite la realización del riesgo (Jescheck & Weigend, 2014b, p. 1008).

En un supuesto de correcta delegación de funciones, es decir en aquella en la que el delegado está en principio en la capacidad de asumir de manera efectiva las tareas asignadas y con ellas la posición de garantía, el delegante mantiene una posición de garantía sobre los bienes jurídicos, debiendo velar por el efectivo cumplimiento del rol del subordinado en la ejecución de sus tareas. Ello, sin embargo, no significa que ambos sujetos dominen el fundamento del resultado pues la posición de garante del delegado respecto a las fuentes de peligro comprendidas en la delegación es la idónea para crear el riesgo prohibido, siendo el incumplimiento de este último el fundamento de la creación del riesgo.

Por el contrario, si el delegante incumple su deber de vigilancia, ello podrá calificar como participación primaria pero no como coautoría. El delegado que incumplió su función de establecer los mecanismos de seguridad y prevención crea el riesgo típico, pero no así quien designó a este último y no veló por la realización correcta la labor pactada. En consecuencia, cabe descartar que se califique a ambos intervinientes como coautores.

Si bien es cierto la existencia de un deber común puede justificar la coautoría por omisión (Roxin, 2000, p. 509), en el supuesto que se viene analizando ambos intervinientes, aun cuando ostentan aristas de una única posición de garante, no pueden ser valorados de la misma manera pues los deberes que recaen sobre ellos no son de la misma intensidad y no se orientan sobre las mismas fuentes de peligro. El delegado se avoca a la fuente de riesgo originaria y delegada, mientras que el delegado – empresario ejerce su deber originario de protección de bienes jurídicos a través de la vigilancia de la fuente de riesgo creada con la delegación, y con ello tiene el deber de intervenir para la evitación de la lesión al bien jurídico, lo que justifica la participación (Demetrio Crespo, 2008a, p. 110).

3.2.2.2. Cuando no se cumplen con las características necesarias para transformar el deber de garante del delegante

El primer aspecto que debe analizarse cuando la delegación carece de alguna de las características que permiten que ésta sea plena es el referido a la posición del delegado que libremente se compromete a intervenir en los espacios de riesgo que su superior le encomienda a pesar de saberse en la imposibilidad de asumirlos. En este supuesto, el comportamiento es tan libre, y por tanto asume tanta responsabilidad, como aquel que libremente decide intervenir en un cirugía estética a un paciente a pesar de no contar con el título profesional ni los conocimientos que lo habilitan como cirujano plástico. Esta última persona se hace tan responsable por la fuente de riesgo –paciente –durante el desarrollo de toda la cirugía, aun cuando no cuenta con la *lex artis* necesaria para llevar a su cauce permitido cualquier incremento de riesgo. Por lo tanto, al igual que en este ejemplo, el comportamiento del delegado supone ya la creación de un riesgo que justifica el deber de seguridad (Lascurain Sánchez, 2005a, p. 578).

A partir de esta conclusión, cabe distinguir dos supuestos. En el primero, en el delegado falta la capacidad técnica o idoneidad para desempeñar su función. Si el empleador realiza la delegación advirtiendo esta situación, ambos sujetos –aun si son inidóneos –asumen conjuntamente la protección de los bienes jurídicos y, por tanto, la responsabilidad por la lesión de los mismos. El ingreso, autorizado por el empresario, de una persona incompetente técnicamente es, valorativamente, la creación de un riesgo que luego el subordinado concretará –habiendo aceptado su intervención libremente. Por lo tanto, se trata de un caso en el que el delegante “ocasiona un hecho

delictivo ejecutado materialmente por el delegado” y sobre el cual este último mantiene el deber de garante incólume (Martínez-Buján Pérez, 2014, p. 510). Si, por el contrario, la falta de idoneidad no ha podido ser advertida, a pesar de los esfuerzos suficientes del empresario, tendrá que recurrirse al error invencible (Meini Méndez, 2003b, p. 374), lo cual respecto al artículo 168-A implicaría afirmar la atipicidad de la conducta.

En el segundo supuesto, el delegado puede no contar con la autonomía suficiente para la protección del bien jurídico. En este caso, al no contar con la capacidad para adoptar las medidas de protección necesarias, no es posible que el delegado cree el riesgo típico. Por el contrario, es el empresario quien con esta incorporación aumenta el riesgo permitido y, si no interviene, habrá creado él mismo el riesgo sancionado por el tipo penal, debiendo calificarse su comportamiento como autoría. No obstante, la falta de autonomía del delegado no impide su incorporación como garante –aun cuando se trata en la realidad de una apariencia – ni que su comportamiento sea calificado como complicidad primaria, pues asume frente a terceros un rol que no puede desempeñar y que incrementa el riesgo creado por el empresario (García Cavero, 2012, p. 564). En este caso, además, no es posible que el empresario no advierta la ausencia de autonomía funcional por parte del delegado, pues la responsabilidad por la organización de las tareas al interior de la empresa es de su entera competencia.

En ambos supuestos puede darse que, en el desarrollo de las actividades de la empresa, el delegado advierta su falta de idoneidad o de autonomía. En dicho contexto, surge en el delegado un deber primordial, el dar aviso al superior jerárquico de la situación (Meini Méndez, 2003b, p. 374), puesto que se trata de un hecho sobrevenido que lo convierte en una fuente de riesgo para aquello que precisamente es su función proteger. Si dicha obligación fuera omitida, ello significaría la aceptación de dicho escenario, lo cual convertiría la delegación en imperfecta y se aplicarían las

mismas consecuencias jurídicas señaladas en este apartado, esto es, la responsabilidad por coautoría o por participación.

Probablemente la figura de la coautoría presente mayores problemas, de acuerdo a la doctrina, para ser aplicada. Así, para Villavicencio la coautoría exigiría una decisión conjunta del hecho que no se apreciaría en supuestos en los que entre los intervinientes existe una relación de subordinación (2006, p. 484). Sin embargo, de acuerdo a la concepción de la intervención delictiva que se ha venido sosteniendo, lo relevante debe ser que la libertad del delegado –fundamento de la posición de garante al ser un ingreso libre en el ámbito empresarial –implique la disposición a asumir determinada posición de garantía y a asumir que su superior conserva a su vez determinada esfera de poder y de responsabilidad, y que en los supuestos que se vienen tratando, ambos son responsables de manera conjunta por el desarrollo del cauce de riesgo de la empresa como peligro.

En suma, bajo este análisis es válido concluir que ambos sujetos se encuentran en posición tanto para proteger como para afectar bienes jurídicos, ya sea acatando o incumpliendo sus funciones. Así, se cumple que “cada uno sea consciente de que con él colaboran una o más personas y éstas posean la misma consciencia” (Jescheck & Weigend, 2014b, p. 1014). A la misma conclusión arriba Tiedemann al afirmar que la delegación de tareas cuyo emprendimiento realiza el tipo penal debe ser calificada de autoría, en cuyo caso el delegado podría ser calificado como cómplice o, en su caso, como coautor, dependiendo del nivel jerárquico que ocupe este último (2009, p. 229). Y como se ha advertido, existen supuestos en los que a pesar de existir una deficiente delegación, ambas conductas pueden realizar el riesgo prohibido por el tipo penal.

3.3. Delegación de deberes y concepto de empleador

Uno de los principales problemas vinculados a la delegación de funciones y la atribución de responsabilidad penal del delegado se refiere a la característica especial del sujeto activo que exige tanto el tipo penal de atentado contra la seguridad de los trabajadores como las normas de prevención de riesgos laborales. Así, las obligaciones que impone la LSST con respecto a la protección de los trabajadores recaen sobre la figura del “empleador”, sin proporcionar una definición expresa de lo que se ha de entender por éste. Aun cuando incorpora a otros sujetos como el comité o delegado de prevención, queda claro que éstos al ser representantes de los trabajadores ejercen solo una función de asesoría y supervisión del empleador, cuyos alcances y eventual responsabilidad debe ser analizada bajo parámetros que exceden el alcance de esta investigación.

Por el contrario, en el caso de la delegación el trabajador no actúa en representación de su colectivo, sino que desempeña un cargo en interés del empleador y de la empresa. Por lo tanto, se encontraría más cercano al círculo de obligados por el bien jurídico protegido. Sin embargo, la postura dominante señala que al estar frente a grandes empresas, el sujeto obligado es la persona jurídica, con lo cual el delegado no sería el directamente obligado, debiendo recurrirse a la actuación en nombre de otro regulada por el artículo 27 CP⁴⁰ (Montoya Vivanco, 2013, p. 95; Salinas Siccha, 2015, p. 703). Con esta cláusula se trataría de responder al traspaso del deber especial, en este caso del empleador –persona jurídica –a sus representantes, quienes serían los verdaderos destinatarios y sujetos idóneos para lesionar el bien jurídico (Tiedemann, 2009, p. 232).

⁴⁰ “El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero sí en la representada”.

Si se tiene en cuenta que se ha venido defendiendo un concepto amplio y, principalmente, material de empleador, la aplicación de la cláusula del artículo 27° CP no sería necesaria. El bien jurídico protegido en el delito contra la seguridad de los trabajadores no obliga a la empresa como persona jurídica, sino a todo aquel que aceptando libremente participar en la organización de la empresa, está en la capacidad material para adoptar las medidas suficientes para reducir los riesgos relevantes para la vida, salud o integridad. En tanto el contrato de trabajo o de locación de servicios no es la fuente del deber de garante, que la persona jurídica sea el titular de la relación formalmente no obsta para que materialmente sea una persona natural la destinataria de la norma penal. Verificar la condición de empleador significará, bajo esta concepción, prescindir de los criterios formales y verificar la capacidad del sujeto para la toma de decisiones respecto a las medidas necesarias para evitar el menoscabo de intereses vitales para el conjunto de trabajadores, esto es, determinar “si alguien siendo administrador de Derecho se ha comportado real y materialmente como administrador de hecho respecto al hecho relevante para el Derecho Penal” (Feijóo Sánchez, 2009, p. 39).

Esta comprobación significa no solo prescindir de los criterios formales señalados por la ley u otra norma jurídica, sino rechazar además que deba comprobarse necesariamente si “dentro de la organización de la empresa [se han] delimitado debidamente las funciones y responsabilidades que le atañen [a cada sujeto]” (Calderón Valverde, 2014, p. 47). Si bien es cierto ambos criterios pueden servir de guía o parámetro a los operadores jurídicos para dilucidar las reales esferas de competencia de cada interviniente, el dinamismo de la actividad empresarial obliga a que se deba atender prioritariamente a la realidad y a los comportamientos que cada sujeto despliega en la empresa.

Esta conclusión es aplicable tanto para los directivos –empresarios –como para quienes, siendo trabajadores, asumen un deber de garante a través de la delegación. Siempre que materialmente se encuentren en una posición en la que puedan controlar el riesgo derivado de la empresa, el ordenamiento podrá exigirles que actúen de acuerdo a esa posición y, por tanto, responsabilizarlos por una eventual omisión. Y esta capacidad, presupuesto para la responsabilidad penal, tiene que ver con contar la autonomía funcional necesaria para desenvolverse frente a los riesgos laborales. Por lo tanto, no cabría afirmar que la aplicación del artículo 168-A se restringiría a los miembros de los órganos encargados adoptar las decisiones empresariales, dado que esta postura se descansa en la idea que el legalmente obligado, según el tipo penal, “no es otro que la empresa misma (o, si se quiere, sus órganos decisorios), no así un trabajador en concreto” (Ugaz Olivares & Soltau Salazar, 2011, p. 178).

En suma, a partir de lo señalado en este punto se debe afirmar 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 a las fuentes de peligro, con lo que también se inclina hacia un control real más que formal del riesgo, a la capacidad real y a la competencia fáctica la actividad preventiva. (Salvador Concepción, 2014, p. 248)

4. Responsabilidad de la propia víctima

Lograr que en el ambiente de trabajo los riesgos para la seguridad de los trabajadores se mantengan dentro de los límites permisibles por el Derecho Penal es una obligación que recae principalmente en el empleador. Sin embargo, cuando en esta esfera de competencia participan también otros sujetos con la misma capacidad para determinar su comportamiento que la que posee el empresario, su conducta podría incidir en la

creación de dicho riesgo, por lo que se debe determinar en qué medida pueden participar de dicha situación de riesgo los propios trabajadores que se encuentran protegidos por el bien jurídico.

La idea de la que debe partirse es que no existe ni un principio de confianza ni mucho menos un principio de desconfianza. El trabajador en sí mismo como mano de obra puesta a disposición del empleador para alcanzar una finalidad es una posible fuente de riesgo que debe controlarse (Olaizola Nogales, 2015, p. 596), con lo cual se fundamenta el deber de vigilancia del empresario. Pero también es cierto que el trabajador puede comportarse de tal manera que incremente esa fuente de riesgo, y que al empleador no se le puede exigir una omnipresencia que le impida cumplir con su actividad económica –se debe tomar en cuenta que en la doctrina y en la jurisprudencia laboral no queda del todo claro la validez de medios de vigilancia de la actividad laboral invasivos como las cámaras de vigilancia (Blancas Bustamante, 2013, pp. 202-205).

Invocar la responsabilidad de la propia víctima en un presunto hecho ilícito implica, en puridad, negar que se trate de una conducta antijurídica, negar que exista creación de un riesgo dado que “no existe una infracción de la norma de cuidado alguna por parte del empresario, siendo la única conducta negligente la del trabajador” (Olaizola Nogales, 2015, p. 593). Por lo tanto, lo relevante será determinar quién crea el riesgo prohibido, pudiendo ser el empleador o el trabajador. Aun cuando la doctrina sostiene la existencia de un tercer grupo de casos en el que “no todo el riesgo que se realiza en el resultado es imputable al empresario” (Corcoy Bidasolo, 2013, p. 283), en este caso si existe creación de riesgo por parte del empleador se le deberá atribuir las consecuencias del mismo y valorar su actuación de acuerdo al grado de lesión del bien jurídico.

La participación o intervención del propio afectado puede estar en dos ámbitos. En primer lugar, el titular puede libremente consentir una intervención del autor sobre su bien jurídico, sabiendo que dicho acto puede ponerlo en riesgo o incluso lesionarlo. En segundo lugar, puede ocurrir que sea el propio titular del bien jurídico el que pone en riesgo o lesiona el bien jurídico. Por lo tanto, la actuación responsable del sujeto que se ve afectado por la lesión del bien jurídico puede darse en forma de “infracción de sus incumbencias de autoprotección o por un acto de voluntad (consentimiento)” (García Cavero, 2014, p. 439).

4.1. Consentimiento del titular de bien jurídico

En este primer supuesto, el titular dispone del bien jurídico, sometiéndose de manera libre a las consecuencias de dicha disposición. Como puede advertirse, para que opere el consentimiento, el titular debe estar en posibilidad de disponer del mismo, lo que implica que esta disposición sea libre y voluntaria, con conocimiento de las implicancias o consecuencias que podrían darse, y que el bien jurídico sea, en efecto, disponible.

Con respecto a la posibilidad de disponibilidad, la naturaleza del bien jurídico protegido por el artículo 168-A CP responde a una lógica diferente a la que subyace a los bienes jurídicos individuales. Se trata de un bien jurídico que hace referencia a una colectividad no personificada (Mantovani, 2015, p. 200), cuya protección se debe a que se trata de un interés esencial para la estructura económica del Estado y no para una esfera individual (García Cavero, 2014, p. 439), aun cuando su lesión afecte de alguna manera a intereses individuales (Martínez-Buján Pérez, 2012, p. 66). Ello es así porque la persona afectada por la realización del daño derivado del delito no necesariamente coincide con el titular del bien (Meini Méndez, 2014b, p. 68).

Por lo tanto, queda descartada la aceptación del trabajador de desempeñar sus actividades sin las medidas de protección suficientes –aun cuando se incorpore en el contrato de trabajo –en la medida que éste no puede consentir una situación de riesgo que puede incidir sobre el colectivo de trabajadores. No obstante ello, queda descartado también el consentimiento que haga la representación de los trabajadores –por ejemplo, a través de un convenio colectivo que rebaje las exigencias del empleador –incluso cuando se encuentre representado el total de los trabajadores. La tutela del bien jurídico no depende del colectivo que se encuentra protegido, sino que su relevancia es tal para el funcionamiento del Estado que escapa al acuerdo o asentimiento de las personas protegidas.

Por otra parte, la concurrencia del segundo requisito, el conocimiento del riesgo que se enfrenta, presenta mayores problemas para afirmar el consentimiento. La doctrina sostiene la existencia de una presunción según la cual el trabajador no posee un conocimiento exacto del riesgo de su actividad debido a su falta de preparación y deficiencias en su formación (Corcoy Bidasolo, 2013, p. 276), lo cual invalidaría el consentimiento. Sin embargo, se trataría de una presunción relativa, que podría ser desvirtuada de acuerdo al caso en concreto (Gallo, 2016).

No obstante los presupuestos de esta afirmación son válidos, no resulta necesario recurrir a la figura de la presunción para negar este segundo requisito. Para verificar que el trabajador conocía los riesgos laborales que enfrentaba debería afirmarse en primer lugar que existen casos en los que a éste se le exige este tipo de conocimiento. Sin embargo, en la relación trabajador – empleador, solo es este último quien tiene la obligación de conocer los riesgos exactos de su actividad empresarial, puesto que está en capacidad de conocerlos. Su control sobre la organización del trabajo, sobre las herramientas y sobre los procesos productivos lo ponen en aptitud para interiorizar dichos riesgos en su totalidad (Reátegui Sánchez, 2002, p. 90).

Sin embargo, el trabajador interviene en una etapa concreta de la producción, por lo que no está en capacidad de conocer la magnitud del ciclo productivo en el que se encuentra inmerso (Lascurain Sánchez, 2005a, p. 588) y las implicancias para la seguridad del mismo. Por estas consideraciones no se le exige al trabajador conocer la medida exacta del riesgo que enfrenta, que es mucho más amplio de aquel que necesita conocer para llevar a cabo su función. Por lo tanto, el dato fáctico del conocimiento del riesgo no puede ser relevante para el Derecho Penal.

Es necesario distinguir entre los riesgos que enfrenta el trabajador directamente, relacionados con las actividades para las que es contratado, y que necesita conocer no solo para cumplir con su labor sino para protegerse a sí mismo y a los demás; y por otro lado, un círculo más amplio de riesgos a los que el empleador tiene acceso y que pueden afectar al colectivo de trabajadores en mayor o igual medida. Al trabajador no se le exige conocer ninguna de estas dos esferas de riesgo, pero sí es necesario que conozca la primera de ellas para que pueda desempeñarse de manera adecuada, y esa necesidad justifica el deber de información del empleador. Pero la segunda esfera sigue existiendo, y es un riesgo latente que no se le exige conocer porque no está en capacidad de hacerlo. En consecuencia, ya sea que el consentimiento verse o no sobre este último círculo de riesgo, será siempre inválido.

4.2. Autopuesta en riesgo

El segundo supuesto en el que puede participar el trabajador es aquel en el que éste, en ejercicio de su libertad y su facultad de auto organización, configura la situación de tal forma que la consecuencia lesiva –puesta en peligro o lesión efectiva del bien jurídico –puede ser imputada directamente a dicho acto (García Caveró, 2014, pp. 440-441; Jakobs, 1998b, p. 34).

La autopuesta en peligro se fundamenta en que cada persona, en sociedad, desempeña un rol o posición dentro de la misma, y en virtud a éste se le atribuyen ciertos deberes u obligaciones. Uno de estos deberes resulta razonable que sea un deber de autoprotección, lo que implica que la persona no puede emprender una relación con terceros sin aceptar la posibilidad de realización de un riesgo lesivo para su esfera de libertad (Jakobs, 1998b, p. 36). En el marco de la prevención de riesgos laborales, se le atribuye al trabajador, tanto a nivel supranacional como en la legislación peruana, un deber de autoprotección expresado tanto en el cumplimiento de las normas de seguridad que le atañen como en el uso adecuado de los instrumentos que se le proporcionen para la protección personal y colectiva⁴¹.

En resumen, excluir la responsabilidad del tercero y atribuírsela a la propia persona (o mal llamada víctima) pasa por afirmar que la puesta en riesgo del bien jurídico tiene como trasfondo la infracción del deber propio de la persona de velar por que de sus actos no se deriven consecuencias lesivas para sí y para otros, por lo que no se trataría de una intromisión ilegítima por parte de un tercero. Por lo tanto,

si el riesgo lo padece quien lo creó, en puridad de términos no es correcto calificarlo de prohibido; pues el ordenamiento jurídico permite que el titular de un bien jurídico disponga de él en tanto no perturbe la libertad de terceros (Meini Méndez, 2014b, p. 322).

Dicho esto, en el ámbito de la protección penal de la seguridad en el trabajo, la posición de garante que asume el empleador por su también ejercicio de un rol (producto igualmente de su facultad de auto organización) incluye un deber de protección sobre los bienes jurídicos que pueden verse afectados por el desarrollo de la actividad laboral de los trabajadores, en tanto es el empleador quien al dirigir y

⁴¹ Artículo 79 LSST

orientar las actividades organiza esta esfera de riesgo y debe evitar los efectos de la misma (Gallo, 2016).

Aun cuando existan dos esferas de competencias que podrían concurrir, el primer responsable de actuar ante un riesgo al interior de su empresa, así provenga de la injerencia de sus subordinados, es el garante originario. Por lo tanto, el primer análisis que se debe realizar consiste en “examinar si el empresario efectivamente creó un riesgo, o no lo controló teniendo el deber de hacerlo” (Corcoy Bidasolo, 2013, p. 278).

Sin embargo, este deber, y por lo tanto la determinación de si efectivamente se infringió o no, obliga a volver sobre la graduación del deber de vigilancia del empresario. Es decir, la pregunta de hasta dónde le compete al garante vigilar el cumplimiento de, por ejemplo, las medidas de seguridad que este mismo ha implementado, entraña la pregunta de si la injerencia del subordinado se encuentra dentro de la competencia del superior o si responde a una lesión atribuida al trabajador en virtud del principio de autorresponsabilidad.

Como se señaló al abordar el deber de vigilancia del delegante, no es válido admitir que el garante debe velar hasta el último momento por que sus trabajadores –sujetos considerados por el propio ordenamiento como responsables de sus propios actos –no realicen actos que aumenten el riesgo prohibido ya latente al interior de la empresa, ni tampoco puede validarse que el garante se desligue de su responsabilidad simplemente porque la fuente de peligro la constituye el accionar de una persona que se encuentra dentro de su esfera de competencia. La posición de garante del empresario no se puede negar, pero ello no obliga a considerar a los trabajadores como menores o incapaces (Gallo, 2016).

El alcance del deber de vigilancia del empresario debe incluir probables comportamientos descuidados de los trabajadores (Olaizola Nogales, 2015, p. 590) que responden no a la reticencia consciente del trabajador a acatar las órdenes del empleador sino a un error en la valoración del riesgo debido a la repetición constante del trabajo, lo que lleva a una habitualidad del trabajador al peligro (Gallo, 2016). La propia lógica del trabajo asalariado obliga al empresario a reconocer situaciones en las que los subordinados pueden poner en riesgo tanto la seguridad colectiva como la individual, no solo por un error en el cálculo de la probabilidad sobre la realización del riesgo, sino además por el desconocimiento del alcance de los peligros a los que se enfrentan.

Ello, no obstante, no significa que los supuestos fuera de la imprudencia profesional deban ser atribuidos automáticamente a la conducta del empleador. Dado que el criterio de atribución de responsabilidad es el de creación de riesgo, para afirmar la autopuesta en peligro “es necesario que el curso lesivo escape del ámbito de competencia del empresario” (Gallo, 2016).

Por lo tanto, en estos supuestos, llamados de imprudencia temeraria, debe verificarse que el empresario, estando en capacidad para intervenir, cumplió con su deber de protección separando al trabajador o sancionándolo por el incumplimiento de las normas de seguridad. Es decir, cuando el incumplimiento del trabajador podría haberse evitado con una labor de control o intervención razonable y oportuna por parte del empleador, el riesgo corresponde exclusivamente a este último (García Cavero, 2013, p. 216). Si luego de agotadas estas acciones el trabajador decide infringir su deber de autoprotección, o si con las medidas de vigilancia razonables el empleador no pudo conocer esta situación, la responsabilidad será exclusivamente del trabajador, al tratarse de un riesgo introducido por éste al que no se le puede atribuir una falta de control del garante. Con ello, la idea que subyace es que

en los casos de competencia de la propia víctima, deberá aplicarse la regla general de las posiciones de garante: el compromiso de evitar una situación de riesgo no distingue la fuente del riesgo, pudiendo ser uno mismo; pero, si no existe una situación de riesgo prohibido (las autopuestas en riesgo son permitidas), nada hay que reprochar al garante. (Meini Méndez, 2014b, pp. 323-324)



CONCLUSIONES

1. La intervención del Estado en el fenómeno de la siniestralidad laboral respondió a los cambios tecnológicos y económicos, producidos por la Revolución Industrial. Sin embargo, su justificación durante el siglo XIX estuvo ligada principalmente al impacto que podía tener la salud de los trabajadores en la actividad de las fábricas y, con ello, en la economía de los Estados.
2. La creciente importancia de la cuestión obrera hacia fines del siglo XIX e inicios del siglo XX en los países industrializados tuvo como efecto la internacionalización del conflicto laboral y su constitucionalización. Así, a la par que las primeras constituciones sociales incluían los derechos laborales, entre ellos la protección frente a riesgos laborales, en sus textos fundamentales, las organizaciones de Estados reconocían la vital importancia de prevenir los riesgos laborales. Ello se ve reflejado primero en los Convenios sobre seguridad en el trabajo de la OIT y, posteriormente, en su incorporación en instrumentos internacionales de Derechos Humanos.
3. A nivel comparado, los Estados, influenciados además por la normativa regional, han reconocido la relevancia penal de las conductas que atentan contra las condiciones de seguridad necesarias para el desarrollo de las labores de los trabajadores, sancionándolas en sus respectivos códigos penales o en leyes penales especiales. Sin embargo, la regulación no es homogénea, dado que los ordenamientos jurídicos por alguna de las siguientes opciones: incorporar un tipo penal autónomo que protege la seguridad en el trabajo, reconducir estas conductas a la lesión de bienes jurídicos colectivos como la salud o seguridad públicas, o subsumirlas dentro de los comportamientos de riesgo prohibidos por los tipos penales de homicidio o

lesiones.

4. En el Perú, la regulación por parte del Estado de las condiciones de trabajo seguro se dio a través de normas aisladas desde inicios del siglo XX, debido a la tardía industrialización del país. Ninguna de estas leyes supuso el recurso a la intervención penal, opción legislativa que se adoptó en 2011 con la promulgación de la ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, que incorporó por primera vez en el ordenamiento peruano el principio de prevención de riesgos laborales, en consonancia con los convenios de la OIT, y, producto de ello, un tipo penal orientado a sancionar la no adopción de las medidas de seguridad necesarias para el trabajo.
5. La incorporación de la protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales en instrumentos de Derechos Humanos como el PIDESC y el Protocolo de San Salvador y en las primeras constituciones sociales evidencian que se trata de un derecho fundamental. Este interés valioso para el Estado responde a la necesidad de dotar al colectivo de trabajadores de condiciones suficientes para evitar su mercantilización, lo que se relaciona directamente con la vida, salud e integridad física por ser los bienes directamente ligados a la dignidad del trabajador.

Las características especiales de este bien jurídico, vinculadas a la vulnerabilidad del grupo social tutelado y a la importancia para las bases mismas del Estado, justifican no solo la intervención del Derecho Penal, por tratarse de un valor o interés fundamental, sino además su protección de manera autónoma frente a bienes jurídicos individuales o a otros bienes jurídicos colectivos como la salud pública.

6. Para abordar el fenómeno de la empresa desde el Derecho Penal debe tenerse en cuenta su propia naturaleza pre jurídica, esto es, la unión de dos o más personas para alcanzar un objetivo común lícito. Para lograr esta finalidad, las personas disponen de determinados recursos y organizan su funcionamiento de tal manera que la complejidad de sus actividades no impida el manejo de los asuntos vitales para la puesta en marcha de la empresa, dividiendo y delegando funciones a nivel horizontal y vertical, respectivamente.
7. El ejercicio de la libertad de empresa por parte de los individuos implica, a su vez, el hacerse responsables por las posibles repercusiones de su actividad en las esferas jurídicas de terceros. El dinamismo de las actividades económicas o empresariales justifica que a quienes legítimamente las emprenden se les cargue con determinados deberes, cuya única finalidad es evitar que en el ejercicio de su libertad se cree un riesgo jurídicamente prohibido para bienes jurídicos ajenos.
8. El comportamiento precedente, aquel mediante el cual la persona asume libre y voluntariamente las consecuencias del ejercicio de su libertad es la única fuente coherente con los principios de auto organización y de protección de bienes jurídicos del que se pueden derivar los deberes con los que se grava al garante. El contenido de estos deberes deberá hallarse a partir de la conducta previa, identificando los bienes jurídicos que pueden ponerse en riesgo con la organización del espacio de libertad del garante. Estos riesgos pueden estar plasmados en otras normas del ordenamiento jurídico, lo que servirá para orientar la actividad del garante; sin embargo, la no regulación de los mismos no obsta para que éste asuma la prevención de estos riesgos ahí cuando resulta razonable exigirle que lo haga, en base a su capacidad para actuar y al conocimiento que el ordenamiento jurídico le atribuye.

9. El deber de todo ciudadano dentro de un Estado de Derecho es evitar invadir los espacios de libertad de terceros, lo que se traduce en el Derecho Penal en evitar comportamiento de riesgo para bienes jurídicos ajenos. La forma como se cumpla con este deber es irrelevante para el Estado, en tanto lo que importa es mantener incólume los bienes jurídicos de cualquier ataque que los puedan poner en riesgo o afectar. Por lo tanto, existe una identidad entre acción y omisión no solo por su propia potencialidad para lesionar intereses fundamentales sino además porque ambas son formas de comportamiento penalmente relevante, es decir, de manifestaciones de las personas con un contenido social. En consecuencia, es coherente aplicar a ambas conductas los mismos criterios de atribución de responsabilidad, entre ellos, la relación de causalidad.

10. La regulación de la comisión por omisión en el artículo 13 del Código Penal peruano resulta innecesaria dado que la omisión se encuentra ya tipificada en los tipos penales de la parte especial, al sancionarse los comportamientos de riesgo, activos y omisivos, para los bienes jurídicos tutelados. No obstante, la redacción del precepto penal y la jurisprudencia nacional permiten corroborar que la única fuente de la que puede nacer un deber jurídico de velar por la no puesta en riesgo de bienes jurídicos es el comportamiento precedente

Por otra parte, la llamada cláusula de equivalencia debe ser interpretada desde la identidad entre acción y omisión, con lo cual lo que se debe exigir es que la omisión suponga un comportamiento de riesgo para el bien jurídico, supuesto que solo podrá negarse en aquellos casos en los que el objeto de protección penal solo pueda ser vulnerado activamente. En consecuencia, la atenuación de la pena facultativa prevista por el legislador carece de sentido, en tanto

acción y omisión siempre suponen el mismo desvalor y, por ello, merecen la misma sanción.

11. La posición de garante del empresario frente a los riesgos que se pueden desencadenar producto de la actividad empresarial nace de la disposición –por parte del éste –de terceros como fuerza de trabajo para llevar a cabo sus objetivos. Por lo tanto, lo relevante para determinar la posición de garante será la prestación de servicios para un tercero, empresario o empleador en sentido amplio, lo que le otorga a éste el derecho y la obligación de coordinar la actividad de estos trabajadores y adoptar las medidas necesarias para evitar la lesión del bien jurídico producto de la realización de la actividad para la que se les contrata. En consecuencia, no cabe identificar el nacimiento de la posición de garante con la existencia de una relación laboral.

12. Los deberes derivados de la posición de garante del empleador tienen como objeto la protección del colectivo de trabajadores frente a los riesgos derivados tanto de la propia actividad del empresario como de la actividad de terceros que, dentro del ámbito de organización del empresario, pueden tener incidencia sobre las condiciones de seguridad en el trabajo. Dentro de este último grupo se debe incluir tanto las actividades de los trabajadores subordinados como la de aquellos trabajadores que, sin mediar vínculo de subordinación, prestan un servicio al empleador y pueden poner en riesgo a todo el colectivo de trabajadores.

Para cumplir con su deber, el garante se encuentra obligado a adoptar las medidas necesarias para salvaguardar el bien jurídico, las que deben ser idóneas y eficaces, y que se pueden encontrar o no en las normas extrapenales cuya finalidad sea crear las condiciones necesarias para un

trabajo seguro. Estas medidas, dada la dinámica de la actividad empresarial, deben ser monitoreadas con el objetivo de verificar su cumplimiento y adaptarlas a los posibles cambios al interior de la empresa, con lo cual el deber de vigilancia se convierte en parte del contenido esencial del deber de garante.

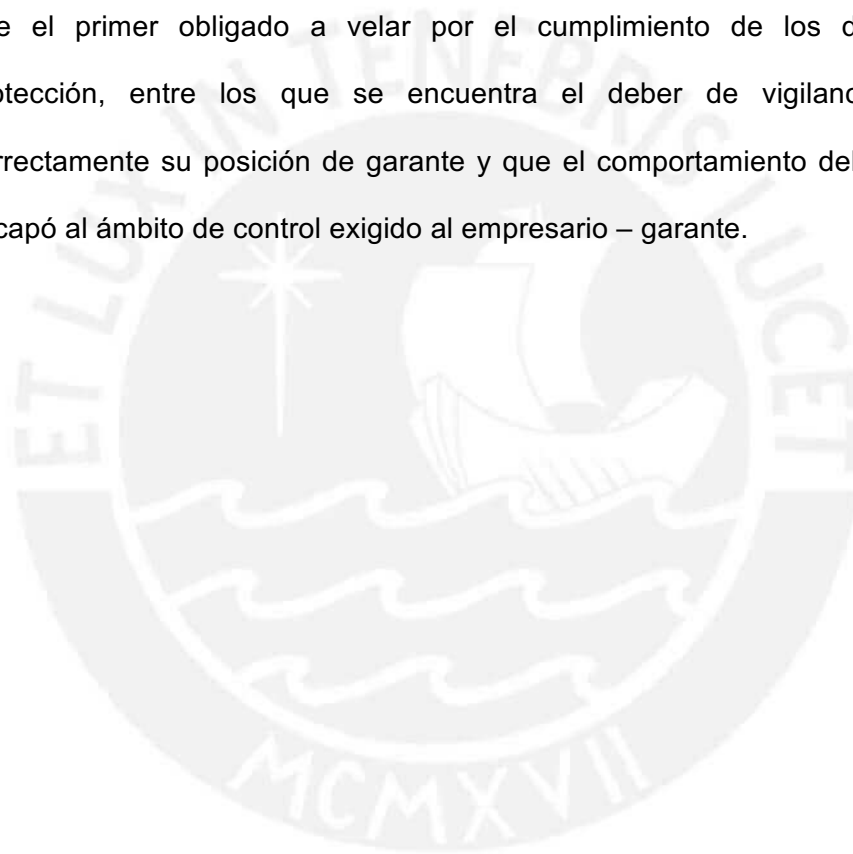
13. Dada la complejidad de las estructuras empresariales, el empleador válidamente puede descentralizar sus deberes en otras personas que se encuentran al interior de estructura organizativa, quienes a su vez asumirán una posición de garante, a través de su incorporación libre y voluntaria al esquema de la organización, posición que se proyectará sobre la parcela de deberes que se deleguen. Ello no significa que el empleador se desligue su posición primigenia, pues éste mantiene siempre una responsabilidad por el funcionamiento de la empresa, ya sea que se avoque personalmente o a través de terceros – delegados. Por lo tanto, su posición de garante originaria se convierte en una posición de garante residual cuyo contenido será velar por la no lesión del bien jurídico seguridad en el trabajo producto del ejercicio de las funciones delegadas.

Este esquema organizativo tendrá incidencia en la atribución de responsabilidad penal tanto al delegante como al delegado, variando los títulos de imputación en función a la creación del riesgo prohibido por la norma penal y a la incorporación de terceros dentro de la esfera de organización del sujeto o sujetos que crean dicho riesgo.

14. El comportamiento libre de los sujetos pasivos del delito, en este caso el colectivo de trabajadores, puede tener implicancias en la atribución de responsabilidad penal al empleador. Este comportamiento puede darse como consentimiento, en el que el titular del bien jurídico acepta tolerar la lesión del

bien jurídico, o través de un comportamiento propio que pone en riesgo el bien jurídico.

15. Dado que se trata de un bien jurídico colectivo y que al grupo de trabajadores no se les exige conocer a plenitud los riesgos derivados de la prestación de servicios para un tercero, el consentimiento no puede ser válido para negar el comportamiento de riesgo del empleador. Sin embargo, una autopuesta en riesgo por parte de los trabajadores puede ser admitida en tanto se verifique que el primer obligado a velar por el cumplimiento de los deberes de protección, entre los que se encuentra el deber de vigilancia, ejerció correctamente su posición de garante y que el comportamiento del trabajador escapó al ámbito de control exigido al empresario – garante.



BIBLIOGRAFÍA

- Abanto Revilla, C. (2015). La responsabilidad penal del empleador en el Perú: situación y perspectivas. En *Primer encuentro peruano-chileno-uruguayo de derecho del trabajo* (pp. 353-381). Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Ackerman, M. (1994). OIT 75 años después: otro contexto para los mismos principios. *Relasur*, (4), 37-51.
- Angulo Puentes Arnao, J. (1917). *Legislación obrera: anotada y concordada*. Lima: T. Scheuch.
- Araya, C. (2013). Salud pública y salud colectiva. *Journal Of Oral Research*, 2(2), 57-58. <https://doi.org/10.17126/joralres.2013.012>
- Arce Ortiz, E. (2013). *Derecho del trabajo individual: Desafíos y deficiencias*. Lima: Palestra.
- Ariño Ortiz, G. (1995). *Principios constitucionales de la libertad de empresa: libertad de comercio e intervencionismo administrativo*. Madrid: M. Pons : Instituto de Estudios del Libre Comercio.
- Arroyo Zapatero, L. (1981). *La protección penal de la seguridad en el trabajo*. Madrid: Servicio Social de Higiene y Seguridad del Trabajo.
- Babace, H. (2015). Legislación penal del trabajo en Uruguay. En *Primer encuentro peruano-chileno-uruguayo de derecho del trabajo* (pp. 383-401). Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Bacigalupo, E. (1983). *Delitos impropios de omisión* (2a ed). Bogotá, Colombia: Editorial Temis Librería.
- Bajo Fernández, M., & Bacigalupo, S. (2010). *Derecho penal económico*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- Barbagelata, H.-H. (2014). El Derecho universal del Trabajo. *Revista de la Facultad de Derecho* (2° época), (31), 49-62.
- Basadre Grohmann, J. (1983a). *Historia de la República del Perú, 1822-1933* (7.ª ed., Vol. 7). Lima: Editorial Universitaria.
- Basadre Grohmann, J. (1983b). *Historia de la República del Perú, 1822-1933* (7.ª ed., Vol. 8). Lima: Editorial Universitaria.
- Basadre Grohmann, J. (1983c). *Historia de la República del Perú, 1822-1933* (7.ª ed., Vol. 9). Lima: Editorial Universitaria.
- Baylos, A., Terradillos Basoco, J., & Desdentado, A. (1997). *Derecho penal del trabajo*. Madrid: Trotta.
- Beling, E. von. (2002). *Esquema de derecho penal*. (S. Soler, Trad.). Buenos Aires: Liberia El Foro.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. (2004). *Curso de derecho penal*. Barcelona: Experiencia.
- Blancas Bustamante, C. (2013). *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo* (Segunda edición aumentada). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Boza Pró, G. (2011). *Lecciones de derecho del trabajo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Calderón Valverde, L. (2014). *Derecho penal laboral*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Canció Meliá, M. (2011). Principios del Derecho Penal (II). En G. Rodríguez Mourullo (Ed.), *Introducción al derecho penal*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas.

- Caro Coria, D. C., Reyna Alfaro, L. M., & Reátegui Sánchez, J. (2016). *Derecho penal económico: parte especial*. Lima: Jurista Editores.
- Caro Jhon, J. (2009). Sobre la identidad de imputación a la acción y a la omisión. *Anuario de Derecho Penal*, 83-98.
- Caro Paccini, E. (2015). *Manual de seguridad y salud en el trabajo*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Carson, W. G. (1970). White-collar crime and the enforcement of factory legislation. *British Journal of Criminology*, 10(4), 383-398.
- Casación 33.986 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal 30 de mayo de 2012).
- Casación N° 4852-2012 (Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente 13 de junio de 2013).
- Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de noviembre de 2012). Recuperado a partir de http://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=casos_sentencias/CasoArtaviaMurilloOtrosVsCostaRica_ExcepcionesPreliminaresFondoReparacionesCostas.htm
- Castillo Montoya, N. (2015). Ámbito de la responsabilidad del empleador en caso de accidentes de trabajo. En *Libro Homenaje a Mario Pasco Cosmópolis* (pp. 245-256). Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Castronuovo, D. (Ed.). (2015). *Diritto penale della sicurezza del lavoro*. Bologna: Bononia University Press.
- Cerezo Mir, J. (2009). La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos. *ZIS*, (5), 200-211.
- Cobo del Rosal, M., & Vives Antón, T. S. (1990). *Derecho penal: parte general* (3. ed., corregida y actualizada). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Company, J. M. (2011). *La protección penal de la seguridad y salud en el trabajo. El derecho a la dignidad en el puesto de trabajo*. Saarbrücken: Editorial Académica Española.
- Conferencia Internacional del Trabajo (Ed.). (1999). *Trabajo decente*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- Corcoy Bidasolo, M. (2004). Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos. En S. Mir, M. Corcoy, & V. Gómez Martín (Eds.), *La política criminal en Europa* (pp. 25-40). Barcelona: Atelier.
- Corcoy Bidasolo, M. (2013). Protección penal de los derechos de los trabajadores. En F. R. Heydegger & A. P. Jhuliana C. (Eds.), *Derecho penal económico y de la empresa* (Primera edición, pp. 237-286). Lima, Perú: Centro de Estudios Penales : IDEMSA.
- Cruz Villalón, J. (2009). *Compendio de Derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos.
- Cruz Villalón, J., & Valdés Dal-Re, F. (2008). *El Estatuto del trabajo autónomo*. Las Rozas, Madrid: La Ley.
- Cuello Contreras, J. (2011). Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de la autoría y modalidades del delito. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (1). Recuperado a partir de <http://www.indret.com/pdf/792.pdf>
- Cui, S. (2007). *Il diritto penale del lavoro: sicurezza del lavoro, malattie professionali, previdenza ed assistenza, soggetti deboli, discriminazione, controlli e risarcimento del danno*. Matelica: Halley.
- de Trazegnies Granda, F. (2005). La responsabilidad de los directores de sociedades. *Anuario euro-peruano de derecho del comercio*, (2-3), 183-210.

- Demetrio Crespo, E. (2008a). *Responsabilidad penal por omisión del empresario*. Madrid: Portal Derecho.
- Demetrio Crespo, E. (2008b). Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados. En J. R. Serrano-Piedecabras & E. Demetrio Crespo (Eds.), *Cuestiones actuales de derecho penal económico* (pp. 61-88). Majadahonda, Madrid: Colex.
- Diario de los Debates, § Comisión Permanente. Congreso de la República (2014). Lima.
- Dopico Gómez-Aller, J. (2004). Comisión por omisión y principio de legalidad. El artículo 11 CP como cláusula interpretativa auténtica. *Revista de derecho penal y criminología*, (2), 279-315.
- Dopico Gómez-Aller, J. (2013). Posición de garante del compliance officer por infracción del «deber de control»: una aproximación tópica. En L. Arroyo Zapatero & A. Nieto Martín (Eds.), *El derecho penal económico en la era compliance* (pp. 165-190). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Drinot, P. (2016). *La seducción de la clase obrera: trabajadores, raza y la formación del estado peruano*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- Echegaray, M. (1925). *Legislación del trabajo y previsión social: leyes, decretos y resoluciones concernientes al capital y el trabajo. Disposiciones que favorecen al obrero, la mujer y el niño. Ley del empleado. Disposiciones que favorecen a los indígenas*. Lima: Torres Aguirre.
- Ermida Uriarte, O. (2008). Primera lectura de la nueva Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización justa (2008). *Derecho laboral: Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, LI(231), 577-598.
- Exp. N° 008-2005-PI/TC (Tribunal Constitucional 12 de agosto de 2005).
- Exp. N° 00034-2004-AI/TC (Tribunal Constitucional 15 de febrero de 2005).
- Exp. N° 043-05 (Corte Superior de Justicia de Lima. Tercera Sala Especializada en lo penal para procesos con reos en cárcel 22 de noviembre de 2011).
- Exp. N° 00048-2004-AI/TC (Tribunal Constitucional 1 de abril de 2005).
- Exp. N° 00050-2004-AI/TC (Tribunal Constitucional 3 de junio de 2005).
- Exp. N° 1405-2010-PA/TC (Tribunal Constitucional 6 de diciembre de 2010).
- Exp. N° 2333-2004-HC/TC (Tribunal Constitucional 2004).
- Exp. N° 3116-2009-PA/TC (Tribunal Constitucional 10 de agosto de 2009).
- Exp. N° 8132-2014 (Corte Superior de Justicia de Lima. Vigésimo Primer Juzgado Penal de Lima 8 de abril de 2014).
- Exp. N° 8380-97 (Corte Superior de Justicia de Lima. Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres 17 de mayo de 1998).
- Feijóo Sánchez, B. (2002). *Imputación objetiva en Derecho penal*. Lima: Grijley.
- Feijóo Sánchez, B. (2009). Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2). Recuperado a partir de <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/130911/180677>>
- Fernández Sessarego, C. (2009). *Los 25 años del Código civil peruano de 1984: historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas* (1ra. ed). Lima, Perú: Motivensa.
- Fiandaca, G., & Musco, E. (1995). *Diritto penale. Parte generale* (Terza edizione). Bologna: Zanichelli Editore.
- Frisch, W. (1996). Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la

responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo. En S. Mir Puig & D.-M. Luzón Peña, *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto* (pp. 99-127). Barcelona: Bosch.

Frisch, W. (2014). La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático. En W. Frisch & R. Robles Planas, *Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en derecho penal* (pp. 1-60). Buenos Aires: B de F.

Gallo, P. (2016). Delitos imprudentes de resultado (homicidio y lesión) en el ámbito laboral. Deber de seguridad del empresario, imprudencia del trabajador y autopuesta en peligro. *Perspectiva Penal Actual*, (4).

Gálvez Villegas, T. A., & Delgado Tovar, W. J. (2011). *Derecho penal: parte especial*. (1a ed, Vol. II). Lima: Jurista Editores.

García Caveró, P. (2012). *Derecho penal: parte general* (2. ed). Lima, Perú: Jurista Editores.

García Caveró, P. (2013). La protección penal de la seguridad e higiene. *UAC Revista de la Facultad de Derecho*, 1(1), 201-222.

García Caveró, P. (2014). *Derecho penal económico: parte general*. Lima: Jurista Editores.

Gimbernat Ordeig, E. (1990). Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento. En *Estudios de derecho penal* (3. ed, pp. 182-208). Madrid: Ed. Tecnos.

Gimbernat Ordeig, E. (2001). Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho Penal de la empresa. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LIV, 5-26.

Gimbernat Ordeig, E. (2014). A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho Penal de la culpabilidad. En E. Gimbernat Ordeig, L. García Martín, E. Peñaranda Ramos, M. Á. Rueda Martín, C. Suárez González, J. Urquiza Olaechea, & B. Schünemann (Eds.), *Dogmática del derecho penal: material y procesal y política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario* (1. ed, Vol. 1, pp. 275-324). Lima: Gaceta Jurídica.

González Muñiz, M. A. (1975). *Aproximación a la historia social del trabajo en Europa* (1. ed). Madrid: Ediciones Júcar.

Gössel, K. H. (2012). Acerca del normativismo y del naturalismo en la teoría de la acción. En *lus et veritas* (Ed.), *Temas de derecho penal* (pp. 9-24). Lima: Ediciones Legales.

Gracia Martín, L. (2004). La comisión por omisión en el derecho penal español. En *Estudios de derecho penal* (pp. 115-169). Lima: IDEMSA.

Guimaray Mori, E. (2011). *Creación de comportamientos típicos: criterio único de intervención delictiva* (Tesis para optar el título de abogado). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

Hamilton, R. W. (1987). *The law of corporations in a nutshell* (2nd ed). St. Paul, Minn: West Pub. Co.

Henshaw, J. L., Gaffney, S. H., Madl, A. K., & Paustenbach, D. J. (2007). The Employer's Responsibility to Maintain a Safe and Healthful Work Environment: An Historical Review of Societal Expectations and Industrial Practices. *Employee Responsibilities and Rights Journal*, 19(3), 173-192. <https://doi.org/10.1007/s10672-007-9044-0>

Herrera Gonzales - Pratto, I. (2006). Responsabilidad civil patronal por accidentes de trabajo. *Laborem*, (6), 441-468.

- Herzberg, R. D. (1999). Reflexiones acerca del concepto jurídico penal de acción y de la negación del delito <<pretípica>>. En D.-M. Luzón Peña (Ed.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito* (pp. 21-39). Madrid [u.a.]: McGraw Hill.
- Hobsbawn, E. J. (1997). *La era de la revolución: 1789-1848*. (F. Ximénez de Sandoval, Trad.). Barcelona: Crítica, Grijalbo Mondadori.
- Hopkins, E. (1982). Working Hours and Conditions during the Industrial Revolution: A Re-Appraisal. *The Economic History Review*, 35(1), 52-66. <https://doi.org/10.1111/j.1468-0289.1982.tb01186.x>
- Hortal Ibarra, J. C. (2004). Legitimación y eficacia de la intervención penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. En S. Mir, M. Corcoy, & V. Gómez Martín (Eds.), *La política criminal en Europa* (pp. 237-252). Barcelona: Atelier.
- Huerta Tocildo, S. (1997). *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hurtado Pozo, J., & Prado Saldarriaga, V. R. (2011). *Manual de derecho penal: parte general* (Vol. 2). Lima: IDEMSA.
- ILO. (2015). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. CIT 104/2015, Informe III (1A)*. Geneva: ILO Publications. Recuperado a partir de <http://public.ebib.com/choice/publicfullrecord.aspx?p=2197992>
- Innes, J. (1987). Prisons for the poor: English bridewells, 1555-1800. En F. G. Snyder & D. Hay (Eds.), *Labour, law, and crime: an historical perspective*. London ; New York: Tavistock Publications.
- Innes, J. (2002). Origins of the factory acts: The Health and Morals of Apprentices Act, 1802. En N. Landau (Ed.), *Law, Crime and English Society, 1660–1830* (pp. 230-255). Cambridge: Cambridge University Press. Recuperado a partir de <http://ebooks.cambridge.org/ref/id/CBO9780511495885A021>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2016). *Perú: Evolución de los Indicadores de Empleo e Ingreso 2004-2015*. Lima.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal, parte general: fundamentos y teoría de la imputación* (2. ed., corr). Madrid: Pons, Ed. Jur.
- Jakobs, G. (1998a). *El concepto jurídico-penal de acción*. (M. Cancio Meliá, Trad.) (1. reimpr). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G. (1998b). *La imputación objetiva en Derecho penal*. (M. Cancio Meliá, Trad.) (1. ed., 3. reimpr). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.
- Jakobs, G. (2000a). Sobre la génesis de la obligación jurídica. En M. Cancio Meliá & G. Jakobs, *Conferencias sobre temas penales* (pp. 17-48). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Jakobs, G. (2000b). Teoría y praxis de la injerencia. En M. Cancio Meliá & G. Jakobs, *Conferencias sobre temas penales* (pp. 49-86). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Jakobs, G., Cancio Meliá, M., & Feijóo Sánchez, B. (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Madrid: Civitas.
- Jakobs, G., & Sánchez-Vera, J. (1996). *La imputación penal de la acción y de la omisión* (1. ed). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jescheck, H.-H., & Weigend, T. (2014a). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. (M. Olmedo Cardenete, Trad.) (Vol. 1). Lima: Instituto Pacífico.
- Jescheck, H.-H., & Weigend, T. (2014b). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. (M. Olmedo Cardenete, Trad.) (Vol. 2). Lima: Instituto Pacífico.

- Kaufmann, A. (2006). *Dogmática de los delitos de omisión*. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, Eds. Jurídicas y Sociales.
- Kindhäuser, U. (2011). Infracción de deber y autoría - una crítica a la teoría del dominio del hecho. *Revista de Estudios de la Justicia*, (14), 41-52.
- Lascurain Sánchez, J. A. (2005a). La prevención penal de los riesgos laborales: cinco preguntas. En J.-C. Carbonell Mateu (Ed.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal* (pp. 565-592). Madrid: Dykinson.
- Lascurain Sánchez, J. A. (2005b). *Penar por omitir: fundamento de los deberes de garantía*. Bogotá: Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Lesch, H. H. (1997). *Intervención delictiva e imputación objetiva*. (J. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Trad.) (1. ed., 1. reimp). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- López Ahumada, J. E. (2010). *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales: protección jurídico-laboral*. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons.
- Maiwald, M. (1998). *De la capacidad de rendimiento del concepto de «riesgo permitido», para la sistemática del Derecho Penal*. (M. A. Sancinetti, Trad.) (1. reimp). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Mantovani, F. (2015). *Los principios del derecho penal*. (M. E. Botero Cardona, Trad.). Lima: Ediciones Legales.
- Mariátegui, J. C. (2007). *7 ensayos de interpretación de la realidad peruana* (74.^a ed.). Lima: Librería Editorial Minerva.
- Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo, F., & García Murcia, J. (2013). *Derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos.
- Martínez-Buján Pérez, C. (2012). *Derecho penal económico*. Madrid: Iustel.
- Martínez-Buján Pérez, C. (2013). *Derecho penal económico y de la empresa: parte especial* (4a. Edición). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martínez-Buján Pérez, C. (2014). *Derecho penal económico y de la empresa: Parte general* (4. ed). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Meini Méndez, I. (1999). Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. *Derecho PUCP*, (52), 883-914.
- Meini Méndez, I. (2003a). La comisión por omisión: una interpretación alternativa del art. 13 CP. *Anuario de Derecho Penal*, 416-452.
- Meini Méndez, I. (2003b). *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Meini Méndez, I. (2009). Comisión por omisión. En J. Hurtado Pozo & K. Tiedemann (Eds.), *Problemas fundamentales de la parte general del Código penal* (1. ed, pp. 431-453). Fribourg]: [Lima, Perú: Universidad de Friburgo; Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Meini Méndez, I. (2012). *Teoría jurídica del delito en el sistema penal acusatorio panameño: adaptado al Código Penal de la República de Panamá (Ley 14 de 2007), con las modificaciones y adiciones introducidas por la Ley 26 de 2008, la Ley 5 de 2009 y la Ley 14 de 2010, y al tenor de las disposiciones contenidas en el Código Procesal Penal (Ley 63 de 2008)*. Panamá: Alianza Ciudadana Pro Justicia.
- Meini Méndez, I. (2014a). La pena: función y presupuestos. *Derecho PUCP*, (71), 141-167.
- Meini Méndez, I. (2014b). *Lecciones de derecho penal parte general: teoría jurídica del delito*. Lima: PUCP. Fondo Editorial.
- Mill, J. S. (2001). *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza.

- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2015). *Anuario Estadístico Sectorial 2014*. Lima.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2016a). *Anuario Estadístico Sectorial 2015*. Lima. Recuperado a partir de http://www2.trabajo.gob.pe/archivos/estadisticas/anuario/Anuario_2015_280616.pdf
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2016b). *Boletín Estadístico Mensual de Notificaciones de Accidentes de Trabajo, Incidentes Peligrosos y Enfermedades Ocupacionales*. Lima.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2016c). *Boletín Estadístico Mensual de Notificaciones de Accidentes de Trabajo, Incidentes Peligrosos y Enfermedades Ocupacionales*. Lima.
- Mir Puig, S. (2011). *Derecho penal: parte general* (9. ed). Barcelona: Reppertor [u.a.].
- Molina Fernández, F. (2002). *Responsabilidad jurídica y libertad: (una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad)* (1. ed). Bogota: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.
- Montaner Fernández, R. (2008). *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: a propósito de la gestión medioambiental*. Barcelona: Atelier.
- Montoya Melgar, A. (2004). El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, (48), 135-145.
- Montoya Vivanco, Y. (2013). Los delitos contra las condiciones de seguridad e higiene en el trabajo: a propósito del art. 168-A del código penal peruano. *Perspectiva Penal Actual*, (2), 91-104.
- Montoya Vivanco, Y. (2014). Fundamento de la posición de garante del funcionario superior en los delitos contra la Administración Pública cometidos por sus subordinados. En E. Gimbernat Ordeig, L. García Martín, E. Peñaranda Ramos, M. Á. Rueda Martín, C. Suárez González, J. Urquizo Olaechea, & B. Schünemann (Eds.), *Dogmática del derecho penal: material y procesal y política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70° aniversario* (1. ed, Vol. 1, pp. 605-641). Lima: Gaceta Jurídica.
- Muñoz Conde, F. (1985). *Derecho penal y control social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez.
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2015). *Derecho penal. Parte general* (9a. ed., y puesta al día). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Naidu, S., & Yutchman, N. (2010, marzo). How Green Was My Valley? Labor Market Coercion in Late 19th Century Industrial Britain. Recuperado a partir de http://www.econ.ucla.edu/workshops/papers/History/Naidu.pdf?origin=publication_detail
- Navas-Parejo Alonso, M. (2012). *Obligaciones y responsabilidades de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral*. Valladolid: Thomson Reuters.
- Neves, J. (2000). *Introducción al derecho laboral*. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Nicoliello, A. (2015). La responsabilidad penal por infracciones a la normativa sobre seguridad laboral en Uruguay. En *Primer encuentro peruano-chileno-uruguayo de derecho del trabajo* (pp. 27-51). Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Observación general N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, No. E/C.12/2000/4 (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 11 de agosto de 2000). Recuperado a partir de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf?view=1>

Oficina Internacional del Trabajo. (2009). *Normas de la OIT sobre seguridad y salud en el trabajo promover la seguridad y la salud en el medio ambiente de trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

Olaizola Nogales, I. (2015). Delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 316 y 317 del CP español) y su relación con los resultados lesivos. En J. Urquiza Olaechea, M. A. Abanto Vásquez, & N. Salazar Sánchez (Eds.), *Dogmática penal de derecho penal económico y política criminal: Homenaje a Klaus Tiedmann* (Vol. I, pp. 557-606). Lima: Gaceta Jurídica.

Organización Mundial de la Salud. (2014, abril). Protección de la salud de los trabajadores. Nota descriptiva N° 389. Recuperado a partir de <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs389/es/>

Ospina Salas, E. (2011). El Derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo. Principios. *Derecho & Sociedad*, (37), 181-183.

Palomeque López, M. C., & Álvarez de la Rosa, M. (2014). *Derecho del trabajo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

Peacock, A. E. (1984). The Successful Prosecution of the Factory Acts, 1833-55. *The Economic History Review*, 37(2), 197. <https://doi.org/10.2307/2596881>

Peña Cabrera, R. (1983). *Tratado de derecho penal* (Vol. 2). Lima: Sesator.

Perdomo Torres, J. F. (2001). *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión: la contribución de la filosofía del derecho de Hegel a la solución* (1. ed). Bogota: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.

Pérez Alonso, E. (2015). Las revoluciones científicas del derecho penal: evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal. En R. Pariona Arana & E. Pérez Alonso, *Teoría del delito: problemas fundamentales* (pp. 23-50). Lima: Instituto Pacífico.

Pérez Cepeda, A. I. (2002). Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación. *Revista Penal*, (9), 106-121.

Pérez de los Cobos, F. (2004). La prevención de riesgos laborales en las estructuras empresariales complejas. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, (48), 67-81.

Piña Rochefort, J., & Cox Vial, F. (2013). Consideraciones sobre la vigencia del principio de confianza en la imputación en el seno de la empresa. En F. Miró Linares & J.-M. Silva Sánchez (Eds.), *La teoría del delito en la práctica penal económica* (1a ed, pp. 183-213). Las Rozas (Madrid): La Ley.

Poder Judicial. (2013). *I Pleno Jurisdiccional supremo en material laboral*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial.

Polaino Navarrete, M. (2009). *Acción, omisión y sujetos en la teoría del delito: (de la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas)* (1. ed). Lima: Grijley.

Pomares Cintas, E. (2013). *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Prieto Sanchís, L. (2007). *La filosofía penal de la Ilustración*. Lima: Palestra.

Puppe, I. (2006). División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (4). Recuperado a partir de http://www.indret.com/pdf/382_es.pdf

- Radbruch, G. (1992). La «naturaleza de la cosa» como forma del pensamiento jurídico. En *Relativismo y derecho* (pp. 53-70). Santa Fé de Bogotá: Temis.
- Radbruch, G. (2011). *El concepto de acción y su importancia para el sistema de derecho penal*. (J. L. Guzman Dalbora, Trad.). Montevideo: B de F.
- Real Academia Española. (2014). medio. *Diccionario de la lengua española* (Vigesimotercera edición). Recuperado a partir de <http://dle.rae.es/?id=OIQ6yC8>
- Reátegui Sánchez, J. (2002). *El delito de omisión impropia*. Lima: Jurista Editores.
- Ribeiro de Albuquerque, J. (2007, mayo 8). A infracção às regras de segurança no trabalho. Recuperado a partir de http://www.pgdlisboa.pt/textos/files/acidente_de_trabalho.pdf
- R.N. N° 1008-2010 (Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Permanente 5 de agosto de 2010).
- R.N. N° 2507-2011 (Corte Suprema de Justicia. Primera Sala Penal Transitoria 23 de noviembre de 2011).
- R.N. N° 2528-99 (Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Permanente 25 de agosto de 1999).
- Robles Planas, R. (2007). *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona: Atelier.
- Robles Planas, R. (2014). Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo. En W. Frisch & R. Robles Planas, *Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en derecho penal* (pp. 61-114). Buenos Aires: B de F.
- Rodríguez Mourullo, G., & Jorge Barreiro, A. (Eds.). (1997). *Comentarios al Código penal* (1. ed). Madrid, España: Editorial Civitas.
- Rodríguez Paniagua, J. M. (2013). *Historia del pensamiento jurídico: 1. De Heráclito a la Revolución francesa*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- Rojas Vargas, F. (2013). *Derecho penal: Estudios fundamentales de la Parte General y Especial*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Roxin, C. (1976). Sentido y límites de la pena estatal. En *Problemas básicos del derecho penal* (pp. 11-36). Madrid: Reus.
- Roxin, C. (1999). *Derecho penal: parte general*. (D.-M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, & J. de Vicente Remesal, Trads.). Madrid: Civitas.
- Roxin, C. (2000). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Roxin, C. (2007). Ingerencia e imputación objetiva. *Revista Penal*, (19), 152-161.
- Roxin, C. (2012). El principio de la protección del bien jurídico y su significado para la teoría del injusto. En K. Ambos & Institut für Kriminalwissenschaften (Eds.), *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania: primera escuela de verano en ciencias criminales y dogmática penal alemana* (pp. 295-311). Bogotá: Ed. Temis.
- Roxin, C. (2014a). Causalidad y posición de garantía en las omisiones impropias. En *La imputación objetiva en el Derecho Penal* (2.ª ed., pp. 253-272). Lima: Grijley.
- Roxin, C. (2014b). La imputación objetiva en los delitos imprudentes. En *La imputación objetiva en el Derecho Penal* (2.ª ed., pp. 175-213). Lima: Grijley.
- Roy Freyre, L. (1986). *Derecho Penal*. Lima.
- Rueda Martín, M. Á. (2015). Sobre la necesidad de exigir una posición de garante para atribuir una responsabilidad penal. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (1).
- Rule, J. (1990). *Clase obrera e industrialización: historia social de la revolución industrial británica, 1750-1850*. Barcelona: Crítica.

- Rusche, G., Kirchheimer, O., & García Méndez, E. (2004). *Pena y estructura social* (Reimpr). Bogotá: Temis.
- Sala Franco, T. (2011). *Derecho de la prevención de riesgos laborales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Salinas Siccha, R. (2015). *Derecho penal: parte especial* (6.ª ed., Vol. I). Lima: Editorial Iustitia.
- Salvador Concepción, R. (2014). La responsabilidad «en cascada» ante la prevención de riesgos laborales. *Revista de derecho penal y criminología*, (12), 233-260.
- Sánchez-Rodas Navarro, C. (2002). El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho español y comunitario. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, (37), 37-60.
- Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. (1997). *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte* (1. ed., 1. reimpr). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.
- Sanguineti Raymond, W. (2009). La «tercerización» de actividades productivas ¿una estrategia para la puesta entre paréntesis de los principios tutelares del Derecho del trabajo? En Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano: libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*. (pp. 113-136). Lima: Grijley.
- Schünemann, B. (2004). El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría. *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, 25(75), 13-26.
- Schünemann, B. (2005). Las prescripciones sobre la autoría en la Ley Boliviana sobre la base de las modificaciones al Código Penal del 10 de marzo de 1997 y sus consecuencias para la responsabilidad de los órganos de las empresas - ¿un modelo para Latinoamérica? En S. Bacigalupo & L. M. Reyna Alfaro (Eds.), *Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*. Lima: Ara Editores.
- Schünemann, B. (2009). *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*. Madrid: Marcial Pons.
- Seelmann, K. (2013a). ¿Deberes de garante fundamentados en el Derecho Privado? En K. Seelmann, J. P. Montiel (Ed.), *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal* (pp. 117-131). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Seelmann, K. (2013b). Intentos de una legitimación de la pena a través del argumento del comportamiento autocontradictorio del autor del delito. En K. Seelmann, J. P. Montiel (Ed.), *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal* (pp. 103-114). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Seher, G. (2012). ¿Puede ser «subsidiario» el derecho penal? Aporías de un principio jurídico «indiscutido». En A. von Von Hirsch, K. Seelmann, W. Wohlers, & J.-M. Silva Sánchez (Eds.), *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo* (pp. 129-144). Barcelona: Atelier.
- Sen, A. (2000). Trabajo y derechos. *Revista Internacional del Trabajo*, 119(2), 129-139.
- Sentencia 1355/2000 (Tribunal Supremo. Sala de lo penal 26 de julio de 2000).
- Sentenza N° 530/2015 (Corte Suprema di Cassazione. Quarta sezione penale 5 de marzo de 2015).
- Sentenza N° 12464/2007 (Corte Suprema di Cassazione. Prima sezione penale 26 de marzo de 2007).

Sentenza N° 20370/2006 (Corte Suprema di Cassazione. Prima sezione penale 20 de abril de 2006).

Sentenza N° 35534/2015 (Corte Suprema di Cassazione. Cuarta sección penale 14 de mayo de 2015).

Silva Sánchez, J.-M. (1997). Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas. *Cuadernos de derecho judicial*, (2), 9-58.

Silva Sánchez, J.-M. (2004a). «Comisión» y «omisión»: Criterios de distinción. En *Estudios sobre los delitos de omisión* (1a ed, pp. 15-61). Lima: Grijley.

Silva Sánchez, J.-M. (2004b). Desarrollo de una propuesta de tripartición (gradualista) de los delitos de omisión. En *Estudios sobre los delitos de omisión* (1a ed, pp. 285-301). Lima: Grijley.

Silva Sánchez, J.-M. (2004c). El artículo 11 del Código Penal español. En *Estudios sobre los delitos de omisión* (1a ed, pp. 209-263). Lima: Grijley.

Silva Sánchez, J.-M. (2004d). La responsabilidad penal del médico por omisión. En *Estudios sobre los delitos de omisión* (1a ed, pp. 63-91). Lima: Grijley.

Snyder, F. G., & Hay, D. (Eds.). (1987). Comparisons in the social history law: labour and crime. En *Labour, law, and crime: an historical perspective*. London ; New York: Tavistock Publications.

Spaak, T. (2009). Meta-Ethics and Legal Theory: The Case of Gustav Radbruch. *Law and Philosophy*, 28(3), 261-290. <https://doi.org/10.1007/s10982-008-9036-8>

Terradillos Basoco, J. (1998). Derecho penal del trabajo. *Revista Penal*, (1), 77-90.

Terradillos Basoco, J. (2003). La Constitución penal: los derechos de la libertad. En J. R. Capella & P. Andrés Ibáñez (Eds.), *Las sombras del sistema constitucional español*. Madrid: Trotta.

Terradillos Basoco, J. (2008). Sistema penal y empresa. En J. Terradillos Basoco & M. Acale Sánchez (Eds.), *Nuevas tendencias en derecho penal económico: Seminario Internacional de Derecho Penal, Jerez 24, 25 y 26 de septiembre de 2007* (1. ed, pp. 15-37). Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz.

Terradillos Basoco, J. (2012). Delitos contra los derechos de los trabajadores. En J. Terradillos Basoco (Ed.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Derecho Penal. Parte especial (Derecho Penal Económico)* (Vol. 4, pp. 241-266). Madrid: Iustel.

Thomas, A. (1996). La Organización Internacional del Trabajo. Origen, evolución y porvenir. *Revista Internacional Del Trabajo*, 115(3-4), 283-299.

Tiedemann, K. (2009). *Derecho penal económico: introducción y parte general*. (M. A. Abanto Vásquez & H. Hernández Basualto, Trads.) (1. ed). Lima: Grijley.

Tobin, J. (2012). *The right to health in international law*. Oxford ; New York: Oxford University Press.

Tostes, M., & Villavicencio, A. (2012). Flexibilización del Derecho del Trabajo y sus implicancias sobre las relaciones laborales en el Perú. *Derecho PUCP*, (68), 355-382.

Ugaz Olivares, M., & Soltau Salazar, S. (2011). Implicancias de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. *Derecho & Sociedad*, (37), 166-180.

Ulloa y Sotomayor, A. (1916). *La organización social y legal del trabajo en el Perú*. Lima: La Opinión Nacional.

Urquiza Olaechea, J., & Salazar Sánchez, N. (2015). Responsabilidad penal del directivo de la empresa en el Código Penal peruano. Competencia por organización y naturaleza normativa del injusto de resultado lesivo en los supuestos de comisión por omisión. En J. Urquiza Olaechea, M. A. Abanto Vásquez, & N. Salazar Sánchez (Eds.),

- Dogmática penal de derecho penal económico y política criminal: Homenaje a Klaus Tiedmann* (Vol. I, pp. 265-317). Lima: Gaceta Jurídica.
- Vega Ruiz, M. L., & Martínez, D. (2002). *Los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Venturi, D. (2009). La tutela della salute e sicurezza nel lavoro autonomo e parasubordinato. *Dossier Adapt*, (20), 2-7.
- Villavicencio Terreros, F. (2006). *Derecho penal: parte general*. Lima: Grijley.
- Vives Antón, T. S. (2011). *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales* (2a. ed). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Von Potobsky, G., & Bartolomei de la Cruz, H. G. (1990). *La Organización Internacional del Trabajo: el sistema normativo internacional, los instrumentos sobre derechos humanos fundamentales, las normas internacionales del trabajo, elaboración, puesta en vigor y denuncia, los procedimientos de control, los convenios sobre libertad de trabajo, sindical e igualdad de oportunidades y de trato, la situación en los países iberoamericanos*. Buenos Aires: Astrea.
- Welzel, H. (1987). *Derecho penal alemán: parte general*. (J. Bustos Ramírez & S. Yáñez Pérez, Trads.) (12.^a ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

