

GALLO, Patricia, “La prevención penal de riesgos laborales en Chile: la necesidad de un delito de peligro”.

Polít. crim. Vol. 14, N° 27 (Julio 2019), Art. 9, pp. 277-295.

[<http://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/05/Vol14N27A9.pdf>]

La prevención penal de riesgos laborales en Chile: la necesidad de un delito de peligro Criminal prevention of labor risks in Chile: the need for a crime of danger*

Patricia Gallo

Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid
Profesora de Derecho penal de la Universidad de Buenos Aires

patricia_gallo@yahoo.com

Resumen

Gran parte de las lesiones y muertes sufridas por los trabajadores en el desarrollo de su tarea laboral, son consecuencia de la infracción de las normas de seguridad por parte del empresario/empleador. Este dato de la realidad, sumado al hecho del alto nivel de siniestralidad laboral registrado, fundamentan el adelanto de la intervención del Derecho penal, mediante la creación de un delito de peligro (de riesgos laborales) para sancionar al empresario que incumple la normativa de prevención, poniendo en peligro grave la vida y salud de sus dependientes, sin necesidad de que se concreten los resultados lesivos imprudentes (lesiones y muertes). Si bien el Código Penal chileno no cuenta todavía con el delito de riesgos laborales, hubo varios intentos legislativos en ese sentido.

Palabras clave: Riesgos laborales - riesgo permitido - ley penal en blanco - infracción administrativa - peligro abstracto-concreto.

Abstract

A large proportion of the injuries and deaths suffered by workers during the course of their labor are a consequence of the infringement of safety regulations by the business owner/employer. This data, in addition to the high level of work-related accidents registered, is the basis for anticipating the intervention of the Criminal law through the creation of an endangerment crime regarding work-related risks to punish the business owner who breaks prevention regulations, and thus puts in serious danger the life and health of his employees. This offense does not require the causation of negligent harmful results (i.e., an injury or death). Although the Chilean Penal Code still does not include the crime of labor risks, there were several legislative attempts in that sense.

Keywords: Work-related risks - allowed risk - administrative infraction - abstract-concrete endangerment - blank criminal law.

Introducción

La siniestralidad laboral es un problema mundial que afecta no sólo a los países industrializados, sino también a los que se encuentran en vías de desarrollo y a los “subdesarrollados”. En efecto, la existencia de relaciones laborales y consiguientemente el desempeño de actividades productivas generadoras de riesgos, es una característica ineludible del

progreso económico de las sociedades. Fenómenos como la globalización, tecnificación, informatización, *outsourcing*, la reestructuración organizacional y el *downsizing*, han posibilitado un cambio en las reglas del mercado y, por tanto, la incorporación de nuevas formas de producción y riesgos que suelen afectar los bienes jurídicos esenciales de los trabajadores.

Gran parte de las lesiones y muertes sufridas por los trabajadores en el desarrollo de su tarea laboral, son consecuencia de la infracción de las normas de seguridad laboral por parte del empresario/empleador. En general, estos comportamientos ilícitos son abarcados por el Derecho penal mediante los delitos imprudentes de resultado (lesiones y homicidio).

Ahora bien, la infracción de un deber por parte de una persona aisladamente considerada, más la relación causal con un resultado lesivo, no parece una solución adecuada teniendo en cuenta que estos incumplimientos se producen en el marco de la empresa, donde se permite la existencia de cierto nivel de riesgo jurídicamente tolerado por su utilidad social.

En ese contexto, surge claramente la necesidad de un tipo penal específico que abarque las situaciones de peligro grave, generadas por la superación con dolo de ese riesgo permitido, por cuanto imponer la pena ya en el momento del peligro, implica reforzar la exigencia de cumplimiento del deber de seguridad en el trabajo. Este objetivo no puede lograrse con los “tipos penales clásicos” de resultado, no sólo porque mediante su aplicación, la intervención penal llega “tarde”, luego que la lesión o muerte del trabajador ya ha ocurrido, sino porque estos delitos están diseñados para un ámbito -tradicional- de interacción basado en una dinámica individual, por lo que no son aptos para abarcar adecuadamente la dimensión plural del ataque propio de los riesgos -no permitidos- laborales, en el ámbito empresarial.

Esa “dimensión plural” debe verse reflejada en un tipo penal que abarque la sanción del peligro común (o peligro abierto), además del peligro individual. Las situaciones de peligro común se producen en general como consecuencia de la infracción de las medidas de seguridad laboral *colectivas* (por ejemplo, colocar una baranda o bandeja de protección para trabajar en altura o una campana para aspirar gases tóxicos en un laboratorio) que pone en peligro a una pluralidad indeterminada de trabajadores.

La necesidad de la intervención del Derecho penal (mediante un delito de peligro) en el ámbito de los accidentes de trabajo parte de la constatación de una realidad fáctica. Esta realidad se refiere en primer lugar a la desigualdad de las partes que intervienen en la relación laboral¹ y en segundo término, al elevado número de accidentes que ocurren en su seno, como consecuencia del incumplimiento de las normas que regulan las condiciones de seguridad en las que debe desarrollarse la prestación laboral.

¹ “(...) e hiposuficiencia económica en que se encuentra la parte más débil de la relación subordinada”, LESCANO CAMERIERE, Julián Ramón; TULA, Diego Javier, “Derecho penal del trabajo: lineamientos básicos para su comprensión”, *Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del departamento judicial de San Isidro*, n° 19 (2006), pp. 161-176, pp. 167 y ss.

Dicho esto, la respuesta del legislador a la realidad aquí descrita debe partir de dos decisiones valorativas. En primer lugar, tomar en consideración la desigualdad de las partes en la relación laboral al momento de establecer las obligaciones de ambas y de ese modo, implicar a la más fuerte en la protección de la más débil y, en segundo lugar, reconocer que bienes jurídicos esenciales, como la vida y la salud, deben protegerse penalmente de modo intensificado y específico en el marco de las actividades laborales.²

En un ámbito como el laboral, donde el riesgo es estructural y donde el deber de cuidado está ya previsto en la norma de prevención administrativo/laboral, constituye un paso importante para prevenir el accidente laboral convertir en delito doloso el incumplimiento de esas normas de seguridad, cuando generen un peligro grave para vida y/o salud de los trabajadores.

De un planteamiento similar a este parte el ordenamiento español. En efecto, tanto de la normativa extrapenal de prevención,³ como del Código Penal (arts. 316 y 317), se desprende que la siniestralidad laboral no es tanto un resultado “accidental”, en el sentido de casual o contingente, como una consecuencia de factores causales, desarrollando coherentemente esta idea programática. Al margen de que en la práctica del trabajo asalariado y más en el contexto actual de la sociedad de riesgo,⁴ es ineludible la aparición de ciertos resultados dañinos, otros son previsibles y por ende, evitables. Esas normas básicas comparten el principio, receptado en la Constitución española y en muchos instrumentos internacionales,⁵ que la vida y la salud de los trabajadores han de ser objeto de protección especial, porque especiales son los riesgos que genera la prestación laboral.⁶

La exigencia de responsabilidades penales se integra así en la estrategia preventiva diseñada por el sistema administrativo/laboral y el círculo de sanciones allí previsto, queda cerrado por las penas establecidas en los arts. 316 y 317 del CP español.⁷ En particular, el tenor literal del art. 316 es el siguiente:

² CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; CARDENAL MONTRAVETA, Sergi; HORTAL IBARRA, Juan Carlos, “Protección penal de los accidentes laborales [A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 2ª) 2 de septiembre de 2003]”, *Revista Poder Judicial*, N° 71, 2003, pp. 39-68, pp. 41 y ss.

³ Esencialmente la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) y la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS).

⁴ En términos de Ulrich Beck, la “sociedad de riesgo” describe una fase de desarrollo de la sociedad moderna en la que los riesgos sociales, políticos, económicos e individuales creados por el impulso de innovación, eluden cada vez más el control. Podría pensarse que el riesgo induce al control, sin embargo “...llama la atención la controlabilidad limitada de los peligros que hemos creado”, BECK, Ulrich, *La sociedad de riesgo global*, Trad. ALBORES REY, Jesús, Madrid: Siglo Veintiuno, 2002, pp. 5-12.

⁵ Especialmente los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

⁶ TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “Prólogo”, en: GALLARDO GARCÍA, Rosa María, *Protección jurídica de la vida y salud de los trabajadores*, Granada: Comares, 2016, pp. XI-XIII, donde agrega que: “La protección eficaz pasa por la identificación de las fuentes de riesgo, por su neutralización o control, por la implementación de protocolos que minimicen los daños ya producidos; por la disponibilidad de medios de prevención; por la identificación en sus distintos niveles de los sujetos deudores de seguridad; por el compromiso con la prevención de empresarios, trabajadores y Administraciones públicas, etc.”

⁷ TERRADILLOS BASOCO, “Prólogo”, cit. nota n°6.

GALLO, Patricia, “La prevención penal de riesgos laborales en Chile: la necesidad de un delito de peligro”.

“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”.⁸

1. La prevención penal de riesgos laborales en Chile

A diferencia de la situación del Derecho español y en el ámbito regional, de los ordenamientos legales de Perú, Paraguay y Uruguay, que cuentan con un delito de peligro (de “riesgos laborales”),⁹ en Chile, el control de los riesgos en el trabajo ha recibido otro tratamiento: protección y sanción administrativa frente a la infracción de la norma de seguridad laboral, reservando la intervención del Derecho penal a un momento posterior a “la puesta en peligro” de los bienes jurídicos vida y salud, esto es, cuando se produzcan los resultados lesivos derivados de los siniestros laborales y enfermedades profesionales: muertes y lesiones de los trabajadores en el ejercicio de sus labores.

A pesar de que la legislación chilena no incluye el delito de riesgos laborales, el debate respecto de la necesidad de un Derecho penal del trabajo tutelar de los intereses fundamentales de los trabajadores, se ha iniciado hace unos años y algunos autores chilenos han investigado el tema, como Juan Bustos Ramírez y Héctor Hernández Basualto.¹⁰

La protección administrativa y pecuniaria, (sanciones y multas para las infracciones laborales, indemnización de perjuicios en sede laboral) y la persecución penal de las lesiones y muertes ocasionadas en el trabajo (homicidios y lesiones imprudentes), resulta insuficiente, según un sector de la doctrina local, para la protección efectiva de los derechos de los trabajadores, teniendo en cuenta que para las empresas muchas veces es más económico y rentable pagar las multas que invertir en prevención y seguridad laboral.¹¹

En este sentido, se destaca que:

“en un ambiente reacio a imputar resultados lesivos en sede penal, hay una tendencia judicial chilena a considerar la siniestralidad laboral sólo desde una perspectiva civil, salvo casos penales por lesiones y muertes provocadas por deficientes medidas de seguridad en casos muy groseros, caracterizados por cierta cercanía espacio-temporal entre conductas imprudentes y resultado lesivo, lo que conduce a una concentración de la responsabilidad en los mandos inferiores y medios de las empresas.”¹²

⁸ Por su parte, la versión imprudente del delito (art. 317) establece que: “Cuando el delito al que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado.”

⁹ Art. 168-A del CP peruano (“Atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo”), art. 205 del CP paraguay (“Exposición de personas a lugares de trabajo peligroso”) y art. 1 de la “Ley de responsabilidad penal empresaria por incumplimiento de las normas de higiene y seguridad” (n° 19.196), en Uruguay.

¹⁰ PARDO MONTENEGRO, Florencio, *La responsabilidad penal empresarial y los delitos laborales*, Tesis para optar al grado de Magister en Derecho Penal de Los negocios y de La empresa, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2012, p. 81.

¹¹ PARDO MONTENEGRO, *La responsabilidad penal empresarial*, cit. nota n° 10, p. 94.

¹² HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, “Delitos contra los trabajadores en el Derecho Penal Chileno”, en: *Derecho Penal Laboral. Delitos contra los trabajadores*, Buenos Aires: B de F, 2011, pp. 64-65.

Desde esta óptica, varios esfuerzos se han hecho en Chile para legislar a través del Derecho penal la responsabilidad del empleador en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, pero lo cierto es que los proyectos presentados no han visto más que el primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados y, luego de no ser discutidos, han sido archivados. Es el caso del proyecto que “tipifica conductas atentatorias contra los derechos de los trabajadores, estableciendo un nuevo título en el código penal”, ingresado en 2003 y archivado en 2009; y el proyecto que “tipifica delitos contra la seguridad del trabajo”, ingresado en 2008 y archivado en 2010.¹³ Ambos proyectos fueron presentados por Bustos Ramírez, en su calidad de diputado.¹⁴

Luego del accidente ocurrido en la mina San José, durante el año 2010,¹⁵ un grupo de parlamentarios solicitó el desarchivo de ambos proyectos de ley para darle vida a un nuevo proyecto que reforzara la idea de la tipificación de la acción u omisión del empleador que, por no cumplir con las leyes de seguridad e higiene, ponga en riesgo la vida de los trabajadores, añadiendo a las mociones anteriores, algunas reformas al Código Procesal Penal. Este proyecto fue ingresado al primer trámite constitucional en noviembre de 2010, un mes después del rescate de los 33 mineros y se denominó “proyecto de ley que establece la responsabilidad penal del empleador por accidentes del trabajo”, pero tampoco se ha convertido en Derecho positivo.¹⁶

En este panorama, Hernández Basualto aboga por la introducción de un delito sólo doloso de peligro abstracto; sin embargo, al hacer referencia al accidente minero, concluye que no es conveniente encerrarse en un solo modelo de intervención penal, más bien al contrario, hay buenas razones para creer que la combinación de distintas categorías puede potenciar favorablemente la protección penal de la seguridad en el trabajo.¹⁷ Señala el autor citado que este siniestro laboral parece reafirmar la necesidad de un delito de peligro, porque si

¹³ PALMA LAMPEREIN, María Josefina; TORO VENEGAS, Nicolás Alejandro, *La noción de riesgo en materia de responsabilidad del empleador por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Proyecto de ley sobre responsabilidad penal del empleador por accidentes del trabajo*, Memoria para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2012, p. 87

¹⁴ PARDO MONTENEGRO, *La responsabilidad penal empresarial*, cit. nota n°10, p. 81.

¹⁵ El accidente ocurrido en la mina San José, en la Tercera Región de Atacama de Chile, se produjo a mediados del año 2010, donde 33 mineros quedaron atrapados por un derrumbe a más de 700 m de profundidad bajo tierra, sin poder salir por más de dos meses, en razón de que los dueños de la mina no tenían, según los informes de la Dirección del Trabajo, las normas mínimas de seguridad para la protección de sus derechos y ni siquiera contaban con una vía de escape para sus trabajadores. Sobre este suceso ver: “Milagro en Chile: están vivos los 33 mineros atrapados”, nota del 3/08/2010, www.lanacion.com.ar.

¹⁶ PALMA LAMPEREIN / TORO VENEGAS, *La noción de riesgo*, cit. nota n°13, p. 81. El precepto que prevé el “delito contra la seguridad del trabajo”, es el siguiente: art. 341 bis: “Los que con infracción de las normas de prevención de accidentes de trabajo, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de presidio menor en su grado medio y multa de 500 a 3000 UTM.

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

En caso que se produjeren las lesiones a que se refieren los artículos 396, 397 o 399 del Código Penal, serán castigados con las penas establecidas en dichos artículos, aumentadas en un grado.” Es notable la similitud del primer párrafo con el art. 316 del CP español.

¹⁷ HERNÁNDEZ BASUALTO, *Derecho Penal Laboral*, cit. nota n°12, p. 83.

GALLO, Patricia, “La prevención penal de riesgos laborales en Chile: la necesidad de un delito de peligro”.

bien los mineros fueron rescatados sin menoscabos de su salud corporal, lo esperable era que simplemente murieran sepultados y que situaciones como éstas sugieren la introducción adicional de tipos imprudentes que tengan como resultado típico no ya la muerte o lesión de los trabajadores, sino la producción de un “accidente grave”, esto es, de una situación de grave riesgo para la salud o la vida de los mismos.¹⁸

Otro sector doctrinario, postula la creación de un título especial en el CP chileno que agrupe de manera coherente y sistemática tipos penales en defensa de los bienes jurídicos de los trabajadores (similar al caso del CP español).¹⁹ Concretamente respecto de la vida y salud de los trabajadores, aboga por la creación de un tipo específico para situaciones especialmente complejas que no puedan ser captadas por los delitos vigentes, por ejemplo un tipo penal relativo a la lesión de la salud del trabajador, que por períodos de tiempo se ve expuesto a elementos peligrosos en su tarea laboral, lo que evitaría problemas de causalidad.²⁰

En septiembre de 2014 el Ministerio de Justicia de Chile convocó a una comisión para la elaboración de un Anteproyecto de nuevo Código penal, que entregó su producto en abril de 2015 (aunque aún no ha recibido tratamiento en el Congreso).²¹ El Anteproyecto contiene un delito doloso de peligro, en los siguientes términos:

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

Lo dispuesto en este artículo se aplicara sin perjuicio de las penas que correspondieren por las muertes o lesiones a que dieran lugar las condiciones peligrosas de trabajo”.²²

La formulación de este delito plantea el siguiente interrogante: ¿responde la redacción típica a los parámetros de un adecuado y eficaz adelanto de la intervención del Derecho penal mediante un delito de peligro en el ámbito de los riesgos laborales? Para poder responder a ello es necesario primero abordar cómo debe ser la estructura del tipo penal de riesgos laborales para lograr la eficacia del adelanto de la barrera de punición, pero

¹⁸ HERNÁNDEZ BASUALTO, *Derecho Penal Laboral*, cit. nota n°12, p. 83.

¹⁹ El Código penal español vigente, aprobado por Ley Orgánica n° 10/1995, de 23 de noviembre, dedica el Título XV del Libro II al desarrollo “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, incluyendo entre sus arts. 311 a 318, una amplia descripción de conductas típicas. En ese contexto se enmarca el delito contra la seguridad de los trabajadores (arts. 316 y 317).

²⁰ BALMACEDA HOYOS, Gustavo, “Una aproximación al derecho penal del trabajo en Chile”, en: MUÑOZ SEGURA / POSADA MAYA (Coords.), *Derecho Penal del trabajo. Una mirada de doble vía*, Bogotá: Uniandes, 2017, p. 275.

²¹ La comisión estuvo presidida por Héctor Hernández Basualto y compuesta, además, por Luis Ortiz Quiroga, Juan Domingo Acosta Sánchez, Jaime Couso Salas y Juan Pablo Mañalich Raffo, actuando como secretario Javier Wilenmann Von Bernath.

²² El precepto se encuentra en el §5 (Exposición a un peligro grave y omisión de socorro), del Título I, “Delitos contra la vida y la salud, del Libro Segundo, junto con un delito de exposición a peligro grave (art. 219) y la omisión de socorro (art. 221).

respetando la función subsidiaria que en este ámbito de riesgo debe cumplir el Derecho penal.

2. Estructura típica del delito de “Riesgos Laborales”

2.1 Introducción

Para lograr los objetivos señalados, teniendo en cuenta las especiales características que rodean la situación que el legislador debe desvalorar, el diseño del delito de peligro debe responder a determinadas pautas que se abordarán seguidamente.²³

En primer lugar, el tipo de peligro debe exigir el incumplimiento de las medidas administrativas de seguridad extrapenal (elemento normativo), ya que es el presupuesto inicial de la creación del riesgo que se quiere prohibir. A *contrario sensu*, si los empleadores cumplieran exactamente las normas de prevención, no hubiera surgido la necesidad de adelantar la intervención penal, es decir, no nos encontramos en el supuesto de que aun cumpliendo esa normativa, se produzcan los accidentes laborales, ya que si así fuera, seguramente el problema estaría en un diseño defectuoso de tales preceptos (sin perjuicio de otras eventuales circunstancias).

En esta dirección, la protección penal se incorpora como una herramienta de tutela que junto a otras, entre ellas la laboral/administrativa, y a modo de sanción negativa de represión del incumplimiento, opera como sistema para, al menos en teoría, incrementar la eficacia de las obligaciones preventivas por parte de los sujetos obligados.²⁴

La pregunta clave en este aspecto es la siguiente: ¿cómo se define el riesgo que el delito de peligro debe abarcar?

Si se tiene en cuenta que se trata de un sector (laboral) peligroso pero necesario, donde el ordenamiento jurídico (laboral/administrativo) permite cierto nivel de riesgo (riesgo permitido), claramente no será el riesgo propio (estructural) del proceso productivo el penalmente relevante, porque implicaría una contradicción con lo previsto en otro sector jurídico, sino un riesgo excedente de ese nivel permitido.²⁵

²³ Estas pautas propuestas son el resultado de un extenso -y crítico- análisis efectuado en mi tesis doctoral, con relación al art. 316 del CP español. Para ahondar en el desarrollo de estas cuestiones, ver GALLO, Patricia, *Riesgos Penales Laborales*, Buenos Aires: BdeF, 2018, pp. 505 y ss., cuyo contenido coincide con el trabajo que presenté para obtener el título de Doctora en Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid (2017).

²⁴ PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel, “Delitos específicos contra la seguridad y la salud de los trabajadores: la conducta típica en los arts. 316 y 317 del código penal”, *Aranzadi Social*, N° 5 (2205), pp. 1659-1686, p. 1660.

²⁵ Aceptada la necesidad de la intervención administrativa en la protección laboral, con carácter preferente desde su perspectiva preventiva, representan un límite a la amenaza penal, los comportamientos que se toleran en dicho ámbito jurídico, evitando de ese modo contradicciones en el orden jurídico. De ahí que no pueda prohibirse penalmente lo que administrativamente está permitido. En ese sentido, “La política criminal forma parte de la política legislativa general, con la consecuencia práctica de que siempre han de intentar coordinarse los diferentes sectores del ordenamiento para que todos los conjuntos normativos que incidan en

GALLO, Patricia, “La prevención penal de riesgos laborales en Chile: la necesidad de un delito de peligro”.

Que el riesgo típico es “excedente”, quiere decir que debe ser *superior* a otro, esto es, superior al riesgo permitido laboral. Entonces el riesgo estará enmarcado en la estructura típica por una cláusula (de mínima) que marca el piso o nivel inferior y por otra cláusula (de máxima) que determina las circunstancias definitorias de ese “exceso”, que representa el riesgo penalmente relevante, que alude a un determinado estadio de evolución del riesgo y que en general se concreta en la expresión “peligro grave”.²⁶

La cláusula “de mínima” se corresponde con el primer elemento que hemos señalado; esto es, la “infracción de la norma de prevención”. Esta cláusula cumple una función importante porque respeta el principio de unidad del ordenamiento jurídico, en la medida que evita las contradicciones entre el Derecho penal y Derecho administrativo y reduce las posibilidades de que el primero prohíba conductas permitidas por el segundo.

En cuanto a la segunda cláusula (de máxima), esta ayuda a definir al riesgo excedente del permitido (desvalorado penalmente) señalando su estadio de evolución, es decir, el “momento del riesgo” que el tipo considera penalmente relevante y que se traduce en términos de la técnica de tipificación, en la clase de peligro prevista (abstracto o concreto).

Es muy importante la decisión sobre qué grado de desarrollo debe tener el riesgo para ser típico, ya que ello es determinante de la eficacia del adelanto de la barrera de punición a través del delito de peligro. Por eso debe describirse con mucha precisión si se trata de un peligro abstracto o concreto. En este sentido, creo que lo indicado para la eficacia del delito de peligro, es un adelanto de la barrera de punición al peligro abstracto-concreto.²⁷

En tanto la función de esta cláusula es nivelar el riesgo a lo que el Derecho penal considera relevante, le llamaremos “cláusula de nivelación penal del riesgo.” Esta fórmula es la que dota de contenido material al injusto, siendo éste el plus de antijuridicidad que determina el paso fronterizo entre la contravención administrativa y la contravención penal.

Además del injusto administrativo que pueda producirse, la intervención penal ha de exigir como “plus” un desvalor de acción o de resultado complementario y cualificado sobre dicho injusto. En cuanto la más severa de las reacciones del orden jurídico, la intervención

una misma realidad se edifiquen sobre un claro conocimiento de la misma y tiendan hacia metas, si no idénticas, sí al menos armónicas”, DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier, *Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa*, Barcelona: Cedecs, 1996, pp. 69-70.

²⁶ Así lo ha hecho por ejemplo el legislador en el art. 316 del CP español y también (aunque con el agregado de “y concreto”, el art. 1 de la ley uruguaya “de responsabilidad penal del empleador”, cuyo texto es el siguiente: “El empleador, o en su caso, quien ejerciendo efectivamente en su nombre el poder de dirección en la empresa, no adoptaren los medios de resguardo y seguridad laboral previstos en la ley y su reglamentación, de forma que pongan en peligro grave y concreto la vida, salud o la integridad física del trabajador, serán castigados con tres a veinticuatro meses de prisión”.

²⁷ Por ejemplo, en la redacción del art. 316 CP español, el legislador no ha sido claro en la determinación del grado de evolución del riesgo que quería abarcar, lo que ha dado lugar a que la doctrina española casi unánime interprete que se trata de un peligro concreto. Ver en sentido, AGUADO LÓPEZ, Sara, *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 98; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid: Civitas, 1994, p. 400; y FARALDO CABANA, Cristina, *El delito contra la seguridad e higiene en el trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 136 y ss., entre otros.

penal ha de presuponer ese injusto especialmente lesivo diferente del que conlleva la mera aplicación de una sanción administrativa y relacionada con un bien jurídico valioso en sí mismo, un interés que trascienda la esfera de las acciones de la Administración y coincida con un valor constitucional.²⁸ Esta cláusula responde al intento del legislador de restringir el catálogo de comportamientos punibles y de adecuar la intervención penal en el contexto de la prestación laboral, a los principios de intervención mínima y de *ultima ratio*.²⁹

Con esta lógica, la intervención adelantada del Derecho penal mediante el delito de peligro cumple una función subsidiaria, ya que la tutela inmediata en materia de seguridad en el trabajo la ejerce el Derecho laboral y administrativo. Es decir, la herramienta penal, en tanto *ultima ratio*, debe dirigirse a un momento posterior al incumplimiento del orden laboral/administrativo, por medio de un fortalecimiento de los objetivos de seguridad de esta normativa extra-penal y cuando además de esa infracción, se configure un peligro grave y no ante cualquier o una mera infracción administrativa. La evaluación del “plus” del peligro grave corresponde, en este contexto, al juzgador.

En mi opinión, la ley penal en blanco es la técnica legislativa adecuada para este ámbito de riesgo. En efecto, la protección de la seguridad de la vida y salud de los trabajadores supone una realidad muy compleja, que admite situaciones muy variadas y probablemente de imposible reducción a una redacción legal concreta y unívoca. Tratar de redactar un tipo que incluyera de forma concreta todos los posibles supuestos de afectación a estos bienes jurídicos, lo suficientemente graves como para merecer un reproche penal, sería una tarea inútil por un doble motivo: primero porque resultaría un tipo sin duda excesivamente largo y de difícil aplicación y, segundo, porque claramente habría supuestos que merecerían reproche penal y en los que el legislador no hubiera pensado, quedando por tanto, excluidos injustificadamente de la aplicación de la norma.³⁰ De este modo, el tipo penal de peligro debe remitir a la normativa administrativo/laboral de seguridad (por cuanto parte de su infracción) para la configuración de la conducta.³¹

²⁸ DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente*, cit. nota n°25, p. 74.

²⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal*, cit. nota n° 27, p. 311 expresa esta idea cuando sostiene que “La permisión del riesgo provechoso y la protección de la seguridad de los trabajadores, objetivos contrapuestos, encuentran su síntesis jurídica en la imposición, junto a la autorización para el emprendimiento de ciertas actividades productivas útiles, de la obligación de adoptar una serie de medidas destinadas al control del riesgo. El bien jurídico que nos ocupa quedará lesionado, no en la medida en que exista peligro para la vida, integridad física o salud de los trabajadores, sino en la medida en que se trate de un peligro no permitido, ya lo sea *ab initio*, ya por la posterior ausencia de medidas de control”. Agrega el autor que, no será misión del Derecho penal, la protección del bien jurídico en cuestión ante cualquier tipo de ataques, sino tan sólo ante los que supongan un mayor grado de peligro para la vida, integridad física o salud de los trabajadores. En su razonamiento, el bien jurídico penal “seguridad e higiene en el trabajo” tiene así dimensiones diferentes que el bien jurídico “seguridad e higiene en el trabajo”, además, ver nota 38.

³⁰ MENÉNDEZ, Aurelio, “El delito ambiental básico a la luz de la reciente jurisprudencia”, en: *Estudios penales en homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, Madrid: Dykinson, 2005, pp. 635 y ss., con relación al delito ambiental.

³¹ Puede verse el recurso a esta técnica legislativa, en el ya mencionado art. 316. También los convenios colectivos de trabajo cumplen un rol importante en el marco de la remisión de la norma penal en blanco, ya que en muchos casos imponen medidas de seguridad al empleador.

Además, creo que para una mayor eficacia del tipo penal y también en aras de lograr una mayor seguridad jurídica, serán necesarias adicionalmente determinadas precisiones sobre el comportamiento típico, que refieran a circunstancias o modalidades de conducta con relación al origen del riesgo. Es decir, que el tipo penal además de exigir la infracción de la norma de prevención (cláusula de bloqueo) y de determinar el riesgo penalmente relevante y su estadio de evolución (cláusula de nivelación del peligro) debe definir y abarcar sólo algunas maneras posibles de configurar el riesgo prohibido.

Ahora bien, la “especificación” únicamente cumple con los objetivos señalados si tiene la virtud de seleccionar adecuadamente aquellas modalidades de conducta susceptibles realmente de generar los riesgos más graves. Esta fórmula de “especificación de la conducta” representa un elemento indispensable para evitar la posible lesión del principio de legalidad (en su faceta *lex certa*) y en ese sentido, otorgar mayor seguridad jurídica al empresario, quien de ese modo podrá conocer de antemano qué infracciones integran el catálogo de las abarcadas por el delito (si se cumple también con el plus del peligro grave en el caso concreto) y además, facilita la labor del juez mediante esa “primera selección” efectuada por el legislador.

En resumen, la estructura del tipo penal de riesgos laborales, debe estar integrada por tres elementos básicos: una cláusula “de bloqueo”, que exige la infracción de la norma de prevención laboral, cuya misión es bloquear la tipicidad penal cuando, a pesar de haberse creado un peligro grave, no hay infracción administrativa; una cláusula de “nivelación penal del peligro”, en tanto su función es nivelar el riesgo a lo que el Derecho penal considera relevante (exigencia de “peligro grave”) y una cláusula de “especificación de la conducta”, que define y abarca sólo algunas maneras posibles de configurar el riesgo prohibido (estas dos últimas cláusulas son “de contenido”). La cláusula de bloqueo -a diferencia de las otras dos- no es una valoración, sino una constatación (la infracción a la normativa extrapenal); por el contrario, las cláusulas de contenido sí constituyen elementos valorativos, que cumplen una función de “filtro penal” de las infracciones administrativas.

2.2 Sujeto activo

Una vez definido el riesgo que se quiere prohibir, al tipo penal sólo le resta *describir* al sujeto activo; quien debe ser el reflejo de las cláusulas de contenido (de especificación y de nivelación) y de la de bloqueo.

Desde esta óptica, considero que no resulta efectiva la fórmula de autoría utilizada en el art. 316 CP español, en tanto remite a los “legalmente obligados”. Esto es, se introduce un criterio nuevo, que no responde a esas cláusulas, sino a una pauta externa, “extra tipo” (es decir la norma administrativo/laboral) y se recurre nuevamente, esta vez para la determinación del sujeto activo, a la técnica de la ley penal en blanco. De este modo, quedan fuera del tenor literal potenciales sujetos activos que si bien ostentan la posición de garante de seguridad, no responden a la fuente seleccionada por el legislador (ley extrapenal). Por eso, el diseño del art. 316, no respeta la simetría que debe existir entre el riesgo penalmente relevante definido en el tipo y quienes pueden generarlo con su conducta.

Respecto de la autoría del delito de riesgos laborales, el criterio rector determinante debe ser el “organizador” de la actividad (laboral) peligrosa. En este contexto, el organizador puede ser el empresario o en quien éste delegue sus funciones (competencia) o el “organizador de hecho” (por arrogación). Es decir, quien ostente la competencia originaria del empresario sobre la indemnidad de los bienes jurídicos del trabajador. Por su parte, el “mero ejecutor” de una actividad asignada por el empresario no tiene el deber de seguridad (a diferencia del delegado de funciones), sino únicamente un encargo concreto, que cuando lo incumple (generando el peligro grave para los trabajadores) sólo podrá ser un *colaborador* del delito de peligro.³²

El organizador de hecho o “usurpador”, también debe cumplir el deber de seguridad laboral, ya que quien usurpa el control del foco de peligro y entra en la posición de *dominus*, adquiere sus mismos deberes.³³ Por ello, un tipo penal eficiente debe contemplar en la descripción del sujeto activo al empresario, al delegado y al organizador de hecho (por arrogación). En la figura del delegado se entienden incluidos, tanto el de gestión del proceso productivo, como los específicos, esto es, en quienes el empresario delegue funciones concretas de seguridad (por ejemplo, técnicos de prevención). Con esa descripción se responde a un criterio *material* de autoría.

2.3 Especificación de la conducta

Las cláusulas típicas de bloqueo y de nivelación penal del peligro conforman los parámetros elementales de un “delito de peligro básico” en el ámbito que nos ocupa, en tanto con ellas se prohíbe “la infracción de las normas de seguridad extrapenal, cuando además genere un peligro grave (penalmente relevante)”. Sin embargo, la cláusula de especificación cumple también un rol relevante: distribuir de un modo proporcionado la determinación de la gravedad penalmente relevante del peligro, en la tarea del legislador y en la del juez.

En efecto, en el que hemos definido como “tipo de peligro básico”, la determinación de las conductas típicas, que partiendo de la infracción administrativa generan el peligro grave -penalmente relevante-, recae exclusivamente en la cláusula de nivelación del peligro, que configura un mandato al juzgador. Sólo corresponde al juez -y su sana crítica- determinar entre toda infracción administrativa posible, aquella susceptible de crear el “peligro grave”. Por el contrario, si el tipo penal prevé, además, la fórmula de especificación de la conducta, el legislador habrá efectuado con ella, un primer filtro de aquellas infracciones que considera idóneas para generar el peligro grave.

³² Respecto de la distinción entre “delegación de competencias” y “encargo de tareas”, ver MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, Barcelona: Atelier, 2008, pp. 86 y ss.

³³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 788-789.

Para lograr “especificar” la conducta en el delito de riesgos laborales, no es recomendable recurrir a una expresión como “no facilitar los medios necesarios”.³⁴ En efecto, el criterio de “gravedad” en esa primera selección de las conductas, a cargo de la cláusula de especificación, no pasa por la selección de un “particular medio comisivo”, ya que en principio, difícilmente se pueda abstraer una modalidad de infracción a la norma extrapenal, que se adapte a todos los ilícitos administrativos susceptibles de generar el peligro más grave, dada la especial complejidad del ámbito de los riesgos laborales. Sin embargo, tampoco es conveniente una fórmula general como “incumplir las medidas de seguridad” (en ese caso estaríamos ante un caso idéntico al “delito de peligro básico”, ya que no hay “especificación de la conducta”).

Por eso, creo que cuando pueda identificarse una infracción determinada que sea idónea para generar el “peligro grave”, debe describírsele directamente en el tipo. Cuando no pueda identificarse un ilícito administrativo en particular, que según la experiencia sea *per se* susceptible de generar el peligro penalmente relevante, la precisión de la descripción de la conducta debe pasar por la mención taxativa de las áreas en donde una infracción puede generar ese peligro; esas áreas podrían ser: edificación, procesos, organización y ambiente del trabajo (que ostentan riesgos estructurales). De este modo, se logra una fórmula doble, con un primer nivel de mayor precisión y un segundo nivel complementario, menos preciso porque sólo se “enmarca” la posible infracción penalmente relevante, en atención a la importancia del área a la que refiere, en el sentido de un tipo “de recogida”.

2.4 Nivelación del peligro

En cuanto a la clase de peligro exigida, creo que el verdadero adelanto “eficaz” de la barrera de punición en el ámbito de los riesgos laborales, es el delito de peligro abstracto-concreto (o de idoneidad). Ello porque, desde el punto de vista político-criminal no hay una diferencia significativa entre prohibir el peligro concreto y prohibir el resultado lesivo imprudente; el peligro sólo desaparece cuando el potencial lesivo de un curso causal puede neutralizarse de manera dirigida.³⁵ Esa posibilidad de neutralizar el riesgo del proceso productivo se logra cumpliendo el estándar de seguridad, pero se pierde una vez que el trabajador comienza la interacción con ese riesgo, sin tener la posibilidad de proteger adecuadamente sus bienes jurídicos expuestos (vida y salud). De ello se sigue que la prohibición en el delito de peligro debe dirigirse a evitar que el trabajador comience a interactuar con el riesgo, sin que el empresario haya cumplido con el estándar de seguridad exigido y antes de que aquel ingrese a la esfera de influencia del peligro (peligro concreto).³⁶

³⁴ Esa es la expresión típica utilizada por el legislador en el art. 316 del CP español (“no faciliten los medios necesarios”). No ha sido feliz esa redacción, no sólo por la imprecisión (vaguedad y ambigüedad) de los vocablos que componen la fórmula (“medios” y “facilitar”), sino también por el *contenido* de la cláusula. En efecto, no creo que la expresión “no facilitar los medios necesarios” permita seleccionar las infracciones más idóneas para generar el peligro grave. En la práctica, existen otros ilícitos administrativos que pueden resultar igual o más peligrosos y que al no responder a esa modalidad de conducta, sólo son abarcados por el Derecho penal cuando se produce el resultado de lesión o muerte del trabajador.

³⁵ KISS, Alejandro, “Delito de lesión y de peligro concreto”, *InDret* n°1 (2015), pp. 1-25, pp. 16 y ss.

³⁶ El peligro concreto “implica un pronóstico de suma probabilidad de lesión en el caso de que el sujeto activo, la víctima y terceros permanezcan inactivos” LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal*, cit. nota

Sólo ese estadio de evolución del riesgo le es exclusivamente imputable al empresario, por ser consecuencia directa de brindar “condiciones inseguras” de trabajo y que son su competencia exclusiva (y de quienes actúen en su lugar), en tanto organizador exclusivo del proceso productivo. Hacer depender la aplicación del tipo penal de la producción de un resultado de peligro, implica abarcar un estadio de evolución del riesgo en el que entran a jugar factores que son relevantes en la configuración del resultado de peligro concreto pero que no dependen exclusivamente del comportamiento ilícito del empresario (infracción del estándar de seguridad), por ejemplo, la imprudencia del trabajador al interactuar con el riesgo. Además, exigir el peligro concreto pone en tela de juicio la capacidad de motivación del delito de peligro, ya que no siempre un incumplimiento del estándar de seguridad con aptitud lesiva grave (que es lo realmente relevante) se traduce en un resultado de peligro concreto.

En esta lógica, la consumación del delito de peligro debe producirse en el momento en que el trabajador comienza a interactuar con el riesgo sin tener la posibilidad de autoprotgerse. Allí se configura el “peligro grave” (peligrosidad idónea) y no cuando se produce el ingreso del bien jurídico (vida/salud) en la órbita del peligro (resultado de peligro concreto). Con esta exégesis del momento consumativo (previo al peligro concreto), es posible abarcar la dimensión plural del ataque a los bienes jurídicos individuales protegidos (vida y salud de los trabajadores) inherente al ámbito de los riesgos laborales (además de los casos de peligro individual).

En efecto, en el ámbito laboral la infracción de ciertas medidas de seguridad (en general las “colectivas”) conlleva un potencial lesivo para la vida y salud de múltiples e indeterminados sujetos. Puede pensarse por ejemplo, en la infracción de colocar una campana que absorba gases tóxicos en un laboratorio químico; ese incumplimiento pone en peligro a una pluralidad indeterminada de trabajadores que ingresen a ese recinto (peligro común). A diferencia de ello, si se asignan tareas a determinadas personas en ese laboratorio, ante la ausencia de una campana de absorción, debería brindárseles un equipo de protección personal, esto es, máscaras que filtren los gases tóxicos. Si en ese contexto, no se les entregan dichas máscaras, se habrá generado un peligro individual respecto de esos determinados trabajadores.

Ahora bien, para que el delito de peligro que aquí se postula sea eficaz, debe abarcar no sólo el peligro individual, sino también el peligro abierto o común, que no se puede representar como un estado de contacto o ingreso de un bien jurídico penal determinado en el ámbito de riesgo de una conducta típica peligrosa (peligro concreto).³⁷ En ese sentido, se ha señalado que la situación de riesgo para una pluralidad indeterminada de individuos (y

n° 27, p.383. Para Marcelo Sancinetti los delitos de peligro concreto requieren para su consumación que el hecho genere, con cierta probabilidad, la posibilidad de lesión del objeto de bien jurídico, es decir, hace falta que sea posible, en virtud de las circunstancias actuales concretas, la producción del daño, ver SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires: Hammurabi, 1991, p. 217.

³⁷ VARGAS PINTO, Tatiana, *Delitos de peligro abstracto y resultado*, Pamplona: Aranzadi, 2007, pp. 266-267, quien señala que, “el peligro común o general no se distingue del peligro abstracto, particularmente respecto de la naturaleza del objeto protegido. Así, se evidencia en la conexión con multitud de bienes o con una generalidad como un todo, propio de los bienes jurídicos penales colectivos”.

GALLO, Patricia, “La prevención penal de riesgos laborales en Chile: la necesidad de un delito de peligro”.

de esta forma, un aspecto importante de la actual sociedad industrial) constituye el legítimo ámbito de aplicación de los delitos de peligro abstracto o incluso de los delitos de aptitud.³⁸

Otra razón importante para fundamentar la técnica del peligro abstracto-concreto (o de idoneidad o aptitud) es que de ese modo queda abarcada en el riesgo típico, la conducta infractora susceptible de generar enfermedades laborales a largo plazo y que, en rigor, no podría quedar incluida si se exige el peligro concreto (sólo abarcadora del riesgo propio de los accidentes de trabajo y las llamadas “enfermedades accidente” o instantáneas).³⁹

En efecto, el delito de peligro concreto se reserva para casos de *riesgo extremo*, ya que exige la constatación de un momento en el devenir de los acontecimientos, en el que la lesión material parece prácticamente irreversible. Ese “momento” al que apunta a identificar la técnica de peligro concreto, no es otra cosa que el preludio de la realización instantánea del correspondiente delito de lesión. Por eso, esta técnica legislativa no es apta para prevenir las enfermedades laborales, teniendo en cuenta que éstas son el resultado de la ejecución progresiva del delito de lesiones.

En ese contexto, la idoneidad del peligro para causar una lesión y/o muerte instantánea y para producir, a largo plazo, una enfermedad laboral responde a parámetros diferentes, que deben ser receptados (de modo diferenciado) por un tipo penal que pretenda ser efectivo en la prevención de ambos efectos lesivos. En el segundo caso (a diferencia del primero), la descripción típica debe referir a una acción peligrosa cuya aptitud para producir la lesión provenga de su reiteración.

3. Análisis crítico del art. 220 del Anteproyecto de Reforma al Código Penal de Chile

Este análisis se efectuará comparando la redacción del precepto mencionado con las pautas a las que, según lo expresado antes, debe responder la estructura del delito de riesgos laborales, para que configure un adelanto adecuado y eficaz de la intervención del Derecho penal en este ámbito.

En primer lugar, el uso del término “empleador” no es conveniente, por cuanto, de ese modo el tipo penal remite a un concepto laboral⁴⁰ y formal, y no responde a un criterio material como requiere el Derecho penal. Nótese que según el tenor literal, entraría en este concepto, la relación laboral entre el/la dueña de casa y los empleados domésticos, que no ocurriría de haber utilizado el vocablo “empresario”.⁴¹

³⁸ HEFENDEHL, Roland, “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en: HEFENDEHL, Roland (Ed.), Edición española a cargo de ALCÁCER GUIRAO, Rafael, MARTÍN LORENZO, María, Íñigo ORTÍZ de URBINA, *La teoría del bien jurídico*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 179-196, pp. 193-94.

³⁹ Así, por ejemplo, la exégesis del art. 316 del CP español como delito de peligro concreto excluye del tipo la prevención de las enfermedades laborales a largo plazo, lo que resulta inconsistente con la introducción en el precepto de la referencia expresa a la “salud” (de los trabajadores), término que no integraba la fórmula de su antecedente, el art. 348 bis a), que sólo mencionaba la vida y la integridad física.

⁴⁰ Es decir, quien “utiliza los servicios de otro en virtud de una relación de trabajo, recibe los servicios y se beneficia con ellos” MALET VÁZQUEZ, Mariana, “Accidentes laborales: análisis del delito previsto en la Ley N° 19.196”, *Revista de Derecho Penal*, n° 22, 12 (2014), pp. 19-44, p.36.

⁴¹ En un sentido similar, el art. 1 de la ley 19.196 de Uruguay que alude al “El empleador, o en su caso, quien ejerciendo efectivamente en su nombre el poder de dirección en la empresa...”, pero a diferencia de éste, el

El comportamiento típico consiste en “someter a sus trabajadores a condiciones de trabajo gravemente peligrosas”. Se trata de una cláusula de especificación sólo aparente, porque lo único que hay detrás, es la exigencia de una “peligrosidad grave” (cláusula de nivelación del peligro). Nótese que la gravedad no califica al peligro, sino a las condiciones de trabajo que deben ser “gravemente peligrosas”, como si se pretendiera unificar la cláusula de especificación con la de nivelación.

En efecto, con esa formulación tan amplia, no se define ni se aportan pautas para poder delimitar adecuadamente la conducta prohibida. De este modo, la decisión de qué comportamiento infractor de la norma de prevención puede convertirse en delito, recae exclusivamente en cabeza del juez, ya que, en rigor, los elementos “definitorios” del ilícito penal son: “las condiciones gravemente peligrosas de trabajo” y “la infracción de deberes legales y reglamentarios”, ello trae como consecuencia, la creación de un excesivo ámbito de decisión judicial.

Este precepto tiene entonces la estructura del “tipo penal básico”, que sólo cuenta con las cláusulas típicas de “bloqueo” y de “nivelación penal del peligro”. Sin embargo, como se ha señalado antes, la fórmula de “especificación de la conducta” representa también un elemento indispensable, ya que es la que fija en mayor medida, el límite material de la remisión extrapenal (que en el precepto analizado está integrada tanto por normas como por reglamentos). En la concepción aquí sostenida, la “especificación de la conducta” aporta precisión y evita la posible lesión del principio de legalidad y en ese sentido, otorga mayor seguridad jurídica al empresario/empleador, en tanto eventual sujeto activo del delito de peligro.

Con la formulación del art. 220 del Anteproyecto, el peligro puede ser interpretado como abstracto-concreto, ello por cuanto la referencia a “condiciones de trabajo gravemente peligrosas para su vida”, descartan la exigencia de un resultado de peligro (concreto). Esta exégesis resulta coherente con la inclusión expresa de la “salud” como bien jurídico que puede exponerse al peligro (en atención a la necesaria prevención de las enfermedades laborales, como se explicó anteriormente).

Por otra parte, es sobreabundante la referencia típica a la integridad física (además de la “salud”).⁴² En efecto, la salud presenta un triple aspecto: físico, fisiológico y psíquico. Desde esta óptica, la salud debe ser entendida como ausencia de alteración corporal, con lo

precepto chileno no prevé al delegado como posible autor del delito. Cuando se redactó el proyecto de la ley uruguaya, se pensó en las “empresas lucrativas”, pero evidentemente no se utilizó el término adecuado MALET VÁZQUEZ, “Accidentes laborales”, cit. nota n° 40, p. 38. La doctrina uruguaya, tratando de subsanar este desacierto del legislador, ha interpretado que el sujeto activo debe “estar ligado a la empresa y debe tener con el trabajador, una relación que se origine en el ámbito de una organización donde los factores de producción -capital y trabajo-, se destinen a la producción de bienes o prestación de servicios” SBROCCA COSIMINI, Martín, “Reflexiones sobre el art. 1 de la Ley N 19.196 que consagró la responsabilidad penal del empleador”, *Revista de Derecho Penal*, N° 22, 12 (2014), pp. 45-57, pp. 54-55. En el mismo sentido se ha expresado la jurisprudencia (Corte Suprema de Justicia de Uruguay (CSJ), sentencia n° 272/2015, del 26 de octubre de 2015).

⁴² En igual defecto incurre el tenor literal del art. 316 del CP español.

que viene su afectación a comprender cualquier alteración del normal funcionamiento del cuerpo, ya sea por pérdida de sustancia corporal -integridad-, ya por inutilización funcional de cualquier órgano o miembro -inutilidad-, ya por enfermedad física o síquica.

La integridad (física) en sí misma, desconectada del concepto más general de salud, no puede constituir un bien jurídico protegido autónomo, en la medida en que puede haber pérdidas provocadas de sustancia corporal, que persiguen precisamente mejorar la salud del sujeto, por ejemplo, la amputación por gangrena.⁴³ En este esquema, una afectación a la integridad física constituye un caso particular de una afectación a la salud, por eso no debió hacerse referencia expresa a la integridad física, además de a la salud.

Finalmente, si bien es correcto que cuando se produzca un resultado lesivo -a consecuencia de las condiciones gravemente peligrosas- se apliquen, además, las penas correspondientes al delito de lesiones u homicidio (según las reglas concursales), creo que es innecesario que el legislador se lo “recuerde” expresamente al intérprete, sobre todo si el tipo de peligro está incluido en el Código penal y no en una ley accesoria. Sin embargo, debe reconocerse que es un acierto que el precepto sólo lo indique y no resuelva el concurso con una pena especialmente prevista, ello por cuanto, no creo que la introducción aquí de un delito cualificado por el resultado, responda a una buena técnica legislativa.⁴⁴ En efecto, es conveniente que ante la producción del resultado lesivo, se apliquen las reglas generales del concurso entre el delito de peligro y el delito imprudente que corresponda -lesiones u homicidio-, lo que garantiza mayor sistematicidad.⁴⁵

Conclusiones

Aunque en este trabajo se ha destacado esencialmente la necesidad de introducir un delito de peligro, corresponde aclarar que la compleja problemática de la siniestralidad laboral requiere de una amplia estrategia socio-jurídico-cultural que comience por reorientar el sistema administrativo-laboral a la prevención del riesgo y no tanto a la reparación (indemnización por accidente/enfermedad laboral), reforzando la necesidad de técnicos en prevención de riesgos laborales. Asimismo, la creación de instancias de control del cumplimiento de las medidas de seguridad que incluya una adecuada inspección del

⁴³ GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Sistema de Derecho penal español*, en: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coord.), Madrid: Dykinson, 2011, pp. 90-91.

⁴⁴ Esa es la técnica utilizada por el art. 168 A del CP peruano, cuyo texto es el siguiente: “El que, deliberadamente, infringiendo las normas de seguridad y salud en el trabajo y estando legalmente obligado, y habiendo sido notificado previamente por la autoridad competente por no adoptar las medidas previstas en éstas y como consecuencia directa de dicha inobservancia, ponga en peligro inminente la vida, salud o integridad física de sus trabajadores, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

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

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

⁴⁵ En igual sentido, GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico-Parte Especial*, Lima, Ara: 2016, p. 1348.

trabajo, con una cantidad razonable de inspectores formados en la materia, agilizar el procedimiento para seleccionarlos y también los procesos sancionatorios.

En segundo término, una campaña de concientización sobre la relevancia de la prevención de los accidentes y enfermedades en el trabajo, desde las instancias de educación formal - inclusive desde la escuela- y en los medios de comunicación; esto es, colocar en la agenda pública nacional la preocupación sobre esta problemática.

Y en tercer lugar, la intervención del Derecho penal mediante la creación de un tipo penal de peligro que adelantando la barrera de la protección a la puesta en peligro de la vida y salud de los trabajadores, generada por el incumplimiento de la norma extrapenal de prevención, eleve el estatus de esa normativa, otorgándole una mayor relevancia jurídica, en la medida que su infracción pasa a ser uno de los elementos típicos del delito de peligro.

Por supuesto que la intervención penal no se agota con la incorporación de ese tipo penal, sino que requiere -para su efectiva aplicación-, la creación de fiscalías especiales sobre la materia, así como una instrucción especial de los miembros del Poder Judicial sobre las características propias de este delito, que lo convierten en un delito particular (dependencia del trabajador, complejidad de la estructura empresarial, etc.).

Creo que estas tres medidas son importantes pero las dos primeras necesitan un tiempo considerable para su implementación, y lograrán el efecto deseado a *largo plazo*. Por eso, mientras ello suceda, se debe comenzar por la incorporación del delito de peligro como medida “urgente” ante la necesidad actual de abordar el problema de la alta siniestralidad.

En efecto, la intervención penal mediante un delito de peligro, además de brindar una tutela intensificada de la vida y salud de los trabajadores, comunicaría un mensaje institucional claro sobre la relevancia del cumplimiento de las normas de seguridad en la actividad laboral, que permita lograr, con el transcurso del tiempo, la “normalización” de ese acatamiento (prevención) y no la del accidente de trabajo, como ocurre actualmente y de ese modo, acelerar el proceso (largo) hacia la creación de la cultura de prevención.

En ese sentido, si bien la redacción del art. 220 del Anteproyecto es susceptible de ciertas críticas, no debe perderse de vista que constituye un intento de incluir el necesario delito de riesgos laborales en el orden jurídico-penal de Chile. Desde esta lógica, aun cuando no se haya logrado (aun) incorporar este delito al catálogo del CP chileno, lo cierto es que tanto este anteproyecto como los anteriores, han contribuido a “poner en el debate” la necesidad de este adelanto de la intervención penal en un ámbito tan lesivo como el laboral, sobre todo luego de la lamentable experiencia del accidente en la mina de San José.

Bibliografía

- AGUADO LÓPEZ, Sara, *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- BALMACEDA HOYOS, Gustavo, “Una aproximación al derecho penal del trabajo en Chile”, en: MUÑOZ SEGURA, Ana María, POSADA MAYA, Ricardo (Coords.), *Derecho Penal del trabajo. Una mirada de doble vía*, Bogotá: Uniandes, 2017, pp. 257-277.
- BECK, Ulrich, *La sociedad de riesgo global*, Trad. ALBORES REY, Jesús, Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; CARDENAL MONTRAVETA, Sergi; HORTAL IBARRA, Juan Carlos, “Protección penal de los accidentes laborales”, *Revista del Poder Judicial*, n° 71 (2003), pp. 39-68.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier, *Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa*, Barcelona: Cedecs, 1996.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- FARALDO CABANA, Cristina, *El delito contra la seguridad e higiene en el trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- GALLO, Patricia, *Riesgos Penales Laborales*, Buenos Aires: BdeF, 2018.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico-Parte Especial*, Lima: Ara, 2016.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Sistema de Derecho penal español*, MORILLAS CUEVA, Lorenzo (coord.), Madrid: Dykinson, 2011.
- HEFENDEHL, Roland, “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en HEFENDEHL, Roland (Ed.), Edición española a cargo de ALCÁCER GUIRAO, Rafael, MARTÍN LORENZO, María, ORTÍZ de URBINA, Íñigo, *La teoría del bien jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 179-196.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, “Delitos contra los trabajadores en el derecho penal chileno”, en: *Derecho penal laboral*, Buenos Aires: BdeF, 2011.
- KISS, Alejandro, “Delito de lesión y delito de peligro concreto: ¿qué es lo “adelantado”?”, *InDret* n°1 (2015), pp. 1-25.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid: Civitas, 1994.
- LESCANO CAMERIERE, Julián Ramón; TULA, Diego Javier, “Derecho penal del trabajo: lineamientos básicos para su comprensión”, *Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del departamento judicial de San Isidro*, n° 19 (2006), pp. 161-176.
- MALET VÁZQUEZ, Mariana, “Accidentes laborales: análisis del delito previsto en la Ley N° 19.196”, *Revista de Derecho Penal*, n° 22, 12 (2014), pp. 19-44.
- MENÉNDEZ, Aurelio, “El delito ambiental básico a la luz de la reciente jurisprudencia”, en *Estudios penales en homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, Madrid: Dykinson, 2005.
- MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, Barcelona: Atelier, 2008.
- PALMA LAMPEREIN, María Josefina; TORO VENEGAS, Nicolás Alejandro, *La noción de riesgo en materia de responsabilidad del empleador por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Proyecto de ley sobre responsabilidad penal del*

- empleador por accidentes del trabajo*, Memoria para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2012.
- PARDO MONTENEGRO, Florencio, *La responsabilidad penal empresarial y los delitos laborales*, Tesis para optar al grado de Magister en Derecho Penal de Los negocios y de La empresa, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2012.
- PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel, “Delitos específicos contra la seguridad y la salud de los trabajadores: la conducta típica en los artículos 316 y 317 del Código Penal”, *Aranzadi Social*, N° 5 (2005), pp. 1659-1686.
- RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea, *El delito contra la seguridad y la salud en el trabajo*, Madrid: Iustel, 2007.
- SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires: Hammurabi, 1991.
- SBROCCA COSIMINI, Martín, “Reflexiones sobre el art. 1de la Ley N 19.196 que consagró la responsabilidad penal del empleador”, *Revista de Derecho Penal*, N° 22, 12 (2014), pp. 45-57.
- TERERADILLOS BASOCO, Juan María, “Prólogo”, en: GALLARDO GARCÍA, Rosa María, *Protección Jurídica de la vida y salud de los trabajadores*, Granada: Comares, 2016.
- VARGAS PINTO, Tatiana, *Delitos de peligro abstracto y resultado*, Pamplona: Aranzadi, 2007.