

MITOS EN RELACIÓN A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL EMPRESARIO POR EL INCUMPLIMIENTO DE MEDIDAS DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

FRANCISCO ÁLVAREZ DÁVILA

Abogado y profesor de la Universidad de Piura. Magíster por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente cursando el Doctorado en Derecho en la Universidad Austral (Argentina).

1. IDEAS PRELIMINARES

En el año 2011 el Gobierno Nacional publicaba la Ley N.º 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante, LSST) y su Reglamento, Decreto Supremo N.º 005-2012-TR al año siguiente. Junto a la incorporación de una nueva y moderna regulación en la materia, el legislador aprovechó la oportunidad para renovar la responsabilidad penal por el incumplimiento de medidas de seguridad laboral a través de la incorporación al Código Penal (en adelante, CP) del artículo 168-A que reguló el delito de atentado contra la seguridad y salud en el trabajo.

Sin embargo, antes de la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico de la LSST, el Código Penal en su artículo 168°.3 ya establecía como un delito de violación a la libertad de trabajo: “el que obligada a otro, mediante violencia o amenaza, a trabajar sin las condiciones de seguridad e higiene industriales determinadas por la autoridad”. Se trataba de un delito común: cualquier persona podía cometer el supuesto típico; al regular el delito como un supuesto de coacción laboral, si el trabajador aceptaba trabajar libremente sin las condiciones de seguridad, desaparecía la relevancia penal; y, finalmente, el tipo penal, al no exigir la puesta en peligro para la vida y salud de los trabajadores, aparecía como un delito de mera desobediencia a la autoridad (Gallo, 2018.).

La situación cambió, radicalmente, con la incorporación del artículo 168-A que reguló el delito de atentado contra la seguridad y salud de los trabajadores de la siguiente manera: “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 (...)”. El nuevo delito, de marcada influencia en la legislación penal española (artículo 316°), establecía una moderna forma de regulación, típica del

ámbito del Derecho penal económico, pues se recurría a las normas laborales, en especial, de seguridad y salud en el trabajo, a efectos de delimitar el círculo de posibles autores y para especificar cuáles eran las obligaciones en materia de seguridad y salud que eran exigibles al trabajador (ÁLVAREZ, 2020).

De otro lado, a diferencia del derogado artículo 168°.3 del CP, el nuevo delito admitía que podrá ser responsable el empleador y sus delegados (artículo 26° de la LSST); asimismo, en el primer párrafo, se criminalizaba el incumplimiento de las obligaciones de seguridad y salud en el trabajo que pongan en peligro la vida e integridad física de los trabajadores, ya no se exige la coacción como en la regulación anterior. En el segundo párrafo, se reconocía un supuesto de responsabilidad el empresario y sus delegados cuando la inobservancia de las medidas de seguridad produjera la muerte o lesiones graves de los trabajadores¹.

La renovada regulación penal es consecuencia del reconocimiento e importancia en varios países sobre esta materia, en particular, en Sudamérica países como Uruguay (Ley 19.196), Paraguay (artículo 205° del CP) y Venezuela (artículo 131° del CP) admiten la responsabilidad penal del empleador por la no adopción de medidas de protección laboral que pongan en peligro a sus trabajadores o cuando se produce la muerte o lesiones. En Chile se han discutido proyectos para incluir un delito de riesgos laborales, sin embargo, han sido archivados; empero, recientemente, a través de la Ley 21.240 se incorporó al CP su artículo 318° ter que reguló como un delito imputable al empresario: “El que, a sabiendas y teniendo autoridad para disponer el trabajo de un subordinado, le ordene concurrir al lugar de desempeño de sus labores cuando éste sea distinto a su domicilio o residencia, y el trabajador se encuentre en cuarentena o aislamiento sanitario”.

A pesar de destacarse la posición del legislador peruano que incorporó este renovado delito de protección penal a la seguridad y salud de los

1 El artículo 168-A ha sufrido una última modificación en diciembre de 2019 a través del Decreto de Urgencia N.° 044-2019.

trabajadores, su aplicación ha sido escasa o prácticamente nula. Algunas razones que pueden diagnosticar este fracaso son: i) la escasa difusión de su importancia a la sociedad y a los trabajadores; ii) la falta de un trabajo coordinado entre el Ministerio Público y la SUNAFIL; y, iii) la comprensión de que el Derecho penal no sería relevante para resolver estos problemas, teniendo en consideración que existe el Derecho laboral y el Derecho administrativo sancionador (ÁLVAREZ, 2019).

En este orden de ideas, el presente trabajo de investigación tiene como objetivo desarrollar dos puntos clave en relación a destacar la importancia de la responsabilidad penal del empleador como consecuencia de la infracción de sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo. El primero, que será principalmente trabajado, es resolver algunos mitos que han surgido en torno a la intervención penal en esta materia, los cuales han surgido con motivo de la exposición que se ha podido realizar durante diferentes seminarios académicos, así como consecuencia de la lectura de algunos comentarios por parte de expertos laboristas en la materia. El segundo es explicar la importancia y el sentido de admitir la responsabilidad penal en este ámbito. Debo advertir que no se trata una inclusión populista realizada por nuestro legislador, todo lo contrario, la posibilidad de que el empresario y su delegado puedan ser responsables penalmente en un supuesto admitido por la doctrina científica en el Derecho penal (MEINI, 1999), como incorporado en otros artículos del CP (ÁLVAREZ, 2020).

Finalmente, como una pretensión personal, se busca cifrar su atención en que el Derecho penal viene cobrando importancia en la regulación de ciertos aspectos de la realidad laboral, como una forma de refuerzo a su protección, y por los efectos simbólicos y didácticos de la pena. Así, la intervención penal se puede encontrar en los supuestos de trabajado forzoso (artículo 168-B), en la libertad sindical (artículo 168°), la explotación (artículo 153°-C), el acoso sexual en el ámbito laboral (artículo 176°-B.5). De otro lado, el Derecho laboral viene afrontando la intervención de la visión penal, en particular, en el acoso y hostigamiento sexual, dónde se reconocen principios y estándares de razonamiento probatorio propios

del Derecho laboral (la importancia de la declaración de la víctima, la incorporación de un comité de hostigamiento y acoso sexual, entre otros).

2. MITOS ALREDEDOR DE LA INTERVENCIÓN PENAL EN SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

2.1. ¿Puede el Derecho penal intervenir para proteger bienes jurídicos colectivos y de contenido difuso?

La polémica sobre la incorporación del Derecho penal en ámbitos de regulación primaria (derecho ambiental, propiedad industrial, salud pública), a través de la protección de bienes jurídicos colectivo ha enfrentado un rechazo y cuestionamiento en dos perspectivas. En la primera, se discute su admisión porque sería expresión de la expansión del Derecho penal que cada día tiene presencia en mayores ámbitos de la vida del ciudadano y del desarrollado de la empresa, a lo que sumaría la crítica de que las nuevas leyes penales serían fruto de partidos políticos y e intereses dominantes en la época (Silva, 2018). En la segunda perspectiva crítica se señala que un Derecho penal, respetuoso de las garantías jurídico penales reconocidas en nuestra Constitución, se debería mantener ajeno en dónde ya existe un Derecho primario que regula las relaciones jurídicas entre los afectados.

Una actitud crítica al nuevo ámbito de intervención del Derecho penal se encuentra en la denominada Escuela de Frankfurt, quienes se oponían a los nuevos procesos de criminalización ocurridos en el ámbito social y económico. Destacan dos argumentos que guardan conexión con la crítica actual a la intervención penal en el ámbito de seguridad y salud en el trabajo. Por un lado, los frankfurtianos acusan que el Derecho penal estaría siendo un instrumento de una política de seguridad, dejando de lado su papel como un mecanismo de reacción frente a las lesiones graves de los bienes jurídicos más importantes: vida, salud o integridad física. De otro lado, sostienen, por una parte, que la protección penal recaería sobre bienes jurídicos espirituales, mientras que, de otra, sostienen que no estaría probada su efectividad estadística.

De esta manera, la escuela de Frankfurt solo admitía la legitimidad de la intervención penal a través de estos nuevos bienes jurídicos en tanto estuvieran referidos a la protección de intereses individuales. Así, por ejemplo, la protección penal del delito de contaminación ambiental, tipificado en el artículo 304° del CP, sería legítima en tanto se conciba que el daño al medio ambiente lesiona los intereses de los ciudadanos. Si, por el contrario, se pretende que el Derecho penal intervenga para la protección de la regulación de sectores generales—por ejemplo, el tráfico económico, salud pública u otros—, en estos casos se debería dejar su protección al Derecho administrativo sancionador (García, 2014).

A la crítica realizada por los autores que pertenecen a la Escuela de Frankfurt, se puede agregar que en los últimos tiempos somos todos testigos de un aumento de Derecho penal que, muchas veces, es producto de un populismo que viene demandado por los medios de comunicación y que, otras veces, es aprovechado como un capital político por parte de nuestros legisladores. (SILVA, 2011) señala que el fenómeno de la expansión irracional del Derecho penal se debe, entre otras causas, al: **i)** el incremento de la sensación social de inseguridad frente al delito; **ii)** al proceder de los medios de comunicación que, muchas veces, transmiten una imagen de la realidad que busca crear en el receptor del mensaje una sensación de impunidad en comportamientos o conductas que, en algunas ocasiones no son delictivas; y, finalmente, **iii)** las propias autoridades o instituciones públicas que transmiten opiniones sesgadas de la realidad que contribuyen a la difusión de la sensación de inseguridad (pp. 28-29).

Nuestro país no es ajeno a este fenómeno. Así, por ejemplo, hemos creado delitos de cuestionable legitimidad como la protección a los animales (artículo 206°-A), o el resurgimiento de figuras delictivas ya reguladas y sancionadas a través del Derecho administrativo sancionador como la especulación y el acaparamiento (Decreto Legislativo N.° 635) o la creación de tipos penales de preparación delictiva que tienen la misma pena que los delitos principales (artículo 5-C, Decreto Legislativo N.° 813), entre otros problemas.

En este escenario resulta válido someter a debate si es justificable la intervención del Derecho penal en los nuevos ámbitos de la realidad social, con particular interés -por el objeto de la investigación- sobre la seguridad laboral, teniendo presente que todos reconocemos que Derecho penal es un instrumento cualificado de protección de bienes jurídicos especialmente importantes (SILVA, 2011). Las premisas para responder a esta cuestión pasan por dos puntos de partida que son importantes reconocer. **Primero**, es importante notar la conformación de nuevas realidades que antes no existían o que, aun existiendo, tienen un mayor grado de incidencia. A título de ejemplo podríamos mencionar la intervención del Derecho penal en el ámbito de la regulación económica y de mercado como en los delitos de lavado de activos o en los delitos financieros, o en ámbito de la libertad e intimidad de las personas a través de los delitos de acoso y hostigamiento sexual. Esto no significa aceptar toda pretensión de intervencionismo penal, sin embargo, es importante reconocer que nuestra realidad social y económico ha ido evolucionando en las últimas décadas y eso, en el ámbito del Derecho penal, ha llevado a que su intervención no se limite únicamente a la protección de los bienes jurídicos tradicionales como la vida, el cuerpo y la salud.

En segundo lugar, la creciente preocupación por la protección de realidades que el Derecho penal ya resguardaba, recurriendo a nuevas formas de intervención. En efecto, tradicionalmente el Derecho penal clásico apeló a la protección de realidades capaces de ser lesionadas y se recurría a los delitos de resultado con la aceptación del castigo de la tentativa. Hoy en día, la protección penal, se ha modernizado. Por un lado, hoy se busca abandonar la comprensión de que el Derecho penal proteger bienes jurídicos, en la medida que se entiende que la teoría del bien jurídico no sirve para delimitar la actividad punitiva y de intervención en el Derecho penal. Como acertadamente señala JAKOBS (1997), el Derecho penal moderno es un instrumento para el mantenimiento de la configuración social, por lo que su intervención es vital para garantizar la vigencia de las normas. De otra parte, en la protección de nuevas realidades se ha recurrido a la técnica de peligro con la finalidad de que el Derecho penal anticipe a la

lesión de una realidad exterior que luego no podrá ser modificada (por ejemplo, la vida).

En este orden de ideas, el reconocimiento de la responsabilidad penal en el ámbito laboral, específicamente, en seguridad y salud en el trabajo, revela que la nueva política criminal del Derecho penal de riesgos ha ampliado su ámbito de intervención en una realidad social que no solamente se presenta como problemática, sino que su ámbito de sensibilidad se ha ampliado. Esta ampliación vale la pena apreciarla con los datos estadísticos de la siniestralidad laboral este año, como entre los años 2012 al 2019, los cuales relevan el incremento de la siniestralidad laboral desde la entrada en vigencia de la LSST.

**NOTIFICACIONES DE ACCIDENTES DE TRABAJO
POR SEXO, SEGÚN MESES 2019**

MESES	SEXO				TOTAL	
	MASCULINO		FEMENINO		ABSOLUTO	%
	ABSOLUTO	%	ABSOLUTO	%		
ENERO	2 101	6,04	420	1,21	2 101	7,24
FEBRERO	2 478	7,12	508	1,46	2 986	8,58
MARZO	2 733	7,85	560	1,61	3 293	9,46
ABRIL	2 632	7,56	495	1,42	3 127	8,99
MAYO	2 515	7,23	537	1,54	3 052	8,77
JUNIO	2 541	7,30	485	1,39	3 026	8,70
JULIO	2 590	7,44	435	1,25	3 025	8,69
AGOSTO	2 218	6,37	442	1,27	2 660	7,64
SETIEMBRE	2 265	6,51	457	1,31	2 722	7,82
OCTUBRE	2 578	7,41	463	1,33	3 041	8,74
NOVIEMBRE	2 212	6,36	450	1,29	2 662	7,65
DICIEMBRE	2 216	6,37	469	1,35	2 685	7,72
TOTAL	29 079	83,56	5 721	16,44	34 800	100,00

**NOTIFICACIONES DE ACCIDENTES DE TRABAJO
POR CONSECUENCIA, SEGÚN MESES 2012-2019**

MESES	ACCIDENTES DE TRABAJO				TOTAL	
	NO MORTALES		MORTALES		ABSOLUTO	%
	ABSOLUTO	%	ABSOLUTO	%		
2012	15 488	9,50	189	0,12	15 677	9,62
2013	18 956	11,63	178	0,11	19 134	11,74
2014	14 737	9,04	128	0,08	14 865	9,12
2015	20 941	12,85	179	0,11	21 120	12,96
2016	20 876	12,81	151	0,09	21 027	12,90
2017	15 646	9,60	161	0,10	15 807	9,70
2018	20 132	12,35	150	0,09	20 282	12,45
2019	34 800	21,36	236	0,14	35 036	21,50
TOTAL	161 576	99,16	1 372	0,84	162 948	100,00

En este orden ideas, el tratamiento de la siniestralidad laboral debe partir de algunas consideraciones esenciales: i) somos un país jurídica y económicamente en evolución, dónde la tasa del nivel de informalidad es alta y el nivel de desempleo se ha incrementado con ocasión de la pandemia del COVID-19; ii) el Derecho penal no ofrece, seguramente, como creo que ningún otro terreno del Derecho, una solución integral al problema, pero puede y debe cumplir su función en estos nuevos ámbitos de interés sociales, a través del recurso de la pena y la anticipación penal; y, iii) el daño a la fuerza de trabajo, el coste social y sanitario, el dolor personal y el entorno familiar del perjudicado, e incluso la libre competencia empresarial que se defrauda por la actuación desleal de quien se ahorra en gasto de seguridad que los otros pagan con su vida y salud (DE RIVAS VERDES, 2019).

Por tanto, el recurso al Derecho penal no es un tema simbólico, nos encontramos frente a un problema real en un país que, en su aspiración de desarrollo, no puede tolerar el alto índice de siniestralidad laboral, no solo por el drama que supone a las familias afectadas, sino por el costo económico que ello importa. Es vital, como explicaremos en las siguientes líneas, superar la trasnochada visión de que la intervención penal es un recurso exclusivamente punitivo, cuando no directamente vindicativo. Como señala TERRADILLOS (2006), la amenaza de pena tiene, inicialmente, una función didáctica, muestra a la colectividad que vida y salud de los

trabajadores no son valores triviales, sino que se integran en el catálogo de bienes jurídicos de primera orden, de irrenunciable protección pública (p. 26)

2.2. ¿Respetar la intervención penal el principio de *ultima ratio*?

Otro de los obstáculos que tendría el Derecho penal para tener legitimidad en la intervención en la protección de la seguridad y salud de los trabajadores sería el respeto al principio de *ultima ratio*. Se afirma, pues, que la criminalización sería una tendencia inconveniente porque el Derecho penal pasaría de tener un carácter reservado para la protección frente a los ataques más graves a los bienes jurídicos esenciales a ser un Derecho de gestión, pues este ámbito ya estaría regulado por el Derecho laboral y el administrativo sancionador (BLUME, 2020).

Es una convicción bastante general en el Derecho penal moderno que, actualmente, únicamente el Estado tiene la potestad exclusiva para crear delitos y establecer penas, como consecuencia del principio de legalidad, así como también, que esta potestad de castigar conductas ilícitas no puede ejercerse de forma libre, sin límites. En este sentido, el principio de *ultima ratio* prescribe que el Derecho penal solo debe intervenir en los conflictos sociales que no pueden resolverse a través de los otros sistemas de control. Este carácter secundario del Derecho penal se expresa en el principio de subsidiariedad que demanda que el Derecho penal solo interviene para la protección de bienes jurídicos más importantes, mientras que el principio de fragmentariedad establece que el Derecho penal interviene frente a las conductas lesivas más graves hacia los bienes jurídicos más importantes (GARCÍA, 2012).

A lo anterior es importante tener presente, como se ha mencionado, que en la actualidad afrontamos un serio fenómeno del intervencionismo penal, no solo en nuestro país sino en varios países latinoamericanos, lo que demanda un mayor nivel de exigencia para comprender en qué casos es necesario el recurso al Derecho penal. En este sentido, la legislación penal moderna debe pasar por un proceso racional de comprender cuáles pueden ser aquellos intereses nuevos que son merecedores de la protección

por las ventajas que supone su intervención a través del recurso de la pena. Por tanto, no todo fenómeno expansivo debe tacharse, pues hoy en día el contexto político, social y económico reconoce que existe nuevas condiciones que son indispensables para la realización de las personas, de la sociedad y del propio Estado (CARNEVALI, 2008). Se debe reconocer que vivimos en nueva realidad, en una sociedad altamente compleja, que la tecnología y las nuevas formas de generar relación económicas, personales o sociales nos llevan a que determinados riesgos, debido a su dañosidad social y la imposibilidad de control por otros medios, deban ser controlados a través de la intervención del Derecho penal.

En este sentido, la intervención penal en este ámbito quedaría legitimada -siguiendo a GALLO (2018)- por cuanto “se busca proteger la vida y salud de los trabajadores, frente a los peligros graves a lo que están expuestos en el ámbito de las relaciones de trabajo y que proviene básicamente de los incumplimientos de las medidas de seguridad laboral, por parte del empleador” (p. 125). Es decir, se protege la vida e integridad física de los trabajadores en su relación con el empleador y el cumplimiento de estas de las normas de seguridad y salud en el trabajo. Se trata de la protección mediata a uno de los bienes jurídicos más importantes de nuestro ordenamiento jurídico que se realiza a través del efectivo cumplimiento de las medidas legales en seguridad laboral que establece el legislador. Debe recordarse como se anotó que, conforme a la estadística del Ministerio de Trabajo, la siniestralidad laboral desde el año 2012 a la actualidad ha sufrido un incremento notable, a pesar de la existencia del Derecho administrativo-sancionador y del derecho a la compensación por la muerte o lesiones de trabajadores que se activa a través del Derecho laboral. Si la tasa de siniestralidad laboral hoy en día es grave, a pesar de los controles administrativos y el derecho resarcitorio civil, debemos considerar relevante la intervención penal como un mecanismo de refuerzo.

Ahora bien, al tratarse del instrumento más restrictivo de derechos fundamentales, por principios, no puede ser utilizado para castigar toda infracción de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, sino, únicamente, aquellas que sean susceptibles de poner en grave

peligro la vida y salud del trabajador (ORÉ, 2018). Como señala HORTAL (2009), la criminalización de cualquier afectación en materia de riesgos laborales no solo deslegitimaría la intervención del Derecho penal, sino que resultaría contraria a los propios intereses de los trabajadores, por cuanto ello desincentivaría notablemente la actividad empresarial y, consecuentemente, el desarrollo económico (p. 100).

En efecto, como se desarrollará más adelante, la intervención penal tiene dos características particulares. Primero, se trata de recurrir al recurso del Derecho penal como un medio preventivo (como se describió en el ítem 2.1): el artículo 168-A, en su primer párrafo, está dirigido a sancionar con pena de prisión la omisión de las medidas de seguridad y salud en el trabajo que ponen en peligro la vida e integridad física de los trabajadores. De otro lado, la intervención del Derecho penal no es propiamente autónoma e independiente del Derecho laboral, todo lo contrario, la propia técnica de tipificación a recurrido a la ley penal en blanco para determinar dos datos relevantes: **quién será el obligado en materia de seguridad y salud en el trabajo; y, las obligaciones cuyo incumplimiento serán motivo de la intervención penal se encuentran contenidas en la LSST y otras normas relevantes de la materia.**

En definitiva, el objetivo de la presencia del Derecho penal, a través de la pena y de la técnica de tipificación del delito (anticipación penal y su relación de la estructura típica con el Derecho laboral), como señala Gallo (2018), pretende que la pena cumpla una función didáctica: mostrar a la colectividad que la vida y salud de los trabajadores no son bienes de segundo rango cuando se trata su protección en el ámbito del trabajo, sino que se integran dentro de un catálogo de bienes jurídicos de primer orden, de necesaria protección pública. Asimismo, insisto, la conminación del castigo a través de la sanción del empresario por el incumplimiento de las medidas de seguridad y salud en el trabajo que puedan poner en peligro la vida e integridad de los trabajadores busca generar un efecto preventivo y de anticipación a un supuesto de mayor daño e irreparable como lo constituye la muerte o lesiones graves al trabajador.

2.3. ¿Qué diferencia la protección penal de la seguridad y salud de los trabajadores, si el derecho administrativo sancionador tipifica infracciones por la inobservancia de medidas de protección laboral?

Fuera de que el apartado anterior ya se ha establecido la necesidad de la intervención penal en la materia y cómo este reconocimiento no afectaría el principio de ultima ratio, podrían mantenerse las observaciones en relación a si el sistema penal guardaría alguna diferencia con los tipos de infracción aplicados por el derecho administrativo-sancionador a través de SUNAFIL.

En la dogmática actual a este fenómeno se le identifica con la denominación de la administrativización del Derecho penal. Se trata de la creación de tipos penales sobre realidades que ya eran objeto de protección por la regulación primaria y en dónde se propicia un cambio en el modelo de intervención penal: modelo del delito de lesión de bienes individuales al modelo delito de peligro para bienes supra individuales (Silva, 2011). Algunos ejemplos de este nuevo enfoque de protección penal se pueden encontrar en la defensa del ambiente y en la seguridad pública, en donde el ordenamiento jurídico ha decidido realizar una intervención amplia a efectos de garantizar la protección de bienes tan importantes: penal y administrativa

Esta descripción anotada sobre la administrativización del Derecho penal no debe llevarnos a la confusión de que la intervención penal se produce con la finalidad de castigar penalmente el simple incumplimiento de normas administrativas, ello traería confusión de planos y funciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo (ARROYO, 2018). De hecho, aquel sector doctrinal que pretende diferenciar el injusto administrativo del penal en relación a la gravedad de la conducta fracasa en tanto pone la atención en que un juez o la Administración recurran a criterios dispares para decidir qué conducta merece ser investigada por el ordenamiento penal o administrativo.

En realidad, reconociendo que el Derecho penal sí ha ingresado en el terreno de la gestión de riesgos que son parte del Derecho administrativo,

queda establecer una diferencia en relación a la finalidad que cada uno persigue. Como señala SILVA (2011): El primero (Derecho penal) persigue proteger bienes concretos en casos concretos y sigue criterios de lesividad o peligrosidad concreta y de imputación individual de un injusto propio. El segundo (Derecho administrativo) persigue ordenar, de modo general, sectores de actividad (reforzar, mediante sanciones, un determinado modelo de gestión sectorial). Por eso no tiene por qué seguir criterios de lesividad o peligrosidad concreta, sino que debe, más bien, atender a consideraciones de afectación general, estadística (p. 153).

Ciertamente, como destaca el profesor español, la diferencia entre el ámbito penal y administrativo, pasa por los diferentes criterios de imputación y la exigencia de garantías individuales que debe recaer sobre la persona investigada: reconocer el principio de culpabilidad (proscribir la responsabilidad por hecho ajeno y la responsabilidad objetiva), establecer la lesividad (peligro o lesión de un bien jurídico), y delimitar la imputación individual del sujeto de la investigación (lo que se supone reconocer un haz de garantías materiales y procesales); estos, no se aplican, necesariamente, en el ámbito administrativo: no se reconoce el principio de culpabilidad (responsabilidad objetiva), la persecución se produce por criterios de oportunidad (ARROYO, 2018).

En el ámbito propiamente de la responsabilidad penal por el delito de atentado contra la seguridad y salud en el trabajo, precisamente, existe una marcada diferencia con la protección que se realiza en el ámbito administrativo. La protección penal no se activa por el mero incumplimiento de las medidas de seguridad y salud en el trabajo que establece la LSST y otras normas (ROSALES, 2020). De hecho, si se mantuviera la redacción del artículo 168-A, aprobada por Ley N.º 30222 de 11.7.2014, se reforzaría la perspectiva de la ausencia de diferencia entre la responsabilidad penal y administrativa, pues la intervención penal quedaba reducida al castigo al empresario y sus delegados por el incumplimiento a una orden o notificación expedida por la autoridad competente (SUNAFIL).

Hoy en día, la perspectiva de protección del Derecho penal en seguridad y salud en el trabajo no se fundamenta el simple incumplimiento

de normas de prevención de riesgos laborales (ORÉ, 2020). Las exigencias típicas o los presupuestos para instar la intervención del Derecho penal demandan: i) la responsabilidad personal del empresario o sus delegados (principio de culpabilidad); ii) el incumplimiento de medidas de seguridad laboral debe poner en peligro grave e inminente la vida e integridad física de los trabajadores; iii) conocimiento individual del empresario o su delegado sobre el incumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo. Por el contrario, en el ámbito administrativo la procedencia de una sanción se fundamentará en el mero incumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo.

2.4. ¿Si SUNAFIL tiene atribuida la facultad de paralizar el trabajo y el cierre temporal como medidas preventivas, por qué sería necesario el ingreso del Derecho penal?

Otro punto a dilucidar es la crítica que se plantea en torno a la intervención del Derecho penal cuando se afirma que no sería necesaria su presencia para sancionar la infracción de la normativa de seguridad y salud en el trabajo cuando se pone en peligro la vida e integridad física de los trabajadores, pues el Derecho administrativo ofrecería medidas preventivas como la posibilidad de instar la paralización de actividades de la empresa o, inclusive, el cierre temporal de una unidad económica, que se encuentra reconocidas por la Ley N.º 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, modificada por Decreto de Urgencia N.º 044-2019 (BLUME, 2020).

Esta crítica pierde de vista que la visión actual del proceso de intervención del Estado ha recobrado la idea de “policía”, lo que significa que, en determinados sectores, especialmente en aquellos donde existen riesgos a bienes o prestaciones esenciales estatales, se ha introducido un control permanente de actividades lícitas pero peligrosas (Silva, 2011). Esto se traduce en la implementación de vías de control administrativo preventivo, por un lado, a través de la incorporación de procedimientos de autorización o licencia para realizar una actividad (sucede en el ámbito ambiental, por ejemplo) y, de otro lado, se encuentran las medidas de vigilancia o inspección que juegan un rol esencial en la actuación preventivo-policial.

Un ejemplo de esta intervención preventiva estatal la podemos encontrar en el Reglamento de Supervisión de OEFA, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N.º 006-2019-OEFA/CD, de 15.2.2019, que reconoce como una facultad de la entidad de supervisión la posibilidad de instar medidas preventivas, como la clausura temporal o la paralización de actividades, siempre que se busque evitar un inminente peligro o alto riesgo de producirse un daño grave al ambiente, recursos naturales y la salud de las personas (artículo 27º y 28º).

En este sentido, no resulta válida la tesis que predica que la intervención preventiva administrativa en el ámbito laboral demostraría que no sería necesaria la intervención penal. El modelo de intervención del Estado hoy en día ha cambiado y su contexto de intervención se produce bajo la idea un criterio general de asegurar el control de los riesgos que interviene en forma rutinaria y bajo criterios de oportunidad, a diferencia del Derecho penal que requiere una sospecha inicial para iniciar una investigación y para ordenar medidas cautelares un grado alto de sospecha y de peligro procesal. A esto se suma que, por las características reseñadas de la intervención administrativa a través de estas medidas, resulta conveniente permitir que la actividad supervisora pueda proteger la esfera individual de los ciudadanos o de los bienes que protege de un modo rápido ante la apariencia de riesgo. ¿Nos podríamos imaginar que un inspector, habiendo detectado graves incumplimientos de medidas de seguridad y salud para los trabajadores, no pudiera ordenar la paralización y tendría que esperar el inicio de una investigación penal? La tendencia, en este punto, es adelantar de modo sustancial la barrera de protección.

Por estas razones, no debe entenderse que la protección que dispone los órganos de inspección en el ámbito de prevención de riesgos laborales se opone a la protección penal o que sería muestra de que la Administración sí tomaría medidas de prevención para proteger la vida y salud de los trabajadores. Se trata de medidas que responden a un Estado de policía que tienen una naturaleza jurídica y responden a criterios diferentes a los del Derecho penal. No obstante lo anterior, conviene resaltar que el Derecho penal podrá, inclusive, actuar en forma posterior pues será la

intervención inspectora la que podrá entregarle los insumos para detectar si existen indicios suficientes de la comisión del delito de atentado contra la seguridad y salud a los trabajadores, por una supuesta omisión de medidas que los habría puesto en peligro. En efecto, debe comprenderse que la actuación inspectora complementa la postulación de la investigación a cargo del Ministerio Público para la aplicación de este tipo penal. Por tanto, es importante, como señala DE OÑA (2009), que exista una acción coordinada con los inspectores de Sunafil, pues ellos en la práctica proporcionarán los elementos de la noticia criminal.

2.5. ¿Por qué sería necesaria la concurrencia del Derecho penal si en la vía laboral el trabajador podría reclamar daños y perjuicios por el incumplimiento de la obligación de seguridad del empleador?

Finalmente, otra de las posiciones contrarias a la intervención penal es aquella que comprende que el problema de la siniestralidad laboral se solucionaría con la potenciación de los mecanismos de resarcimiento. De esta manera, si lo que se pretende es reparar el daño ocasionado contra un trabajador como consecuencia de un accidente de trabajo es preferible tomar la vía laboral que, a diferencia de la penal, estaría conformada por jueces especialidades en establecer daños punitivos y comprender las normas sobre seguridad y salud en el trabajo (BLUME, 2020).

Abrigo serias dudas sobre si los propios especialistas en Derecho laboral estarían de acuerdo en que los jueces con especialidad en Derecho laboral serían los óptimos para resolver las controversias en torno a los daños con ocasión de la infracción del sistema de seguridad y salud en el trabajo, pues la posición de la Corte Suprema en los últimos tiempos ha ido apartándose de las normas del Código Civil para asumir un criterio graduar de responsabilidad del empleador cuasi-objetiva, como ha sucedido en la Cas. 6230-2014/La Libertad, Cas. 14158-2017/Callao o la Cas. Lab 4258-2016/Lima y el VI Pleno Jurisprudencial Supremo en materia laboral y previsional, dejando de aplicar los elementos previstos en el Código Civil para la responsabilidad civil contractual, como la relación de causalidad y el factor de atribución (VÁSQUEZ, p. 30).

De otro lado, se debe precisar, como se ha sostenido en las líneas precedentes, que la responsabilidad penal del empleador y sus delegados contenida en el primer párrafo del artículo 168°-A no se fundamenta en los supuestos de lesiones o muerte del trabajador. En efecto, el primer párrafo de dicho dispositivo legal ha recogido una forma de anticipación penal a través de la criminalización de un supuesto de peligro para la vida y salud de los trabajadores, es decir, el empresario y sus delegados podrán ser responsables penalmente cuando en forma deliberada vienen incumpliendo las obligaciones en seguridad y salud en el trabajo, y dicho comportamiento pone en peligro la vida de los trabajadores.

La responsabilidad civil que puedan declarar los jueces con especialidad en Derecho laboral no se funda, en estricto, en el solo incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, por lo menos ese supuesto no genera una obligación indemnizatoria por parte de la empresa. En este sentido, es relevante la Cas. Lab 1871-2015/Arequipa, en dónde se declaró fundada la demanda interpuesta por un trabajador por despido arbitrario al decretar la Corte Suprema que constituía actos de hostilidad del empleador cuando el trabajador era sometido a riesgos que imposibiliten su labor. Este fallo, para esta investigación, esclarece que la vía laboral no se puede activar, propiamente, para reclamar el solo incumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad laboral, sino que sirve para condenar actos de hostilidad del empleador o daños punitivos.

3. ¿POR QUÉ EL LEGISLADOR HA DECIDIDO INCLUIR COMO AUTOR DEL DELITO AL EMPLEADOR Y SUS DELEGADOS?

Si, como ya se ha advertido en el presente trabajo, el tipo penal del artículo 168°-A es un delito especial y, por tanto, tiene un círculo específico de autores: el empleador y sus delegados, queda por responder las críticas que se pueden formular respecto a la legitimidad de incorporar un tipo penal que establece responsabilidad penal para un cierto grupo de personas dentro de la organización empresarial.

En efecto, existe un sector que se opone a la forma de tipificación del artículo 168°-A basado en que se trataría de un modelo que impondría

responsabilidad penal al Gerente General, cuando la responsabilidad de la fiscalización de normas de seguridad y salud en el trabajo lo realiza otro grupo de profesionales, es decir, primaría para ellos el criterio de la inmediatez o cercanía con el daño ocasionado, antes que la responsabilidad por la gestión de determinados riesgos (ROSALES, 2020).

La cuestión para comprender la responsabilidad del empleador y sus delegados en este tipo penal especial parte de entender cómo se puede establecer la responsabilidad penal tratándose de estructuras empresariales, dónde no solo converge un solo individuo a quien se le puede imputar el hecho, sino que habrá que determinar quiénes serán las personas que podrán tener competencia preferente o institucional por dicho hecho (ZUGALDÍA, 2011). Como es sabido, en el ámbito de la delincuencia individual los criterios de imputación generalmente giran en torno de un único autor caracterizado por su intervención personal e inmediata a la realización del hecho penalmente prohibido, si se pretendiera resolver los problemas de la delincuencia empresarial utilizando esos mismos criterios llegaríamos a la insostenible situación de centrar la imputación penal a los niveles más bajos de la estructura empresarial. Efectivamente, esa forma de construir la imputación tendría como principal inconveniente de invertir la lógica de trabajo empresarial, pues pone su atención en el trabajador que tiene, normalmente, poco margen de discrecionalidad o de dirección y deja fuera a los que toman las decisiones relevantes (PEÑARANDA, 2016).

Hoy en día la producción de bienes o servicios o en las actividades de explotación de recursos naturales, se caracteriza porque operan empresas organizadas de una forma más o menos jerárquica, donde es común la delegación de funciones y la división y organización del trabajo, por lo que es normal que se produzca una división entre la ejecución de la actividad empresarial y la gestión o responsabilidad de la misma. Por esta razón, como señala PEÑARANDA (2016), “se pretende que el Derecho penal y, en particular, la dogmática de la autoría y participación asuman un cambio de paradigma” (239). Este cambio significa que la responsabilidad primaria por el hecho delictivo no se debe centrar únicamente en el comportamiento que estuvo cercano a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, sino

fijar la atención en la dirección de la organización, que muchas veces se pretende que sea la última en asumir la responsabilidad penal.

En base a estas consideraciones es que la doctrina nacional, se ha mostrado a favor de la responsabilidad del empresario, como una derivación de la capacidad organizativa que posee para crear la empresa que le impone, en contraposición, un deber de cuidado o de gestión de riesgos. Consecuencia de lo anterior es que el empresario puede ser competente, por un lado, de los daños que sufren las personas que trabajan en y para la empresa -lo que generaría responsabilidad penal del empresario como empleador-, o, de otra parte, por los daños que produzca la empresa por un comportamiento exterior -como sería el caso de una responsabilidad ambiental por vertimientos tóxicos-. Esa responsabilidad, sin embargo, se debe **delimitar**, evitando introducir supuestos de responsabilidad por hechos de terceros o por la mera posición dentro de la empresa (MEINI, 1999).

En el caso del artículo 168°-A el legislador ha creado un tipo penal de infracción de deber que reconoce una posición institucional del empresario como garante de la seguridad y salud en el trabajo en tanto es titular de la actividad empresarial. Se trata de un deber de control de fuente de peligro que nace a partir de que el empresario tiene la capacidad para poner en marcha procesos causales que desarrollan una actividad que, si bien es socialmente aceptada, puede generar riesgos tanto para el interior como para el exterior de la empresa. En efecto, como señala MEINI (1999), es la base de dicha autoorganización la que fundamenta la existencia de un derecho-deber que le corresponde al titular y que, por tanto, asumen las consecuencias de dicha organización (positivas – en tanto tiene el derecho de obtener el beneficio de su actividad-, como negativas –en cuanto tiene el deber de responder por las lesiones a otros bienes jurídicos). Asimismo, este deber abarca no solo la obligación de control y vigilar los cursos (comportamientos peligrosos), sino que debe evitar que surjan riesgos a posteriori y, en caso surjan, controlar y evitar que generen lesiones a bienes jurídicos.

4. CONCLUSIONES

- El moderno Derecho penal se caracteriza por la protección de nuevos intereses sociales que van de la mano con la actualidad social, económica y política de cada país. En la protección de estas nuevas realidades se ha visto necesario recurrir a las fórmulas de anticipación penal como un mecanismo de prevención.
- La intervención penal en materia de seguridad y salud en el trabajo no lesiona el principio de ultima ratio. El Derecho penal protege la vida y salud de los trabajadores en relación a la posición del empleador frente al incumplimiento de medidas de prevención laborales. Se trata de una realidad que, según las estadísticas, se ha vuelto problemática y es necesario recurrir al Derecho penal para usar a la pena como un medio didáctico para que el empresario comprenda la importancia de este nuevo interés social.
- En la actualidad nuestro ordenamiento jurídico contempla varios mecanismos para la protección de la seguridad y salud en el trabajo: i) el derecho administrativo-laboral para sancionar al empresario por el incumplimiento de normas de seguridad laboral; ii) la reparación civil del daño irrogado al trabajador imputable por la inobservancia del deber de prevención del empleador; iii) la responsabilidad penal del empleador por la inobservancia de medidas de seguridad que ponen en peligro la vida o salud de los trabajadores, o cuando la lesionan.
- El Derecho penal tiene una estructura y finalidad diferentes a la sanción administrativa. El Derecho penal no sanciona el mero incumplimiento de normas de seguridad laboral, se exige la puesta en peligro o la lesión a la vida e integridad a los trabajadores, a lo que se añade las diferencias cualitativas respecto al derecho administrativo sancionador.
- En relación el derecho de daños que se reclama en la vía laboral, la responsabilidad civil que puedan declarar los jueces con espe-

cialidad en laboral no se funda en el incumplimiento de normas de prevención laboral, sino en los daños a la persona.

- El fundamento de la responsabilidad penal que pueda recaer sobre el empleador y sus delegados se fundamenta en su capacidad organizativa para crear la empresa y en su deber para controlar los riesgos. La moderna dogmática actual comprende que la imputación penal, tratándose de estructuras corporativas, no se debe centrar únicamente en el trabajador que lesiona un bien jurídico, sino que tiene que poner su mirada en las personas a cargo de la toma de decisiones y que tienen competencia sobre el cómo y cuándo se ejecuta una decisión.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVAREZ, F, “El problemático artículo 168-A del Código Penal. Tres cuestiones controvertidas”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.º 130, Abril, 2020.

ÁLVAREZ, F, <https://miscelaneasdelima.lamula.pe/2020/01/09/el-caso-mcdonalds-y-los-retos-de-cambio-en-la-legislacion-para-los-trabajadores/mguerrero2113>. Recuperado el 12.9.2020.

ARROYO, M, “Apuntes sobre la administrativización del Derecho penal del medio ambiente”, *Actualidad jurídica ambiental*, N.º 83, 2018.

BLUME, I, “La criminalización del Derecho al trabajo. ¿mayor protección al trabajado o fracaso del Derecho laboral”, <https://www.enfoquederecho.com/2020/02/27/la-criminalizacion-del-derecho-del-trabajo-mayor-proteccion-para-el-trabajador-o-fracaso-del-derecho-laboral/>. Recuperado el 5.9.2020.

CARNEVALI, R, “Derecho penal como *ultima ratio*. Hacia una política criminal racional. *Ius et Praxis*, 14(1), 2008. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000100002>. Recuperado el 10.9.2020.

DE OÑA, J, “Problemas relativos a la persecución y enjuiciamiento de las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales”, en Protec-

- ción penal de los derechos de los trabajadores, Hortal, J (coordinador) B de F, Buenos Aires, 2009.
- DE RIVAS VERDES, C, La responsabilidad penal por falta de medidas de seguridad en las obras de construcción, La ley, Madrid, 2017.
- GALLO, P., Riesgos penales laborales. Responsabilidad penal del empresario por riesgos, enfermedades y accidentes laborales, B de F, Buenos Aires, 2018.
- GARCÍA, P., *Derecho penal. Parte General*, 2º edición, Jurista Editores, Lima, 2012.
- GARCÍA, P., *Derecho penal económico. Parte General*, 3º edición, Jurista Editores, Lima, 2014
- HORTAL, J. C, “Concreción del riesgo típico en el delito contra la seguridad en el trabajo (Art. 316 CP). A la vez, un apunte sobre algunos modelos europeos de protección penal de la prevención de riesgos laborales”, en Protección penal de los derechos de los trabajadores, Hortal, J (coordinador) B de F, Buenos Aires, 2009.
- JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*. Fundamentos y teoría de la imputación, 2º edición corregida, Marcial Pons, 1997.
- MEINI, I, “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, N.º 52, 1999.
- ORÉ, E, “Prevención de riesgos laborales y Derecho penal”, Derecho PUCP, N.º 81, 2018.
- PEÑARANDA, E, “Autoría y participación en la empresa”, en: *Fraude a los consumidores y Derecho penal. Fundamentos y Talleres de Leading Case*, Corcoy, M & Gómez, V, (directores), B de F, Buenos Aires, 2016.
- ROSALES, J, <https://semanaeconomica.com/legal-politica/laboral/seguridad-en-el-trabajo-como-protegerse-frente-a-una-sunafil-mas-severa>. Recuperado el 12.9.2020.

- SILVA, J., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, B de F, Buenos Aires, 2011.
- SILVA, J., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018.
- TERRADILLOS, J., “Respuesta penal frente a la siniestralidad laboral”, en: *Tutela penal de la seguridad en el Trabajo*, Bilbao, 2006.
- VÁSQUEZ, J., “¿Estamos ya dentro de un nuevo sistema de responsabilidad del empleador por accidentes de trabajo en el Perú?”, *Revista de Derecho*, Vol. 20, 2019
- ZUGALDÍA, J. & PÉREZ, E, “Responsabilidad penal del empresario y del técnico en prevención de riesgos laborales”, en: *Anuario de Derecho penal económico y de la empresa*, Caro, D (director), Lima, 2011.