

FUNDAMENTO, ALCANCE Y LÍMITES DE LA POSICIÓN DE GARANTE DEL EMPRESARIO FRENTE A LOS RIESGOS Y ACCIDENTES DE TRABAJO

*Patricia Gallo**

Resumen: En el marco de la estructura compleja de la empresa, donde los procesos de producción o distribución de bienes y/o servicios son potencialmente peligrosos para la vida y salud de los trabajadores, se pone de relieve la problemática referida al fundamento –y alcances– de la posición de garante del empresario –frente a riesgos y accidentes laborales– como organizador exclusivo del proceso productivo. En este contexto, será necesario esbozar el criterio definitorio de la figura del empresario, así como también delimitar las esferas de competencia entre los directivos de la empresa –teniendo en cuenta el mecanismo de la delegación como origen de los diferentes ámbitos de organización. Sin embargo, también se deberá delimitar bajo qué condiciones

* Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, máster en Derecho penal por la Universidad de Sevilla, docente de Derecho penal en la Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, Argentina. Correo-e: patricia_gallo@yahoo.com.

Fecha de recepción: 04 de abril de 2019. Fecha de aceptación: 9 de junio de 2020. Para citar el artículo: PATRICIA GALLO. “Fundamento, alcance y límites de la posición de garante del empresario frente a los riesgos y accidentes de trabajo”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 40, n.º 108, enero-junio de 2019, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 137-157 . DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v40n108.06>

puede hablarse de una esfera de competencia del trabajador –considerado como sujeto autorresponsable y titular de sus bienes jurídicos expuestos al riesgo.

Palabras clave: Empresario; Organizador; Posición de garante; Ámbito de organización; Delegación; Habilitación.

FOUNDATION, SCOPE AND LIMITS OF THE GUARANTOR POSITION OF THE EMPLOYER IN THE FACE OF RISKS AND ACCIDENTS AT WORK

Abstract: Within the framework of the complex structure of the company, where the processes of production or distribution of goods and / or services are potentially dangerous for the juridical life and health of the workers, the problematic referred to the foundation is highlighted. -and scope- of the position of guarantor of the employer (against risks and accidents at work) as the exclusive organizer of the production process. In this context, it will be necessary to outline the defining criterion of the figure of the entrepreneur, as well as to delimit the spheres of competence among the managers of the company (taking into account the mechanism of delegation as the origin of the different areas of organization). However, it should also be defined under what conditions can be spoken of a sphere of competence of the worker (considered as a self-responsible subject and owner of their legal assets exposed to risk).

Keywords: Entrepreneur; Organizer; Position of Guarantor; Scope of Organization; Delegation; Rating.

I. INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LA ESTRUCTURA COMPLEJA DE LA EMPRESA

En la búsqueda de criterios para delimitar a la figura del *empresario*, en tanto garante del foco de peligro –proceso productivo– y posible sujeto activo de los delitos imprudentes de resultado –homicidio y lesiones– que afectan a los trabajadores en relación de dependencia, no debe perderse de vista que en la organización jerárquica empresarial no siempre la conducta puramente ejecutiva es la que debe ser examinada desde la perspectiva de su relevancia penal, sino que será más relevante el papel de quien está situado jerárquicamente por encima –quien detenta el control efectivo de la empresa o la jefatura en el proceso de producción¹.

1 En las actividades económicas más características solo se encuentran individuos aislados entre los consumidores o receptores finales de bienes y servicios. En el lado opuesto, el de la producción y dis-

En este sentido, las empresas y personas jurídicas son una realidad emergente que ya no pueden ser tratadas como una suma de sujetos individuales sino que suponen una nueva realidad social distinta a aquellos².

El avance tecnológico empresarial exhibido en los últimos treinta años, caracterizado por la descentralización de las empresas, la delegación de funciones, las diversas áreas de competencia, la autosuficiencia que despliegan los sistemas computarizados, el veloz tráfico de la información, y las ilimitadas herramientas que ofrece internet, ha provocado un cambio de conductas en el gobierno de las compañías³.

La descentralización de las decisiones, característica organizativa de la empresa actual, comporta el riesgo de convertir la “organización de la responsabilidad” en la “organizada irresponsabilidad”. Ello, por cuanto se produce un desplazamiento de la responsabilidad hacia los sectores inferiores del organigrama, ya que solo ellos llevan a cabo por sí mismos la conducta típica⁴.

tribución de dichos bienes y servicios, operan en cambio, casi exclusivamente, empresas organizadas de una forma más o menos jerárquica, en las que en virtud de un fenómeno de –sucesiva– delegación de funciones y de división y organización del trabajo, se da una separación muy significativa entre la ejecución de la actividad empresarial potencialmente constitutiva de un hecho delictivo y quienes tienen en última instancia la responsabilidad de que se lleve a cabo dicha actividad. En estos contextos, la conducta de aquel que siendo el último en actuar, provoca inmediatamente la lesión o puesta en peligro de algún bien jurídico, no es, por lo tanto, la única que tiene interés para el Derecho penal y tampoco es necesariamente la más relevante. Al contrario, en muchas ocasiones adquieren una mayor importancia –o incluso una importancia exclusiva– otros comportamientos más alejados de aquella lesión o puesta en peligro, que pueden haber consistido en tomar la decisión determinante del hecho, en ordenar su ejecución o, simplemente, en no haber adoptado las medidas necesarias para impedir la realización del delito (Peñaranda Ramos, Enrique, “Autoría y participación en la empresa”, en AA.VV., *Cuestiones Actuales de Derecho Penal Económico*, Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo (dir.), Madrid, Colex, 2008, pp. 161 y ss.). En la empresa nos hallamos ante una estructura organizada, basada en el principio de decisión del trabajo y en el principio de jerarquía. Dada una estructura así, se comprende que la conducta puramente ejecutiva –la del sujeto subordinado que por sí solo o en conjunto con otros produce el hecho delictivo– no siempre es la más relevante. Por ese motivo, con la sanción exclusiva de éstos no se alcanzan las finalidades político-criminales perseguidas. Más importante es, generalmente, el papel de quienes están situados jerárquicamente por encima, hasta alcanzar a quienes detentan el control del ente colectivo (María Batista González, “La responsabilidad penal de los órganos de la empresa”, en AA.VV., *Derecho penal económico*, Bacigalupo (dir.), Buenos Aires, Hammurabi, 2005, pp. 29 y ss.).

2 Feijoo Sánchez, Bernardo, *Derecho penal de empresa e imputación objetiva*, Madrid, Reus, 2007, p. 126.

3 Cuneo Libarona, Rafael. *Responsabilidad penal del empresario*, Buenos Aires, Astrea, 2011, p. 24.

4 Terradillos Basoco, Juan. *Derecho penal de la empresa*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 38-39. Sobre esta cuestión, Héctor Hernández Basualto destaca que carece de fundamento una exigencia de “proximidad” entre la conducta imprudente y el resultado. Lo único decisivo para afirmar o rechazar la imputación objetiva del resultado y, con ello, en buena medida, la responsabilidad penal, es si el riesgo prohibido creado por la infracción del deber de cuidado se realiza o no en el resultado concreto. La razón de esta aclaración, según el autor, radica en cierta actitud en algunos operadores jurídicos, que *a priori* suelen ver meros ilícitos civiles donde no hay cercanía física entre víctima e imputado ni cercanía temporal entre conducta y resultado. Es este un prejuicio infundado y que responde a una concepción primitiva de los delitos imprudentes de resultado (“Apuntes sobre la responsabilidad

Sin embargo, en el marco de la estructura compleja empresarial, se pretende que el Derecho penal y en particular la dogmática de la autoría y participación asuman un cambio de perspectiva: la responsabilidad primaria por comportamientos delictivos cometidos en la empresa no se ha de referir –y menos reducir– a quien directamente ejecuta el hecho –que puede llegar a ser un trabajador con un ámbito de competencia y una capacidad de decisión muy limitada–, sino a la dirección de la organización, que es tenida por responsable en última instancia de que tales comportamientos se produzcan. En este sentido, el modelo más adecuado de configuración de la autoría y la participación jurídico penales –*top-down model*– a la problemática aquí tratada, parte de la responsabilidad preferente de los administradores o directivos de la empresa –empresarios– y luego la amplía, en su caso, dentro de ciertos límites y en distintos grados, a los mandos intermedios –delegados–, los encargados y los demás empleados o trabajadores de la misma⁵.

Desde esta óptica la doctrina española ha esbozado diferentes conceptos de “empresario”.

II. CONCEPTO DE EMPRESARIO

Lascuraín Sánchez considera al empresario como el sujeto que posee la totalidad o la mayoría de las acciones, como el que posee una minoría suficiente para *controlar*

(imprudente) de los directivos de empresa”, en AA.VV., *Derecho Penal Económico*, Buenos Aires, B de F, 2010, pp.123-124).

- 5 Peñaranda Ramos, *Cuestiones Actuales...*, pp. 161 y ss. En esta dirección cabe citar una sentencia del Tribunal Supremo español (STS), del 29 de julio de 2002, en la que se expresa que “cuando se trata de delitos cometidos a través de una persona jurídica (...) la verdadera responsabilidad no está en la base sino en el vértice que tiene capacidad de decisión”. Por su parte, la STS de 25 de octubre 2002 expresa: “La organización jerárquica de las empresas determina que no siempre la conducta puramente ejecutiva del operario subordinado sea la que deba ser examinada desde la perspectiva de su relevancia jurídico penal, sino que normalmente será mucho más importante el papel de los que están situados jerárquicamente por encima”. Sobre el punto, Feijoo Sánchez sostiene que el modelo *top down* puede ser útil en determinados casos vinculados a empresas no demasiado grandes, pero no resuelve todos los problemas. En la gran empresa tienen tal importancia los cargos intermedios o jefes de sección o de departamento o de una unidad operativa concreta con autonomía y gran capacidad de decisión que no siempre sería adecuado resolver los conflictos penales proyectando la responsabilidad hacia el vértice superior de la pirámide (*Derecho penal de la empresa*, pp. 159 y ss.). Ante esta advertencia, Peñaranda Ramos señala que no le parece acertada la conexión de tales preocupaciones con la definición del propio concepto de autor ni la relatividad con la que de ese modo se termina de configurar el ya poco preciso criterio del dominio “normativo” –o “social”– del hecho; este autor se pregunta: ¿cómo de grande o pequeña debe ser la empresa para que un determinado sujeto (un directivo, encargado u operario) sea o deje de ser autor del delito? (*Cuestiones actuales...*, pp. 165-156). Raquel Montaner Fernández cree que la solución sobre la atribución de responsabilidad penal a las personas físicas que delinquen a partir de la actividad de su empresa requiere la combinación de los postulados defendidos por ambos modelos de imputación. Ello se explica, por una parte, sobre la premisa de que todos los miembros de la empresa son responsables de sus propios comportamientos –autorresponsabilidad–. Por lo tanto, no hay impedimento para afirmar que las normas penales también se dirigen a ellos, aunque no formen parte de la alta dirección de la empresa (*Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, Barcelona, Atelier, 2008, p. 40).

la empresa y *fixar su política general*. Lo es también el que sin ser titular de acción alguna ostenta la dirección última de la actividad y no puede ser, en la práctica controlado por los pequeños accionistas de la sociedad⁶. Corcoy Bidasolo señala que con relación a la seguridad en el trabajo, el concepto de empresario se equipara a los “cargos directivos de todo nivel”. Aclara que pese a esta pretendida ampliación y equiparación de la responsabilidad penal con relación a la seguridad en el trabajo, los criterios generales de determinación de la autoría y participación son también válidos en este ámbito y por lo tanto deben tomarse en consideración los diferentes niveles de responsabilidad –división vertical del trabajo–, la posibilidad de delegación, las empresas de trabajo temporal, etc.⁷. En términos de Terradillos Basoco, el empresario es quien “recibe, organiza y dirige la prestación de servicios por parte de los trabajadores”⁸. Montaner Fernández, al distinguir diferentes niveles, parte de un concepto de empresario como *top management* de la empresa, o sea el empresario que realmente tiene funciones de gestión, aunque sea de carácter estratégico y no operativo. Esto es, funciones de planificación, organización, coordinación y vigilancia generales, es decir funciones como el “establecimiento y fijación de la política de la empresa en sentido amplio”. Además de estas funciones de gestión estratégica pertenecientes al *top management* de la empresa, existen otras funciones de gestión de carácter operativo. Estas son competencia de los gestores que se sitúan fuera del órgano de administración de la empresa. Así pues, se habla del *management* medio y el más bajo. A la dirección media de la empresa le incumben deberes de dirección, coordinación y control más específicos. Entre estos directivos suelen ubicarse al director o gerente general de la empresa y en caso de grupos de empresas, al director de cada filial. La dirección inferior de la empresa, viene representada por los directivos que están al frente de los distintos departamentos de la empresa, ejemplo: comercial, ventas, etc. Los directivos de nivel intermedio e inferior poseen facultades de decisión de carácter operativo o situacional y no estratégico⁹.

En mi opinión, el criterio decisivo para definir al empresario, en tanto garante de la fuente de peligro representada por el proceso productivo en este ámbito de relaciones jerarquizadas (empresa) –y que de alguna manera subyace a las posturas doctrinales antes expuestas– es el que considera relevante la conducta de quien es *responsable del ámbito de organización por ser el legitimado para configurarlo con exclusión de otras personas*¹⁰.

6 *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, Civitas, 1994, p. 261. En igual sentido, Juan Hortal Ibarra, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Barcelona, Atelier, 2005, p. 250.

7 “Siniestralidad laboral y responsabilidad penal”, en AA.VV., *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Mir Puig/Corcoy Bidasolo (dir), Buenos Aires, B de F, 2009, p. 362.

8 *Derecho penal de empresa*, p. 96.

9 *Gestión empresarial...*, pp. 56-57.

10 Hortal Ibarra, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, p. 241 y nota 574. En igual sentido Feijoo Sánchez, quien además señala que este fenómeno de la existencia de claros ámbitos de

III. EL DEBER DE SEGURIDAD DEL EMPRESARIO

El deber de seguridad del empresario en el marco de la actividad laboral surge como expresión del general *neminem laedere* en relación con la creación de riesgos propios del proceso productivo –su ámbito de organización. Esta exigencia de abstenerse de crear riesgos, de actuar de tal modo que no se ponga en peligro la vida y la salud de otras personas no es absoluta, pues cede cuando la actividad peligrosa es útil y necesaria y como tal valorada por el ordenamiento jurídico.

La actividad empresarial, en cuanto tarea productiva o distributiva que requiere aplicación de energía al mundo exterior para proceder a su transformación, supone, en mayor o menor medida, la generación de riesgos para bienes jurídicos ajenos. La razón por la que la sociedad permite y aun fomenta dicha actividad, incluso en supuestos en que desata graves peligros para bienes fundamentales, radica tanto en su utilidad general como en la *perspectiva de interposición de los adecuados medios de control del riesgo por parte de sus agentes*¹¹.

La doctrina española ha tratado de determinar el fundamento de la posición de garantía que ostenta el empresario frente a los riesgos laborales y los resultados lesivos –lesión y muerte del trabajador– generados por la concreción de dichos riesgos.

Quienes más han profundizado en la búsqueda del fundamento del deber de seguridad del empresario en el ámbito de los riesgos laborales han sido Arroyo Zapatero y Lascuráin Sánchez.

IV. Posturas doctrinales sobre el fundamento de la posición de garante del empresario

Atendiendo a la particular naturaleza del “riesgo de empresa” –creado por el empresario– una primera postura (Arroyo Zapatero) distingue dos momentos: la *apertura* de la empresa, momento de la creación del riesgo y el *ejercicio* de la empresa, proceso en el que se mantiene y desarrolla el riesgo creado y que puede crecer o disminuir –a su vez, aquí se distingue la posición del empresario frente a riesgos propios y a riesgos generados por terceros que intervienen en el ejercicio de la empresa¹².

organización y responsabilidad provoca que aunque alguien sepa o pudiera saber que está favoreciendo una conducta delictiva, no se le podrá imputar el hecho típico mientras no tenga que ver con su ámbito de actividad dentro de la empresa (*Derecho penal de la empresa*, pp. 180 y 191).

11 Lascuráin Sánchez, Juan. “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario”, en AA.VV., *Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedeman*, Madrid, BOE, 1995, p. 216.

12 Luis Arroyo Zapatero. *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Madrid, Servicio Social de Higiene y Seguridad en el Trabajo, 1981, pp. 136 y ss. En contra, Sara Aguado López, quien no está de acuerdo en que pueda diferenciarse tan radicalmente esos dos momentos a la hora de fundamentar

Según este esquema, la actividad de abrir una empresa es parte del riesgo permitido; si bien es un actuar precedente peligroso está permitido, pero no porque se trate de una injerencia “conforme a Derecho” se excluye la imputación al empresario del deber de garantía¹³. El deber de garante consiste en la *acción que tienda a evitar que el riesgo inicialmente creado se eleve por encima del riesgo permitido*, el estrictamente necesario para lograr la producción del bien o servicio socialmente deseado. La conducta tendente a *evitar la elevación del riesgo será la conducta cuidadosa exigida*. De aquí se desprende que el deber primario del garante de no elevación del riesgo derivado de una fuente de peligro es *la vigilancia sobre la fuente de peligro* para detectar las posibles alteraciones en la misma. *El deber de cuidado es el contenido concreto del deber de garante*. Cuando el sujeto actúa corrigiendo o neutralizando las elevaciones del riesgo lo que está haciendo es cumplir con las exigencias de la posición de garante en que está situado desde antes¹⁴.

Según este razonamiento, la correcta relación entre injerencia y conducta antijurídica es la siguiente: para fundamentar la posición de garante del injerente y la equiparación al hacer activo no es necesario que la acción precedente sea contraria al deber; sin embargo, sí es necesario que lo sea la conducta *subsecuente*. Es decir, para fundamentar la posición de garante, la conducta del que por su injerencia se obligó como garante ha de ser contraria al deber objetivo de cuidado, por tolerar la elevación del riesgo por encima del nivel permitido. La antijuridicidad no se produce al momento de abrir la empresa, sino posteriormente, al no vigilar. *Hay, pues en la injerencia de riesgo permitido una exigencia de antijuridicidad, pero referida a la conducta posterior y no a la precedente*¹⁵.

Hasta aquí, el deber de garante es fundamentado por esta postura en la injerencia; sin embargo, al tratar la situación de los “riesgos ajenos”, fundamenta esa especial posición del empresario en el *poder de dirección*. El contenido específico del deber

los deberes de seguridad del empresario, sino que por el contrario se confunden –momento de apertura de la empresa y momento del ejercicio del poder de dirección– (*El delito contra la seguridad en trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 298).

- 13 Arroyo Zapatero. *La protección penal de la seguridad...*, pp. 136 y ss. Un criterio similar a este encontramos también en Luis Gracia Martín. *El actuar en nombre de otro en Derecho penal*, Zaragoza, Prensas de la Universidad de Zaragoza, 1985, p. 379, que acuñó la expresión “dominio social” para referirse a lo que Arroyo Zapatero denomina “relación de señorío del empresario”. También Bacigalupo, Enrique. “La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial” en ID (dir), AA.VV., *La responsabilidad penal de las sociedades. Actuaciones en nombre de otro. Responsabilidad de los consejos de administración. Responsabilidad de los subordinados, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1995, pp. 68 y ss.
- 14 En igual sentido, Lascurain Sánchez sostiene que en los supuestos de riesgo permitido, la creación de este es, por definición, acorde con el deber objetivo de cuidado, pero implica la atribución tanto de deberes de garantía como de deberes especiales de cuidado al que crea aquel o lo mantiene en su dominio. Si el sujeto crea un peligro nuevo o adicional no permitido infringe el deber de cuidado; si no adopta los medios prescritos de control del riesgo y permite que este rebase las barreras de lo permitido, infringe el deber de garantía (*La protección penal de la seguridad...*, pp. 261 y ss.).
- 15 Arroyo Zapatero, *La protección penal de la seguridad...*, pp. 136 y ss.

de garantía del empresario sobre los riesgos ajenos –de los subordinados que actúan bajo su “señorío”–, se resuelve fundamentalmente en una función de vigilancia y control sobre la actividad de estos, en la adopción de todas las medidas de coordinación entre él y su subordinado y de los subordinados entre sí, y en la suspensión de estos en su actividad cuando aprecie que la selección efectuada en la apertura de la empresa no fue acertada, o se deteriore la aptitud de estas personas posteriormente –poder de dirección empresarial.¹⁶

Recapitulando, esta primera posición sustenta el deber de garante del empresario en dos fundamentos distintos. Con relación a los riesgos que el empresario introduce en la empresa –en el momento de la apertura de la empresa o en un momento posterior– es responsable por injerencia. Respecto de los riesgos que introducen personas o elementos distintos del empresario que intervienen en la empresa y que carecen de poder de decisión –trabajadores, animales, etc.–, el empresario sería responsable por ser el titular de un poder fáctico y jurídico –poder de dirección– de organizar los elementos materiales y personales de la empresa.

A mi modo de ver, el razonamiento de Arroyo Zapatero puede presentarse como contradictorio cuando al tratar la posición de garante del empresario en la apertura y ejercicio de la empresa, fundado en la injerencia, concluye que el deber primario del garante, de no elevación del riesgo derivado de una fuente de peligro, es *la vigilancia sobre la fuente de peligro* para detectar las posibles alteraciones en la misma, y agrega que “el riesgo de nuevo tipo o grado no es necesariamente creado por el sujeto, sino producto natural de la propia fuente de riesgo o de la influencia de factores materiales o personales ajenos al hacer del sujeto”. Es decir que conforme a esta reflexión, los “riesgos ajenos” –entre ellos los de los trabajadores– estarían incluidos como posibles elevaciones del riesgo que debe mantener en el nivel de permitido, por injerencia, sin necesidad de recurrir a un fundamento diferente, como posteriormente hace.

Una segunda postura doctrinaria (Lascuráin Sánchez), con un planteo similar al anterior, atribuye al empresario una posición de garante por injerencia respecto de los riesgos que él mismo introduce en la empresa y una posición de garantía por la titularidad de un poder de dirección y organización respecto de los riesgos que introducen otras personas o cosas en la empresa sin autonomía o poder de decisión en la misma¹⁷.

Una diferencia interesante entre ambos autores radica en sus posturas acerca de la relación entre el deber de garante y el deber de cuidado del empresario¹⁸.

16 *Ibídem*.

17 Lascuráin Sánchez. *La protección penal de la seguridad*, pp. 261 y ss.

18 Esta cuestión está asociada a la comparación entre el delito imprudente y el delito de omisión. A menudo se ha considerado que hay una identidad entre el delito imprudente y el delito de omisión: se ha dicho que los delitos imprudentes son, en todo caso, delitos de omisión impropia, pues el deber de

En este sentido, Arroyo Zapatero entiende que el deber de garante coincide con el deber de cuidado, lo que tiene como consecuencia fundamental la irrelevancia de la cuestión de si el empresario omite o actúa y que los límites de los deberes de actuar en evitación de los resultados lesivos, coinciden con los propios del deber de cuidado, es decir con lo establecido en las disposiciones legales de seguridad en el trabajo, *lex artis* y normas de experiencia laboral y común¹⁹. Contrariamente, Lascurain Sánchez defiende la imposibilidad lógica de la confluencia entre deberes de garantía y de cuidado, señalando que formará parte del deber de cuidado del titular de la empresa, su abstención de desencadenar todo proceso que sea, en general o en concreto, incontrolable o que sea considerado como carente de toda funcionalidad social. Formará parte del deber de garantía, la prestación necesaria para impedir la confluencia de un curso de riesgo con un bien jurídicamente protegido. O sea, para Lascurain Sánchez, el cumplimiento del deber de garantía supone la adopción de un comportamiento de evitación de resultados ante un proceso de peligro; el deber de cuidado, la no adopción de un comportamiento de creación de ciertos procesos de peligro para bienes jurídicos penales²⁰.

El desdoblamiento del fundamento del deber de garante –injerencia y poder de dirección– del que parten ambas posturas, ha generado la siguiente crítica: el deber de garante del empresario se apoya en *un solo fundamento*, esto es, la injerencia, ya que la titularidad del poder de dirección no es un fundamento distinto o independiente de la idea de injerencia, sino que deriva de la misma²¹. Según este planteamiento, la libertad de empresa no se protege en forma absoluta, sino que tiene un importante límite: la protección de la vida y salud de los trabajadores. El empresario puede, amparándose en la libertad de empresa, introducir riesgos siempre que cumpla con el deber de seguridad e higiene –riesgo permitido–, pero si incumple este deber de seguridad deja de estar permitido y su actuación no queda amparada por la libertad de empresa. En consecuencia, de la actuación precedente o injerencia del empresario deriva un deber: el deber de seguridad, pero también un derecho o poder: el *poder*

cuidado tiene en el delito culposo, idéntico cometido que el deber de garante en el delito de omisión. Pese a ello resulta necesario distinguir entre un delito culposo de acción –se infringe la prohibición de realizar acciones peligrosas– y un delito culposo de omisión –se infringe el mandato del deber de obrar– y establecer la precisa delimitación conceptual entre el deber de cuidado y el deber de garante, pues resulta evidente que, en caso de omisión, faltando el deber de garante no puede responderse por el resultado producido aunque fuere posible afirmar una infracción de la norma de cuidado. En su aplicación práctica, la delimitación conceptual entre deber de cuidado y deber de garante puede, sin embargo, resultar dificultosa. En opinión de un amplio sector de la teoría, el deber de garantía y el deber de cuidado se determinan y delimitan recíprocamente. Incluso se ha sostenido que aunque conceptualmente diferenciables, se produce una superposición parcial o total de los contenidos del deber de cuidado y del deber de garante (ver Choclán Montalvo, José, *Deber de cuidado y delito imprudente*, Barcelona, Bosch, 1998, pp. 70-72).

19 *Manual del Derecho penal del trabajo*, Barcelona, Praxis, 1988, p. 69.

20 *La protección penal de la seguridad...*, p. 263; el mismo, *Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann ...*, p. 216.

21 Aguado López, *El delito contra la seguridad...*, pp. 310-313.

de dirección. Para que el empresario pueda cumplir el deber de seguridad necesita que el ordenamiento jurídico reconozca correlativamente un poder, es decir, el poder de dirección que le permite organizar la empresa adoptando las medidas que logren mantener el riesgo dentro de los niveles permitidos. Según esta posición, tanto el poder como el deber se fundamentan en la idea de injerencia; por eso, en este esquema, se considera un error fundamentar el deber de seguridad en el poder de dirección, ya que, de ese modo, se pretende derivar de un derecho –o poder–, un deber. Ese deber deriva del principio de injerencia y dicho principio es el *punte normativo* necesario entre el poder de dirección y el deber de seguridad e higiene. El fundamento del deber no es un derecho, porque del derecho sin más, es decir, sin la presencia de una relación o institución jurídica, no puede deducirse un deber²². De los riesgos que introducen las personas que intervienen en la empresa, distintos del empresario, este responde por injerencia porque son riesgos que él crea, no de forma directa sino indirecta, cuando no vigila a las personas o animales que de él dependen y que carecen de autonomía o poder de decisión en la empresa²³.

V. EL CRITERIO ADECUADO: “COMPETENCIA POR ORGANIZACIÓN”

En mi opinión, la *competencia por organización* es el planteamiento más acertado para determinar el fundamento y alcance del deber de garante que pesa sobre el empresario.

La posición de garantía del titular de la empresa surge, en efecto, como *contrapartida de la libertad fundamental de que goza para organizarla del modo en que mejor se ajuste a su propio interés*. En este punto, el empresario en nada se diferencia de cualquier otro individuo, pues todos tenemos esa misma libertad para configurar nuestra esfera de actividad del modo que prefiramos, pero esa libertad tiene como reverso la responsabilidad porque la propia esfera de actividad quede organizada de tal forma que de ella no se desprendan riesgos irrazonables de daño para terceras personas. Si bien el contenido más elemental de ese deber consiste en la *prohibición de hacer algo que resulte injustificadamente perjudicial para los demás –neminem laedere–*, igualmente elemental es el deber que consiste en el *mandato de hacer* lo que sea necesario y adecuado para *evitar* las consecuencias nocivas que amenacen a terceras personas desde nuestro propio ámbito de organización. En el caso de la empresa nada de lo anteriormente señalado sufre, en principio, una transformación esencial. El empresario individual que gestiona por sí solo su negocio tiene el deber de omitir comportamientos nocivos para terceros en el curso de su actividad y también el de contener los riesgos que de ella pudiesen desprenderse para bienes

22 *Ibidem*.

23 *Ibidem*.

jurídicos ajenos –de los trabajadores. Lo determinante no es que se trate de acciones u omisiones, sino del deber de mantener la organización configurada de modo no dañoso para los trabajadores o el deber de neutralizar determinados peligros que ya salen de su ámbito de organización, lo cual requerirá acciones u omisiones, estas en el caso en que la organización propia esté orientada hacia el salvamento²⁴.

Asimismo, la introducción de otras personas en el funcionamiento de la empresa, mediante la delegación en ellas de tareas que incumbían originalmente a su titular, tampoco da lugar a un cambio radical de esta situación, porque el deber originario que incumbía al titular de la empresa –o a sus órganos en el caso que el titular sea una sociedad– no se extingue con la delegación. Una delegación válidamente realizada implica, hasta cierto punto, una liberación de las propias obligaciones. Ello, en cuanto que su cumplimiento queda *confiado* a otras personas, y modifica el contenido del deber originario, generándose otros deberes secundarios o derivados –por ejemplo de supervisión y control de la actividad del delegado y de su capacidad y disposición para el desarrollo adecuado de sus funciones. Pero, en cualquier caso, con la delegación no se extingue el *núcleo esencial* del deber primario y originario que consiste en garantizar la observancia del cuidado necesario para evitar en la medida de lo posible –y exigible–, que del círculo de organización de la empresa se deriven daños para terceros. Por otra parte, la delegación no remite a un ámbito de responsabilidad ajeno a las tareas delegadas, pues todas las acciones realizadas propiamente en el marco de la empresa son siempre también acciones que se encuadran en el círculo de organización de su titular²⁵.

24 Jakobs, Günther. “La imputación penal de la acción y la omisión”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 49, fascículo III, Madrid, 1996, p. 872; Lascuraín Sánchez, Juan. *Los delitos de omisión: fundamentos de los deberes de garantía*, Madrid, Civitas, 2002, p. 50; Gimbernat Ordeig, Enrique. “Causalidad, omisión e imprudencia”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 47, fascículo III, Madrid, 1994, pp.52 y ss.; Requena Juliani, Jaime. *Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio: posición de garante e imputación objetiva*, Madrid, Dykinson, 2010, p.v185.

25 Peñaranda Ramos, *Cuestiones actuales...*, pp. 181-183. Este punto de vista sobre el fundamento de los deberes de garantía en el ámbito de las empresas tiene algunas consecuencias importantes que no se desprenden de –o son incompatibles con– otras formas de fundamentación. Por un lado, así se explica fácilmente por qué en situaciones críticas, esto es, cuando ya no está permitido confiar en el cumplimiento adecuado de las funciones delegadas, quien efectuó la delegación recupera el contenido completo de su posición de deber original y ello con total independencia de si la delegación se produjo a un subordinado o, por ejemplo en el marco de un acuerdo del consejo de administración sobre el reparto de las áreas de competencia específica de cada uno de sus miembros. A otra conclusión habría que llegar si la posición de garante del titular de la empresa o de sus órganos se justificase, como hacía Bernd Schünemann –aparte de la peligrosidad de los objetos o instrumentos existentes en la empresa– en el *poder de dirección*, jurídicamente reconocido, que ejerce sobre sus subordinados y en la fundamental fungibilidad de estos. El principio de responsabilidad y competencia generales de los miembros de la dirección colegiada de la empresa en esas *situaciones de crisis*, tal y como ha sido establecido en la jurisprudencia española y alemana –en referencia al caso del *Lederpray* (BGH) y al caso del aceite de colza (TS)–, resulta por esa vía radicalmente inexplicable, pues falta aquí por definición el sometimiento al poder de dirección de otro. Tampoco casa con la posición del directivo la idea de su fungibilidad: bien miradas las cosas, esta idea ni siquiera es aplicable a –todos– los trabajadores subordinados de la empresa (*Ibidem*).

Si el fundamento de la posición de garante del empresario es el ejercicio de su autonomía –libertad de empresa–, en el delegado lo será su autonomía para aceptar libremente la delegación. En cualquier caso, lo decisivo para que exista una posición de garante es la *asunción real* del poder de dirección –como manifestación clara de que *ha aceptado el riesgo creado por el empresario*– y no la forma con la que se revista. Aunque cabe recalcar que la aceptación recae no tanto sobre el poder de dirección, sino sobre *la fuente de riesgo que ha puesto en marcha el empresario*²⁶.

La fundamentación del deber de garante del titular de la empresa –y de sus órganos o representantes–, *como reverso de su poder de organización jurídicamente reconocido*, resulta dogmáticamente consistente y ofrece la base más sólida para tratar de evitar que el derecho “capitule” ante el fenómeno de la división de trabajo en el marco de la empresa y para asegurar una adecuada imputación en su ámbito, mediante la atribución a quienes ocupan los diversos planos dentro de la estructura de la empresa, de los deberes de garante que correspondan a la magnitud de su poder de decisión y de actuación. Y así sucesivamente, hasta alcanzar a quienes se encuentran en el nivel más alto de la jerarquía, a los que se habrá de asignar en última instancia, el deber de “organizar la empresa de tal modo que su aparato interno de control se ajuste a la medida de cuidado necesario en el tráfico de la actividad que se trate”²⁷.

En las empresas modernas –complejas– se destaca la autonomía con la que los miembros de cada departamento, división o sector llevan a cabo sus tareas, las que reclaman, a su vez, un mayor ámbito de responsabilidad. Tras este sinalagma entre libertad –autonomía– y responsabilidad, aguarda la tercera premisa: en general, la realidad empresarial funciona con un esquema diferente al de empresario y subordinados jerárquicos “con escaso ámbito de actuación”. Al contrario, la especialización y la diferenciación funcional, características de las empresas modernas, conduce a la apreciación de ámbitos de competencia que, ante un supuesto de delito de empresa, pueden ser materialmente más relevantes que el correspondiente ámbito de

26 De la aceptación del riesgo deriva un deber de seguridad del delegado y un poder de dirección para poder cumplir con dicho deber. De la aceptación del poder de dirección sin más, no deriva ningún deber del delegado. O sea –al igual que con el empresario– el fundamento del deber de garante del encargado no puede ser simplemente un derecho o poder –de dirección– porque del derecho a secas, sin la presencia de una relación o institución jurídica no puede deducirse un deber –de seguridad– (Aguado López, *Los delitos contra la seguridad...*, pp. 320-322).

27 Peñaranda Ramos, *Cuestiones actuales...*, pp. 161 y ss. El titular de la empresa ostenta un deber de garante que se fundamenta en el hecho de que, al iniciar una actividad empresarial –configurando su ámbito de dominio con exclusión de terceros– se ponen en marcha cursos causales respecto de los cuales ostenta la responsabilidad positiva –derivada de un principio general como es la injerencia– de evitar que se puedan lesionar bienes jurídicos. Se trata de una manifestación de responsabilidad por la propia organización que, a través de la estructura y división de funciones en el organigrama de la compañía, se aplicaría a cada uno de los miembros, en relación con su concreta esfera de competencia (Sanllehí, José Agustina. *El delito en la empresa*, Barcelona, Atelier, 2010, p. 176).

competencia del empresario. De este modo, cada vez tiene menos sentido aludir a una “competencia global” y a una responsabilidad general del órgano de administración de la empresa²⁸.

La verdadera concreción material del ámbito de competencia propio de cada participante en la actividad empresarial tiene lugar a través de los mecanismos ya mencionados –delegación de funciones, deberes de control y vigilancia. Pero el denominador común de todos ellos será, sin duda, la *puesta en relación de distintos ámbitos de competencia*. Además, se trata de interrelaciones de base material u operativa que, aun teniendo como referencia la función formalmente asignada, son capaces de reconfigurar el ámbito de competencia inicial. Lo relevante es que, sobre la base de los criterios mencionados, la valoración de cuál sea el ámbito de competencia de cada sujeto individual y de ahí, de su concreta norma de comportamiento, no puede hacerse de manera aislada. Esto significa que en los supuestos de criminalidad de empresa, debe tenerse en cuenta que la aportación –infractora– de cada participante solamente adquiere sentido en la medida en que se atiende a *su pertenencia a una actividad que se realiza conjuntamente*²⁹. Ello refleja un cambio de perspectiva esencial en el tratamiento de la delincuencia económica, que la aleja de las concepciones más *individualistas* y la aproxima a una concepción *funcionalista* de la responsabilidad en la empresa³⁰.

VI. EL CRITERIO PARA FUNDAMENTAR LA POSICIÓN DE GARANTE EN EL DELITO CONTRA LA SEGURIDAD DE LOS TRABAJADORES EN EL CP ESPAÑOL (ART. 316)

El art. 316 del CP español establece que: “Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”³¹.

Como puede verse, las pautas establecidas en el punto anterior –competencia por organización– no han sido seguidas por el legislador español en el precepto transcrito. En efecto, lejos de usar el criterio del *organizador* –del proceso productivo o algunas de sus facetas– para seleccionar al eventual responsable de la puesta en

28 Montaner Fernández, *Gestión empresarial...*, p. 74.

29 *Ibidem*, p. 75.

30 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. “Prevención de la delincuencia empresarial”, *Eunomía*, n° 2 (marzo/agosto), Madrid, 2012, pp. 161 y ss.

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

peligro de los trabajadores por infracciones de las medidas de seguridad, el tenor literal hace referencia a los “legalmente obligados”.

Con esa fórmula de autoría utilizada en el art. 316 CP español, se recurre a la técnica de la ley penal en blanco para la determinación del sujeto activo, introduciendo una pauta externa, *extra tipo*, es decir, la norma administrativo/laboral. 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 –formal– 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.

Conforme a lo que se viene desarrollando, el criterio rector determinante de la responsabilidad por riesgos o accidentes de trabajo, es el *organizador* y en este contexto, el organizador puede ser el empresario o en quien este 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– solo podrá ser un *colaborador* del delito de peligro³².

El organizador de hecho o “usurpador”, *también debe cumplir el deber de seguridad laboral*, ya que quien usurpa el control del foco de peligro, entrando en la posición de *dominus, adquiere sus mismos deberes*³³. Por ello, el tipo penal analizado debería de *lege ferenda*, contemplar en la descripción del sujeto activo al empresario, al delegado y al organizador de hecho –por arrogación–, que responden a las tres fuentes de la posición de garante contempladas en el art. 11 del CP español: ley –extrapenal–, contrato e injerencia, respectivamente. En la figura del delegado se entienden incluidos, tanto el de gestión del proceso productivo –“encargado” para la doctrina y jurisprudencia españolas–, como los específicos, esto es, en quienes el empresario delegue funciones concretas de seguridad –por ejemplo, técnicos de prevención. Con esa descripción se respondería a un criterio *material* de autoría –competencia por organización– y no formal como en el art. 316 vigente³⁴.

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.

34 Sobre esta cuestión, ver: Gallo, Patricia. “Criterios para la autoría del delito contra la seguridad de los trabajadores (art. 316 del CP español)”, *InDret Penal* N° 4, noviembre de 2019, pp. 7 y ss.

VII. COMPETENCIA POR ORGANIZACIÓN EN EL MARCO DE LOS “RIESGOS LABORALES”

El *ámbito de organización* del empresario adquiere particulares características en lo que se refiere a los riesgos laborales.

En efecto, aun cuando los trabajadores subordinados al poder empresarial están inmersos en su organización, no son simples *factores del proceso productivo* organizado por el empresario, sino *individuos* y como tales tienen asignado jurídicamente un ámbito de competencia propio –referido a su vida y salud–, *en tanto titulares de dichos bienes jurídicos*. Es decir, el trabajador es quien, en el marco de una organización ajena, interactúa directamente con el riesgo, bajo los parámetros del empresario –como organizador–, *exponiendo su vida y salud*. No obstante, al ser un sujeto individual, con capacidad de decisión, puede *en ciertos casos* interactuar con el riesgo *de otro modo* –imprudente–, sin seguir esas pautas. Estas situaciones pueden responder a diferentes circunstancias, y bajo ciertos parámetros esa conducta “descuidada” del trabajador puede exonerar al empresario y/o delegado de la responsabilidad por los posibles resultados dañosos que genere –en la vida y salud del trabajador³⁵.

De lo expuesto, se deduce que en la dinámica del proceso productivo no “conviven” únicamente las competencias de organización de los “directivos” –empresario y delegados–, sino también la que –*bajo ciertas condiciones*– corresponde asignar al trabajador. Entonces, de lo que aquí se trata no es solo de delimitar la competencia del empresario y de quien actúa en su lugar ejerciendo el deber de seguridad –delegado–, sino que en el deslinde de ámbitos de decisión que puedan ser relevantes de cara a la responsabilidad por los accidentes laborales, será necesario también tener en cuenta la *competencia del trabajador* –en tanto potencial víctima *imprudente* de los riesgos laborales.

Puede observarse, entonces, que la organización correcta de ese este foco de peligro –empresa– que corresponde al empresario –garante–, no solo incluye el control de los riesgos propios del proceso productivo en sí mismo, sino también la acción coordinada de *personas libres y responsables que de diferentes modos y con distintos roles –y diferentes posiciones– intervienen en la seguridad laboral* –delegados y trabajadores en relación de dependencia– *estos, bajo ciertas condiciones*–.

Esta reflexión se corresponde con una evolución del modelo de protección vertical y unilateral, cuyo único protagonista es el empresario, a un modelo de prevención

35 En este sentido, corresponde distinguir entre “imprudencia temeraria” (impredecible) –exonerante de la responsabilidad del empresario– e “imprudencia profesional”, cuyo origen es imputable a un incumplimiento del deber de seguridad por parte del empresario (ver Gallo, Patricia. *Riesgos Penales Laborales*, Buenos Aires, B de F, 2018, pp. 413 y ss.).

participativa que se traduce en una *fragmentación y distribución* del deber general de prevenir accidentes entre todos los actores involucrados en las actividades de la empresa, es decir, desde el nivel más alto de la organización, hasta los niveles intermedios y delegados, comprendiendo, incluso, a cada trabajador³⁶.

Sentado ello, puede decirse que el análisis de la responsabilidad por resultados lesivos en el trabajo tiene dos grandes aristas y se relacionan con la puesta en relación de los diferentes ámbitos de competencia que componen el organigrama que constituye la empresa.

Una de ellas tiene que ver con determinar la responsabilidad penal que les cabe a los directivos teniendo en cuenta la distribución de esferas de decisión –empresario y delegados– y que incluye las problemáticas relacionadas con autoría y participación en los delitos de lesión y homicidio imprudentes.

La otra se vincula con una particularidad propia de los riesgos laborales –y de la determinación de la responsabilidad por los *accidentes de trabajo*– y tiene que ver con la tensión que se produce entre la esfera de competencia de los directivos –empresario/delegado– por un lado, y la del trabajador, por el otro, y la necesidad de sentar las pautas que requiere el *equilibrio* entre ellas. Esta situación de equilibrio se configura cuando el empresario –o delegado–, como *organizador exclusivo del foco de peligro* –empresa–, se abstiene de “arrebatar” la soberanía que debe tener el trabajador sobre su ámbito de competencia –vida/salud– y que tiene que ver con impedir o no permitir –acción u omisión– que el trabajador cuente con todas las herramientas de seguridad normativamente previstas para lograr una adecuada –lo más inocua posible– interacción con el riesgo, *teniendo siempre la posibilidad en sus manos de salvaguardar sus bienes jurídicos expuestos –autonomía del trabajador*.

Sin embargo, cabe aclarar que estas dos *aristas* señaladas se esquematizan de este modo por cuestiones expositivas, pero ello no implica que estén equiparadas a un mismo nivel. En efecto, el hecho de que se tenga en cuenta el ámbito de organización del trabajador como sujeto autorresponsable –siempre que se cumplan ciertas condiciones que se abordaran seguidamente–, no implica que se pierda de vista la posición subordinada del trabajador en el marco de la relación laboral –y que su ámbito de organización *no refiere al proceso productivo sino a su vida y salud*–, ni que se pretenda equiparar al posible control del riesgo que en ciertos casos pueda tener el trabajador, con la posición de garantía que ostentan el empresario y sus delegados, *como únicos deudores del deber de seguridad*, y por lo tanto únicos posibles responsables penales del peligro/resultado lesivo, aunque esa responsabilidad

36 Perin, Andrea. “La contribución de la víctima y la imputación objetiva del resultado en la teoría del delito imprudente”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 18-3, 2016, p. 3.

pueda disminuirse o excluirse en determinados supuestos por el comportamiento descuidado del trabajador.

El modo en el que se configure el *equilibrio* entre esos dos ámbitos de competencias –directivos, por un lado y trabajadores, por el otro–, brindará las pautas para la determinación de cuándo el empresario debe responder penalmente y cuándo corresponde exonerarlo por la lesión o muerte del trabajador, ante un comportamiento descuidado de este frente al riesgo. Ello, teniendo en cuenta que el empresario que le sustrae al trabajador posibilidades de organización –respecto del resguardo de su vida y salud frente al riesgo del proceso productivo–, cuando no le brinda las condiciones seguras de trabajo, también se convierte en garante de esa porción de organización que le arrebató.

VIII. EQUILIBRIO DE LOS ÁMBITOS DE COMPETENCIA DEL EMPRESARIO Y DEL TRABAJADOR

Si bien el empresario es el *organizador exclusivo* del funcionamiento de la empresa, es necesario destacar que, como se ha expresado antes, en el marco de la actividad laboral conviven dos ámbitos de competencia: el del empresario –sobre el proceso productivo *en tanto foco de peligro*– y el del trabajador –sobre sus bienes jurídicos vida y salud expuestos al riesgo laboral– que si bien son escindibles, no son independientes. En efecto, tenemos por un lado la esfera de competencia correspondiente al empresario –garante de control del foco peligroso– que es *contextual* o continente y la atribuible al trabajador –quien desarrolla su actividad en ese ámbito de peligro, exponiendo su vida y salud–, que está *contenida* en aquella. El equilibrio entre ambas esferas de competencia se logra cuando el empresario, en tanto titular de la competencia contextual cumple con todas las medidas de seguridad que debe brindar a sus dependientes. Ahora bien, ese equilibrio es algo más que el cumplimiento *formal* de los medios de prevención por el empresario; es en realidad el cumplimiento de lo que podemos denominar *estándar de seguridad* y que implica la *habilitación del trabajador como sujeto autorresponsable en el marco de la actividad –peligrosa– laboral. Al trabajador se le “habilita” para autoprotgerse cuando se le provee del fondo de conocimientos necesario para asociar el riesgo con las medidas de seguridad correspondientes –previstas y provistas–. El cumplimiento del estándar de seguridad habilitante del trabajador, por parte del empresario, responde a una interpretación amplia de los deberes de formación e información y de la provisión de las diferentes medidas de seguridad previstas en la norma de prevención³⁷.*

37 El deber de información del empresario debe ser interpretado en un sentido amplio. Esto es, no se trata solo de que el empresario deba formar e informar al dependiente sobre la existencia y características del riesgo –como dice en general la ley extrapenal–, sino que, además, le compete a aquel, que el operario tenga *certeza* sobre la correcta dimensión del riesgo. En efecto, las actitudes del trabajador hacia el riesgo estarán en relación con la percepción y el significado –valoración– que este le atribuya

En otras palabras, lo que el *equilibrio de las esferas* requiere, es que el empresario le delegue al trabajador la competencia originaria que, en tanto garante del foco de peligro en el que aquel se inserta como consecuencia del contrato de trabajo, tiene sobre la indemnidad de sus bienes jurídicos –vida y salud. Siendo el propio trabajador quien, al desarrollar su tarea laboral, interactúa directamente con el riesgo, *lo determinante para que esa interacción sea lo más inocua posible es la habilitación de la autorresponsabilidad del trabajador*, y esto se traduce en que tenga todos los elementos para autoorganizarse en el ámbito peligroso que otro organiza, esto es, que tenga la posibilidad de autoprotgerse frente al riesgo y salvaguardar sus bienes jurídicos –vida y salud– expuestos –ello por cuanto, si bien el trabajador es una *pieza del proceso productivo*, es también un *individuo*³⁸. Es decir, no se trata estrictamente de una *organización conjunta* –debido a las posiciones diferentes que ocupan empresario y trabajador en la relación (asimétrica) laboral– sino de una *coordinación conjunta* de ambas esferas de autonomía, donde la esfera del empresario contiene a la del trabajador: “la víctima se autoorganiza en el ámbito de organización del autor”, generándose de ese modo dos *ámbitos concéntricos de organización*. Creo que las características particulares del contexto laboral representan una categoría que escapa a las formulaciones generales de la teoría de la imputación objetiva: no se trata ni de una organización conjunta de autor y víctima ni de una imputación al ámbito de esta *liso y llano*, sino de una situación *intermedia*, donde la organización del autor es más amplia –de contexto– y puede contener a la de la víctima, que es más específica, pero determinada por especiales condiciones de organización de la esfera del autor. Es así que, además de existir ámbitos de organización paralelos –independientes– y organizaciones conjuntas, es preciso considerar una tercera categoría, como la que aquí –seguridad en el trabajo–, se pone de manifiesto exigiendo

al mismo. Si el trabajador no identifica –no percibe– y/o no valora –no interpreta– el riesgo tal y como ha estado definido por quienes lo han establecido y han arbitrado las medidas de prevención acordes a este, es probable que no logre ver el alcance y el sentido de dichas medidas y por consiguiente no las cumpla. Es decir, para que el operario respete las medidas de seguridad, su valoración del riesgo de deber ser coincidente con aquella que guió el diseño de dichas medidas y con la valoración del empresario –en tanto autoridad que debe velar por su cumplimiento–. Para que el trabajador identifique el riesgo debe estar informado y formado. Pero para que lo valore correctamente, será fundamental el “mensaje” que recibe desde la autoridad laboral. En este sentido, ciertas actitudes del empresario –o delegado o supervisor– pueden hacer que el trabajador magnifique o minimice el riesgo –aunque lo haya identificado–. Esto significa que, en esos casos, aunque el operario perciba el riesgo, no lo hace en su verdadera magnitud y por eso menosprecia el uso de las medidas de seguridad –un mensaje incorrecto sobre la valoración del riesgo, es, por ejemplo: admitir el no uso de las medidas o exigir un ritmo de producción incompatible con ese uso– (ver Gallo, *Riesgos Penales Laborales*, pp. 434 y ss.).

- 38 En este ámbito no puede partirse del paradigma de sujetos que actúan autónomamente en un entorno de libertad. Así como en la mayoría de los ámbitos vitales cada uno es el único responsable de los peligros o daños que su conducta pueda producir en otros, aquí la normativa legal establece un sistema complejo y redundante de protección de la seguridad de los trabajadores, en el que cada posibilidad de daño está bajo el control de varias instancias, como mínimo el propio trabajador en tanto que posible lesionado y un garante de control (Gómez-Aller, Jacobo Dopico. “¿Qué salvar del art. 318 CP?, La responsabilidad de administradores y encargados del servicio en los delitos contra los derechos de los trabajadores atribuidos a una persona jurídica. Consideraciones de *lege ferenda*”, *Revista General de Derecho Penal*, n°9/2008, pp. 28 y ss.).

“carta de ciudadanía”: los ámbitos de organización concéntricos –parcialmente o condicionadamente independientes³⁹.

En esta lógica, el “acto inseguro o imprudente” del trabajador –que afecta su vida y salud– debe tener el *sentido objetivo de organización* –en tanto titular de esos bienes jurídicos– para exonerar al empresario de responsabilidad penal. Creo que con este esquema de interpretación propuesto se resuelve la compleja problemática que genera la contraposición entre la asimetría propia de la relación laboral –donde la distribución de poder no es equitativa y el trabajador es la “parte débil”– y el hecho de que el trabajador es un sujeto autorresponsable.

El *fondo de conocimientos* y las medidas de seguridad marcan el límite entre la posibilidad de autoorganización o no: si el trabajador cuenta con esos elementos puede autoorganizarse, de lo contrario, *el empresario le arrebató su soberanía y por lo tanto, la organización de la vida/salud del trabajador pasa a ser asunto suyo: esa es la razón por la que el empresario debe responder por el resultado lesivo –lesión o muerte de su dependiente–*.

REFERENCIAS

Aguado López, Sara. *El delito contra la seguridad en trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

Agustina Sanllehí, José. *El delito en la empresa*, Barcelona, Atelier, 2010.

Arroyo Zapatero, Luis. *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Madrid, Servicio Social de Higiene y Seguridad en el Trabajo, 1981.

Arroyo Zapatero, Luis. *Manual del Derecho penal del trabajo*, Barcelona, Praxis, 1988.

Bacigalupo, Enrique. “La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial” en ID (dir), AA.VV., *La responsabilidad penal de las sociedades. Actuaciones en nombre de otro. Responsabilidad de los consejos de administración. Responsabilidad de los subordinados*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995.

Batista González, María. “La responsabilidad penal de los órganos de la empresa”, en AA.VV., *Derecho penal económico*, Bacigalupo (dir.), Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

39 Ver Gallo, *Riesgos Penales Laborales*, pp. 434 y ss.

Corcoy Bidasolo, Mirentxu. “Siniestralidad laboral y responsabilidad penal”, en AA.VV., *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Mir Puig/Corcoy Bidasolo (dir.), Buenos Aires, B de F, 2009.

Cuneo Libarona, Rafael. *Responsabilidad penal del empresario*, Buenos Aires, Astrea, 2011.

Choclán Montalvo, José. *Deber de cuidado y delito imprudente*, Barcelona, Bosch, 1998.

Dopico Gómez-Aller, Jacobo. *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

Dopico Gómez-Aller, Jacobo, “Prevención de la delincuencia empresarial”, *Eunomía*, n.º 2 (marzo/agosto), Madrid, 2012.

Dopico Gómez-Aller, Jacobo. “¿Qué salvar del art.318 CP?, La responsabilidad de administradores y encargados del servicio en los delitos contra los derechos de los trabajadores atribuidos a una persona jurídica. Consideraciones de *lege ferenda*”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 9/2008.

Feijoo Sánchez, Bernardo. *Derecho penal de empresa e imputación objetiva*, Madrid, Reus, 2007.

Gallo, Patricia. “Criterios para la autoría del delito contra la seguridad de los trabajadores (art. 316 del CP español)”, *InDret Penal* n.º 4, noviembre de 2019.

Gallo, Patricia. *Riesgos Penales Laborales*, Buenos Aires, B de F, 2018.

Gimbernat Ordeig, Enrique. “Causalidad, omisión e imprudencia”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 47, fascículo III, Madrid, 1994.

Gracia Martín, Luis. *El actuar en nombre de otro en Derecho penal*, Zaragoza, Prensas de la Universidad de Zaragoza, 1985.

Hernández Basualto, Héctor. “Apuntes sobre la responsabilidad (imprudente) de los directivos de empresa”, en AA.VV. *Derecho Penal Económico*, Buenos Aires, B de F, 2010.

Hortal Ibarra, Juan. *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Barcelona, Atelier, 2005.

Jakobs, Günther. “La imputación penal de la acción y la omisión”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 49, fascículo III, Madrid, 1996.

Lascurain Sánchez, Juan. “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario”, en AA.VV., *Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedeman*, Madrid, BOE, 1995.

Lascurain Sánchez, Juan. *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, Civitas, 1994.

Lascurain Sánchez, Juan. *Los delitos de omisión: fundamentos de los deberes de garantía*, Madrid, Civitas, 2002.

Montaner Fernández, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, Barcelona, Atelier, 2008.

Peñaranda Ramos, Enrique. “Autoría y participación en la empresa”, en AA.VV. *Cuestiones Actuales de Derecho Penal Económico*, Serrano-Piedecabras/Demetrio Crespo (dir.), Madrid, Colex, 2008.

Perin, Andrea. “La contribución de la víctima y la imputación objetiva del resultado en la teoría del delito imprudente”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 18-3, 2016.

Requena Juliani, Jaime. *Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio: posición de garante e imputación objetiva*, Madrid, Dykinson, 2010.

Terradillos Basoco, Juan. *Derecho penal de la empresa*, Madrid, Trotta, 1995.