
RESPONSABILIDAD PENAL DEL EMPLEADOR (LEY 19.196/2014)

MIGUEL LANGON CUÑARRO

Buenas tardes a todos.

Realmente ha sido muy interesante la perspectiva laboralista del tema, que ha hecho el Sr. Rector, la que nos ha ilustrado muchísimo sobre conceptos fundamentales para interpretar la norma, como los de “empleador” y “persona que actúa en su nombre”.

En materia hermenéutica, es sabido, el derecho penal no tiene por qué darle a las palabras significados diferentes que aquellos que tienen en sus respectivas especialidades, y que son de uso común en idioma castellano.

Solo podría hacerse mención, en cuestiones de responsabilidad empresarial o en hipótesis de organizaciones piramidales, el problema genérico, desde el punto de vista penal, relativo a imputación por hecho de terceros (de regla prohibida por la doctrina, ya que la responsabilidad penal es exquisitamente individual), por aplicación de la teoría del poder de determinación o del “hombre de atrás” (dominio del hecho o de la organización).

En general esta doctrina se excluye en los casos de responsabilidad penal empresarial por multiplicidad de razones, y para evitar lo que Enrique FERRI denominaba “exceso de incriminación”, para no terminar legitimando una doctrina que en el fondo puede hacer responsable a todos por todo, siendo que las decisiones en las empresas se toman a muy diferentes niveles y éste es un tema de derecho penal económico, al que remitimos para una más extensa información.

Me parece que podríamos dividir la exposición a mi cargo en dos grandes capítulos:

A) El primero, para hacer una ubicación genérica sobre la función, la misión, el rol del Derecho Penal, y,

B) el segundo sobre el que vamos a insistir más, relativo al estudio concreto de la nueva ley.

El primero va a ser tipo telegráfico, una ayuda memoria de cosas que nos parecen obvias, sobre las que hemos escrito y enseñado con anterioridad, que repetimos ahora, frente a la insistencia del legislador, de ignorar los datos que ofrece la dogmática actual y la criminología, respecto de cómo se debe hacer una ley penal y para qué.

Esta ley, en primer lugar, y el profesor Pérez del Castillo lo mencionaba hace un minuto, se ubica dentro de lo que se llama política criminal del Estado, la pregunta clave es determinar si existe una política criminal sostenida en el tiempo que merezca entre

nosotros la calificación de “política criminal de estado”.

Yo vengo sosteniendo hace mucho tiempo que no veo una política criminal clara ni mucho menos en el Uruguay.

No hay una política criminal sostenida en el tiempo, consensuada, compartida por amplios sectores de opinión, luego de haberse agotado el dialogo para llegar a una posición de consenso sobre a mediana a adoptar.

Una política criminal de este tipo debe pensarse para el largo plazo, después de determinar qué se pretende hacer con la criminalización y la criminalidad.

Lo que se nota en general son esfuerzos aislados, a veces incluso contradictorios, que no configuran un tronco común, sino que aparecen de esa forma un poco caótica, en ocasiones en leyes de dos o tres artículos que regulan situaciones particulares o que modifican sin ton ni son disposiciones anteriores, que crean o derogan delitos sin sentido (el ejemplo del efímero delito de “juego de mosqueta”, ex art. 348 bis. C.P., creado por ley 17.243/2000 y derogado por ley 17.897/2005, es un ejemplo revelador).

Falta entonces una política criminal de Estado a mi manera de ver en este problema, salvo que se pueda decir que la política criminal, que se instala, es una de “ley y orden”, que se inicia, para poner una fecha, (yo establecería con todo lo discrecional y arbitrario que sea), en el año de 1993 cuando se reinstauran las medidas eliminativas de seguridad, seguida luego, en 1995 con la ley de Seguridad Ciudadana, lo que no ha dejado de acelerarse y profundizarse desde entonces.

Política de ley y orden que significa responder al fenómeno de la criminalidad con un claro endurecimiento de la respuesta punitiva a través de la definición de nuevos delitos, la agravación de los ya existentes, con anticipaciones del momento de consumación (castigo de la tentativa con la misma pena que la consumación), creación de delitos de peligro y de peligro abstracto en especial, y con más penas (múltiples o más graves), una situación que altera la regla de que el Derecho Penal es la “última ratio”, el último escudo defensivo del Estado, para transformarlo, por el contrario, en un Derecho de “Prima ratio”.

En este caso es muy claro, que la ley en estudio se inscribe sin esfuerzo en este esquema, ya que, aunque hasta por formación profesional o defecto del lenguaje uno permanentemente se refiere a “accidentes de trabajo”, como aparecía originalmente incluso en el título de la ponencia, lo que hay que ver bien claro es que aquí no pasa nada, en el sentido de que la ley no pune un resultado lesivo de ninguna naturaleza, no se produce lesión, ni muerte de nadie y sin embargo se criminaliza el poner en riesgo (supuestamente) la vida, integridad física y salud (que es una forma de la integridad), por lo que lo que se protege al trabajador de eventuales lesiones o fallecimientos que por definición no se han producido aún.

El Sr. Rector lo dijo claramente hace un momento no hay ningún tipo de daño, ni de lesión, ni de perjuicio en la salud.

Vamos a ver que se creó un delito de peligro, de anticipación brutal en el momento de la consumación.

Se violan con esto los caracteres esenciales de un Derecho Penal moderno, yo diría liberal y democrático, en el sentido de preservar las normas penales para las conductas que hacen insoportables la vida comunitaria.

Además es una norma innecesaria, porque las lesiones y las muertes que se pudieran producir ya están sancionadas a título de delito imprudente, cuando ocurran, y no era necesario ni prudente enfocar el problema a un momento anterior a la puesta en riesgo, que constituye precisamente la esencia de la culpa.

El tipo culposo o imprudente se articula, entre nosotros a texto expreso por “violación de leyes o reglamentos” (art. 18 C.P.), de donde, si ocurre lesión o muerte del trabajador, esa violación será la base de la imprudencia o de la negligencia del responsable, integrará el tipo (de homicidio o lesiones) y no podrá ser imputada autónomamente, porque no es posible imputar dos veces por lo mismo (principio o regla del *non bis in ídem*).

La prevención de accidentes de trabajo, una finalidad compartida por todos de bajar la siniestralidad, defender contra este tipo de conductas, se puede lograr muy eficazmente a través de la normativa laboral, conforme a las normas de carácter civil en términos generales, que se solucionan con multas, sanciones, suspensiones de obras, etc., si lo que fundamentalmente se busca es que existan los elementos de seguridad en la empresa para poder permitir bajar esa siniestralidad.

Atrás de esto, lo que hay es, me parece a mí, un viejo mito: creer que con el Derecho Penal se pueden resolver los problemas sociales, que es bueno que ante cualquier inconveniente que tengamos en la comunidad acudamos a la espada del Derecho Penal y con ello quedarnos tranquilos porque hemos solucionado un problema.

Esto verdaderamente no es así, el problema queda irresuelto y va a estar quedando allí, al punto de que, como digo, probablemente esta ley sea absolutamente, no solo innecesaria, sino que no va a tener ningún resultado sobre lo que se busca, que es la prevención de los accidentes del trabajo.

Se llega por esta vía a lo que llamamos un Derecho Penal simbólico, dar una falsa sensación de seguridad, puede ser incluso que algunos sectores la utilicen como elemento demagógico, para dar la sensación de que se hace algo para solucionar un problema grave que no se puede solucionar por esta vía, con el agregado que como queda un enorme campo a la interpretación de los jueces, la legislación colabora a alejarse cada vez más del principio de legalidad en sentido de estricta taxatividad, que indica que la norma penal debe describir el supuesto de hecho, debe describir la conducta delictiva.

¿En qué consiste la conducta delictiva? La conducta delictiva en los delitos clásicos es quitar la vida, es provocar una lesión personal, causar un aborto, estafar, engañar, abusar sexualmente de una persona; ¿Se sabe de qué se trata el delito acá?

Es un delito fluido que depende de la interpretación, lo que hace que los tipos penales no sean fundamentalmente tipos legales sino todos tipos judiciales.

Es delito no lo que dice la ley sino lo que interpreta un juez que la ley dice, lo cual lleva la subjetividad, la falta de certeza, la falta de seguridad jurídica, etc.

Aparece el problema enorme de las normas penales en blanco, un tema de Derecho Constitucional que no lo vamos a tratar en extenso acá, simplemente señalar que recientemente la Suprema Corte de Justicia en su integración actual como nos informaba en una reunión que tuvimos hace pocos días el Profesor Esteva en una sentencia 402 del año 2013, declaró la Constitucionalidad de las leyes penales en blanco.

Las leyes penales en blanco son aquellas en las que el precepto, la materia de la prohibición, la conducta prohibida en definitiva no está "*expresis verbi*" - determinada en la ley - sino que refiere a otras cosas, a las normas del derecho laboral y sobre todo a la reglamentación, es decir, el blanco, que es nada menos que la descripción típica, queda en manos de alguien, ajeno y distinto del poder legislativo, que es el poder administrador (en los casos más graves y ostensibles), y en definitiva del juez que es quien hace el juicio de subsunción.

Ese problema y la conveniencia de establecer eso, es un tema de Derecho general, simplemente lo mencionamos.

Se crea un delito de sospecha, delito de mera conducta, que llamamos comúnmente delitos de desobediencia.

No hay un daño a la persona (no hay lesiones ni muertes), sino que es delito aquello que está prohibido y es delito porque está prohibido. Es un delito que a nuestro juicio es de innecesaria creación porque los resultados de la imprudencia es decir, si aparece un obrero lesionado, afectado en su salud o pierde lamentablemente la vida, está previsto completamente por las lesiones y el homicidio imprudente. Si el evento mayor (el daño corporal, el resultado material), está previsto como figura culposa, no era necesaria la ley.

Lo que produce la ley es una anticipación del momento consumativo, creando como delito etapas previas al inicio de una ejecución y además sin necesidad de que exista culpa ni nada, sino simplemente es un delito de desobediencia, es delito porque está prohibido.

Yo te impongo desde la ley o el reglamento laboral que debes dar al obrero un determinado término de descanso y tú no lo haces: por ello responderás penalmente, sin necesidad de que ocurra ningún evento dañoso para nadie, vas preso porque me desobedeciste.

Esta norma vigente que tenemos es una copia de parte de ordenamientos mucho más adelantados que pueden existir en los países europeos.

Esta es una cosa nueva dentro de la política criminal del Estado que se ha instalado, en los últimos años que es la de aprobar normas que se han adoptado en otros países, sin estudio suficiente y sin adaptación alguna a las realidades nacionales. Es un afán globalizador de copiar lo que nos viene dado, a veces con el respaldo del beneplácito internacional, normas avaladas por los convenios internacionales de distinta índole.

Un buen ejemplo es la legislación del 2007 respecto de la pornografía infantil y el tráfico de menores (me refiero específicamente al art. 4 de la L. 17.815/2014, que creó el delito de “promesa de retribución a menores de edad para ejecutar actos obscenos o eróticos de cualquier tipo”) y todo lo demás que han revolucionado en una forma brutal y probablemente fuera de las costumbres y de la tradición del Uruguay, lo que vendría a ser la protección sexual de los niños, temas genéricos que se aprueban sin discusión, porque vienen naturalmente con todo el prestigio en este caso de las Naciones Unidas, de los expertos internacionales, con una finalidad loable que quien se va a poner en contra y menos desde el ambiente político donde le será difícil a un legislador poner objeciones o reparos o pedir un estudio más abarcador de la legislación nacional.

Porque corre el riesgo cierto de que ante ello alguien se pregunte: ¿Este individuo está favoreciendo el tráfico de niños, la prostitución, la explotación sexual, etc.? Aunque el sujeto lo niegue, la verdad es que cualquier observación que usted haga es mal vista, es políticamente incorrecta, lo correcto es subirse al caballo, y adoptar la posición de los que se llaman “cruzados morales”, que pueden llevar adelante cualquier idea, con las mejores intenciones y los más altos ideales (en el caso defensa del trabajador o de los niños explotados sexualmente), sin parar a hacer cualquier otro tipo de consideración que los pudiera dejar mal parados.

Es más fácil la arenga demagógica que el razonamiento armonizador y lógico que requiere la confección de una ley que regirá en el tiempo y que es la regla general de conducta exigible a los ciudadanos concernidos, de tal modo se aprueban leyes que ni los que las hacen saben bien qué es lo que están aprobando, ni cómo se comportará esa norma dentro del conjunto de otras que rigen con lo que plantean incontables problemas de interpretación, llevando inseguridad e incerteza en las causas criminales corrientes ante los juzgados, propiciando una indebida y exagerada expansión del poder de los jueces, que en definitiva terminan fallando según sus múltiples, variadas y legítimas convicciones, pero con perjuicio de la generalidad abstracta de una ley igualitaria para todos.

Ejemplos de este tipo de normas son variados y ya he mencionado uno pero hay muchos más: se han aprobado también normas anticorrupción por imitación de la legislación comparada, por ejemplo el tráfico de influencias –art. 158 bis. C.P.- el abuso de información privilegiada –art.163 bis.C.P.- (provenientes del derecho español), sin ningún estudio previo de si en el Uruguay eso ocurría, si ocurre mucho si ocurre poco, no hay análisis de ninguna especie, pero alguien (el cruzado), “pega el grito”, afirma que allí hay algo efectivo, que es una manera de combatir la corrupción, y ¿quién no va a estar en contra de la corrupción? Se termina copiando servilmente de un derecho extranjero sin tomarse en cuenta tampoco si allí funcionó o dejó de funcionar.

Existe en Europa, y en España particularmente que es el modelo que se ha seguido lo que se llama un Derecho Penal del trabajo, un Derecho Penal protector de los trabajadores, que incluye tipos mucho más interesantes y que podría ser motivo de una verdadera política criminal del Estado, es decir, ¿Cómo se puede proteger criminalmente el trabajo?, es decir, ¿Vale la pena, es necesario hacerlo? Y ¿Qué figuras podríamos tener?

Por ejemplo podrían ser delitos interesantes de estudiar e incorporar a nuestro derecho (tal vez), el de "imposición y mantenimiento de condiciones ilegales del trabajo o de seguridad social" donde se requiere una conducta de abuso de una posición dominante, implica acciones de engaño o de abuso de situaciones de necesidad, tráfico ilegal de mano de obra, reclutamiento engañoso de trabajadores o ejerciendo condiciones falsas de trabajo, por ejemplo esas ofertas que a veces aparecen "chica de buena presencia que se presente para modelaje o publicidad y lo que fuera" y en realidad eso es totalmente engañoso y lo que puede haber una búsqueda de reclutamiento para prostitución u otra cosa.

Ahí podría valer la pena discutir seriamente y no bajo presión de los sindicatos, ni de nadie, si eso tiene que ser una forma de protección de las personas que son por engaño traídas a una posibilidad laboral engañosa, considerando además si las posibles conductas criminales visualizadas como algo novedoso, no estarían ya reguladas por otras disposiciones relativas a la trata de personas etc.

En este horizonte de posibles disposiciones, muchísimo más rico que el enteco artículo que comentamos hoy, incluye temas como la discriminación laboral como delito; formas de delito de discriminación por sexo, por raza, por edad, etc.; las migraciones fraudulentas (algo tenemos con los delitos migratorios, una ley de 2008 no referida directamente al trabajo pero indirectamente algo hay de eso); delitos contra la libertad sindical y contra el derecho de huelga, cosas que podrían ser de interés para los sindicatos sin embargo no lo han tomado; el delito de acoso laboral que habría que definirlo, etc.

Pero sobre esta problemática es bastante grande el campo de lo que se conoce como el moderno derecho penal de trabajo, la protección penal de los trabajadores. En cambio, el modelo que se toma es el modelo Español que es una parte pequeña de este gran rubro, y del mismo solo el art. 316 del Código Penal Español de 1995, cuyo estudio comparativo excede las necesidades de esta presentación y por lo tanto simplemente lo mencionamos (es bastante servil la copia pero no es idéntica). Esta figura regula en España los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo como bienes jurídicos supra-individuales.

Ese es el esquema que tenemos en general, dicho en forma muy sintética.

Cada una de estas afirmaciones podría requerir o exigir naturalmente un desarrollo mucho más completo.

En cuanto al tipo específico que ha creado el Art. 1 de esta ley 19.196, ¿Cuál es el bien jurídico protegido? Esa es una buena pregunta, la teoría del bien jurídico como marco de interpretación, ubicación sistemática de la norma, y en España se discute, no hay

acuerdo, sobre si esta norma protege en realidad: a) el interés del Estado, sería un delito con un bien jurídico supra individual, el interés del Estado de regular de determinada forma las relaciones de trabajo y la prevención de accidentes en este caso; b) el interés de los trabajadores en general o, c) el interés de los obreros concernidos en concreto que tuvieran una situación de riesgo.

Probablemente sea pluri-ofensiva la figura, pues protege por un lado bienes individuales: la vida, la integridad física y la salud de las personas concernidas y al mismo tiempo proteja la política laboral del Estado y los criterios comunitarios que se entienden convenientes para la protección de esta situación.

Pero también se podría preguntar (y cuestionar), si hay realmente un bien jurídico protegido o si todo esto es simplemente una mera superestructura lingüística para justificar la creación de un delito ilesivo, es decir, un delito que viola el principio de lesividad, que se supone que integra la esencialidad del Derecho Penal democrático. No se puede crear un delito que no lesione un bien jurídico digno de protección, y no vale, desde el punto de vista material, decir que el bien jurídico es aquello que el legislador entiende por tal, porque sería tautológico: habría un bien jurídico digno de protección porque hay una ley penal que lo protege, pero la ley penal protege en realidad algo o eso es, en realidad, una formulación lingüística, semántica, que esconde simplemente el hecho de un puro acto de autoridad, que define que es delito porque está prohibido.

Es delito (no porque la conducta sea *mala in se*), sino porque el que tiene poder de determinación ha previsto que la conducta sea criminal; yo que sé, sin exagerar esto ya se ha hecho antes y tiene una larga y triste historia, el que consumiere carne de cerdo será castigado con tal pena, ¿Cuál es el bien jurídico objeto de la protección? El que tuviera relaciones con una persona de raza judía será castigado con tal pena. El negro que ocupare el asiento de los blancos será penados, etc. Sí, son delitos prehistóricos, que han existido en distintas épocas, en distintas sociedades.

Y ello porque si no nos atenemos a los principios, siempre se puede decir que hay un bien jurídico, por ejemplo, la protección de la salud pública o la religión, porque el cerdo era un animal maldito por la Biblia o yo que sé, el otro porque había una política racista que se llevaba adelante por el Nacional - Socialismo. ¿Cuál es el criterio de los delitos de discriminación en el Sur de los Estados Unidos, delito de sentarse a comer en una cafetería con una persona de raza negra cuando estaba reservado ese lugar solo para los blancos?

Eso es un delito que no tiene un bien jurídico real, material, es delito porque el Estado de Alabama decretó que eso no se podía hacer y por lo tanto es un delito de mera desobediencia, una violación a lo prohibido, la vieja distinción romana entre "*mala in se*", delitos que en sí mismos tienen naturaleza criminal y "*mala quia prohibita*", es decir, son delitos porque el que tiene autoridad lo define como delito en una posición probablemente deslegitimadora del poder penal, cuando el poder penal moderno, el Derecho Penal, se ve como un instrumento de limitación al poder y no de facilitación de la imposición de la arbitrariedad por las mayorías circunstanciales que se puedan tener en un momento determinado o la imposición de un gobierno dictatorial de las conductas que estimen que convienen definir como penal.

O sea, eso también estaría en el fondo, es decir, hay que determinar, no solamente si hay un bien jurídico, primera pregunta y luego ese bien jurídico es individual o es supra-individual.

Bueno en cuanto al sujeto pasivo yo creo que se ha dicho suficientemente con mucho más conocimiento de lo que podemos tener del punto de vista penal, pero para nosotros sujeto activo es el "empleador" o "el que actúe en su nombre ejerciendo el poder de dirección".

No se trata, como se cree vulgarmente de la responsabilidad penal de los "empresarios" sino de los "empleadores", que obviamente abarcan a aquellos pero no queda limitado a ellos.

Desde el punto de vista penal yo creo (me parece muy claro), que el concepto es más amplio, y que abarca no solamente a los entes públicos, la responsabilidad que probablemente no se previó que puedan tener los entes comerciales e industriales del Estado, sin duda, pero también eventualmente el Poder Legislativo, el Poder Judicial, en la medida en que sean "empleadores" de trabajadores, a lo que coadyuva el criterio de la igualdad de la ley para todos los que están en idéntica situación, ya que desde el punto de vista teleológico no se puede pretender que unos trabajadores tengan esta protección penal y otros no.

Nosotros comentábamos con algunos compañeros que probablemente y ahí está el tema, porque hubo una persona que se cayó al vacío en un juzgado y por lo tanto cuál es la responsabilidad eventualmente de la Suprema Corte de Justicia, porque el riesgo que hay acá es que se apliquen las teorías de ROXIN, del hombre de atrás y de la criminalidad de escritorio, donde se hace responsable a toda la cadena, desde el capataz que da la orden hasta el ingeniero que dispuso, el arquitecto que resolvió la cuestión, los directores, los administradores, hasta los verdaderos propietarios, los accionistas, porque en definitiva la empresa les da ganancia a una persona que no tiene ni idea de lo que se está haciendo, que probablemente lleve la responsabilidad hasta los accionistas, los miembros del Directorio, ¿Dónde paramos no?

Porque no hay límite para eso y tampoco para la interpretación, uno piensa que la interpretación va a ser razonable, pero en una estructura organizada de poder, si nos aplican la teoría de la responsabilidad por autoría, por mantenimiento de una estructura organizada de poder como se ha hecho para el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad o para el juzgamiento de la mafia, o para el juzgamiento el crimen organizado en términos generales la cosa va a ser muy difícil de definir.

La empresa es una forma de organización y podría algún magistrado interpretar que funciona esta manera de ver las cosas (en delitos económicos o vinculados al mundo laboral y empresarial), y que habría una responsabilidad posible de imputar de esa manera, o sea que se abren posibilidades, no quiero decir que eso vaya a ocurrir necesariamente, a mí me parece que está fuera del ámbito de protección de la norma y por lo tanto debería descartarse todo ese tipo de construcción en este caso empresarial, pero es una organización que no deja de ser piramidal y que podría plantear ese problema.

Porque el problema de la responsabilidad cuando hay daño, cuando hay resultado, siempre le deja al operador penal un sabor amargo en la boca porque como se dice vulgarmente “la montaña parió un ratón” y vamos a terminar probablemente condenando, cuando hay resultado, al capataz que dio la orden.

Yo siempre pongo como ejemplo y perdón en que vuelva con el mismo, pero uno de los accidentes laborales más terribles que hubo en el Uruguay: fue el escape de gas de amoníaco de una planta procesadora de pescado que existía en la rambla Baltasar Brum allá en la década del 70', donde se produjo la muerte de 7 u 8 obreras fileteras: la máquina de frío funcionaba en el medio de un salón donde se fileteaba muy rápido el pescado que venía por cintas transportadoras, se soltó un manguerote y allí murieron con los pulmones destrozados esas personas y un número indefinido de heridas graves de por vida.

Había problemas con la ventilación, problemas con la máquina que se había instalado, problemas financieros y de competitividad, ese tipo de planta procesadora era idéntica a las que estaban en Perú, las que estaban en Brasil, por lo tanto había pasado por todos los lugares que tenía que pasar, de Bomberos, de Intendencia de Montevideo, tenía todos los permisos y estaba funcionando bien, funcionaba en tres turnos, conforme a los reglamentos de la época, no paraba nunca, se sacaba la escarcha entre cada turno pasándole vapor hirviendo a los manguerotes, uno supone que eso provocaba un cambio de temperatura, bueno ocurrió el accidente y de toda esa catástrofe infernal no fueron presos los funcionarios municipales o del Estado que habían autorizado en distintas etapas el funcionamiento, ni los ingenieros, ni los directores, ni nada, termina preso el capataz porque en definitiva le dijo a un sobre estante que había, porque se detectaba el peligro por el olfato que parece que es muy efectivo, por otra parte, las mujeres cuando había mucho olor de amoníaco, decían “che vamos nos”, salían afuera, respiraban un rato y volvían.

Ese día hubo más olor que de lo común pero bueno, la fábrica tenía que funcionar en esos 3 turnos, el material no se podía exportar si no había control de calidad y el capataz dijo “los funcionarios viejos se les suspende por 3 días y a los nuevos los despedimos si no entran”. Entraron masivamente y se produjo la catástrofe. Entonces eso pasa siempre, pero con un resultado terrible terminó preso el capataz.

Acá, en cambio, estamos hablando de situaciones en que no pasa nada, ese es el tema “no se rompió ni siquiera una uña”, como dijo el Rector.

El problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es un tema que también subyace en el fondo de este asunto, lo que excede esta presentación pero lo mencionamos por corresponder.

Creemos que son sujetos activos posibles también, desde el punto de vista penal, el propietario de la casa que contrata un jardinero, un pintor, la empleada doméstica, el peón rural, el que limpia los vidrios en los edificios de apartamentos, etc. Todos esos tienen empleadores que serán eventuales responsables de no adoptar las medidas de seguridad impuestas., no necesariamente se habla de empresa, se habla de empleador y el Derecho Penal interpreta libremente, a su modo, que probablemente no coincida

exactamente con la de otras ramas del derecho, y eso podría dar lugar a interpretaciones diferentes, pero la figura queda abierta a cualquier persona que tenga una situación de dependencia y plantea también que el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que en el Uruguay sigue como ustedes saben el criterio continental europeo "*societas delinquere non potes*" – las sociedades no pueden delinquir - hay un enorme movimiento internacional a crear la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Desde el punto de vista dogmático a nosotros nos parece absolutamente inconveniente porque no es capaz de culpabilidad, no es capaz de acción, la responsabilidad de las personas jurídicas nos parece bien que se siga con el criterio tradicional pero al mismo tiempo advertimos casi como inevitable, que en algún momento también nos llegue al Uruguay la responsabilidad penal de las personas jurídicas porque ya lo implantó Francia que era uno de los campeones del Derecho Continental Europeo y en España hay un año sí y otro también intento de modificar la legislación para incorporar como también recomienda la Unión Europea y es tradicional en el Derecho Anglo-Sajón lisa y llanamente ir a una responsabilidad de la persona jurídica. Si se llega a esa etapa el empleador, persona jurídica veremos cómo queda legislado.

¿Cómo se imputa esta figura? Porque el delito es un delito de "no adoptar" medidas de resguardo o seguridad laboral. Es un delito llamado de omisión propia, delito de omisión de creación legislativa donde los que están en posición de garantes son precisamente los empresarios (*rectius* los empleadores), o las personas que hagan sus veces, las personas que en su nombre ejerzan el poder de dirección, habría que verlo en cada caso, esos son los términos legales, requieren nos parecen una imputación a dolo directo, que está regulado por el dolo en los delitos de peligro.

Hay una norma de mandato: debes adoptar tales o cuales medidas y tú incumples omitiendo hacerlo, voluntariamente. Te niegas a adoptar las medidas que exige la ley, esa conducta es debida por ti, porque es esperada por la norma. Te niegas a un hacer positivo de proteger anticipadamente a tus empleados y obreros, conforme obligue a ello la ley o la reglamentación.

Porque como es un delito de omisión y un delito de peligro se aplica el Art. 20 C.P., que dice que se requiere conciencia y voluntad de no adoptar los medios establecidos por la ley o el reglamento para prevenir la siniestralidad.

No requiere conciencia y voluntad de producir el daño, sino conciencia y voluntad de estar infringiendo las normas de seguridad establecidas por la ley, esto es lo que dice el Art. 20 del Código Penal y hay que establecer también que el dolo se presume por el Art. 21 del Código Penal, una presunción refutable, lo cual le da una cierta gravedad.

Se supone, se presupone, se parte de la base de que el individuo era consciente de que existían esas normas y tuvo voluntad de violarlas.

A nosotros nos parece claro y esto habría que plantearlo desde el principio, aunque puede también existir una interpretación expansiva de la norma que probablemente como acá hay algún aspecto de ideologización y de politización, todo el problema que

tenemos de los jueces proactivos, en Italia se les llamó Jueces de asalto para vincularlos hasta en el imaginario colectivo a las fuerzas de combate, patrullas o grupos militares de asalto que llevan adelante una convicción propia, digo eso porque nosotros sostenemos que la imputación sólo puede funcionar a dolo directo, que no puede funcionar a dolo eventual porque no tiene un resultado dañoso, pero alguien podría expandir el dolo y convertirlo en una suerte de agujero negro o de gran embudo donde todo quepa en aras de un dolo indirecto o eventual, porque no se quiso pero se previó, o se debió de hacer previsto, o no se pudo no prever, o se debió prever, o se actuó con ignorancia intencional, etc.

Nosotros sostenemos que para el dolo eventual debe haber un resultado de daño, porque para la atribución del resultado de peligro es indispensable probar que el mismo, el peligro, es la consecuencia en el caso de la omisión del imputado (Art.3 C.P.).

O sea que es una posición más bien restrictiva, que debe ser "*in dubio pro reo*", "*indubio pro omine*" en términos generales, en un delito de omisión donde se anticipa el momento de consumación y se configura delito algo que no está ni siquiera en el tracto de tentativa de realización de un delito y que no hay imprudencia porque no se puede imputar la culpa claramente por el Art. 19 C.P., que dice que la imputación culposa solo funciona cuando el legislador expresamente lo determina y no lo ha establecido, por lo tanto sostenemos la imputación solo a dolo directo y no a dolo eventual.

Parece, digo yo, desde todo punto de vista excesivo suponer que estamos ante un delito de omisión impropia, porque no es un delito de comisión por omisión, porque no hay comisión de delito donde no impedir el resultado que se tiene la obligación de impedir equivalga a producirlo.

El resultado no es un resultado dañoso; los delitos llamados de omisión impropia son de comisión por omisión y es de orden entender que aquí al no haber resultado material dañoso no se puede admitir la ficción jurídica de la equivalencia. Pero también el Art. de la equivalencia está en el inc. 2 del Art. 3 C.P., y no descarto que alguien puede interpretar que hay una comisión por omisión es decir, un delito de omisión impropia donde la posición de garante le obliga al individuo a tener los medios y pueda por esa manera también ampliarse la imputación.

¿Pero qué es lo que tenemos acá en definitiva? Se podría traer todo lo que se llama la "teoría de la sociedad de riesgos", la sociedad moderna es una sociedad riesgosa y la actividad empresarial particularmente la que mencionó el profesor con anterioridad en la pesca, en la industria moderna y específicamente en la construcción, son actividades riesgosas desde la época de la construcción de las pirámides la gente se muere cuando realiza determinados actos; la gran represa de los Estados Unidos causó la muerte de cantidad de personas, la construcción del puente de San Francisco y la siniestralidad que tenemos en el Uruguay porque son actividades de riesgo es decir, no se pueden impedir.

Nosotros vivimos en una sociedad riesgosa: hacemos edificios altos, estamos trabajando con explosivos, con sierras que cortan dedos, manos, trabajando con material explosivo o eventualmente en los laboratorios con productos contaminantes y

todo lo demás.

En esta sociedad de riesgos se sigue en general la teoría del riesgo permitido, hay riesgos que son permitidos porque si no sería imposible salir a la calle, porque podemos incurrir en producir algún daño a alguien, ya que es apodíctico que si se utiliza un poderoso agente con motor, alguien puede resultar lastimado.

Tampoco habría necesidad de seguro. El seguro es obligatorio porque se sabe la previsibilidad, seguro que es previsible, porque van a haber obreros lesionados como hay automovilistas que mueren o que salen lesionados de su trabajo. Entonces la prohibición sería prohibir el automóvil, prohibir el vuelo de avión porque los aviones a veces los aviones se caen, los ferrocarriles chocan, se descarrilan sin necesidad de que haya un responsable o un terrorista que está detrás de eso.

Entonces en esta sociedad de riesgos rige lo que se llama el principio de confianza, que señala que, cuando hay comportamientos humanos entrelazados, no se imputan a quien ha obrado, no se imputa una conducta criminal al que ha obrado confiando en que los demás se mantendrán dentro del riesgo permitido.

Esto permite la división del trabajo y establece una prohibición de regreso. Y también podríamos ver acá o incorporar el acto de la víctima, el obrero que no cumple con las reglas o que no se pone el material que tiene a su disposición puede funcionar y actúa creyendo que los demás van a funcionar bien.

En estas empresas en las que hay subcontratistas y todo lo demás bueno cada uno está trabajando teniendo confianza, sino no podríamos salir a la calle. Nosotros cuando manejamos el automóvil confiamos en que los demás están cumpliendo las reglas de tránsito, respetan la derecha y el cartel de PARE, y el exceso de velocidad y permanentemente al conducir estamos haciendo una negociación con los ojos, con la luz, con lo que fuera, con el movimiento del vehículo, cosas que son difíciles de explicar pero que todos sabemos que existen, para saber que le estoy cediendo paso, o que me voy a adelantar, porque yo confío que el otro va hacer lo mismo que estoy haciendo yo, porque si no, no podría funcionar el tránsito; ¿Cómo subir en una escalera mecánica? No está regulado en ningún lado pero, se sube por la derecha y se baja por la izquierda, esto no está escrito en ninguna parte, son reglas de convivencia; Si dos personas caminamos en la misma dirección o en dirección contraria en una vereda, en algún momento alguien va a tener que ceder, sino vamos a chocar, el compañero camina hacia mí y yo hacia él, hay una negociación.

Entonces ahí hay un tema que para generar un derecho en la teoría de la imputación objetiva debe de crearse un riesgo no permitido o actuarse más allá de riesgo permitido, para la imputación se requiere que el riesgo se concrete en el resultado, si no hay resultado no hay imputación.

Esos principios yo creo que son básicos también y supongo que como regla de interpretación el principio del ámbito de protección de la norma debe de regir la interpretación del juez, debería de constreñir y no llevar al extremo las posibilidades que estas

normas bastante abiertas plantean, en el sentido de cuál es el objeto que se trata incluso dentro de esta norma que nosotros consideramos innecesaria por todas las razones que hemos visto.

Al ser un delito de omisión propia creado específicamente por el legislador se debe exigir entonces dolo directo de omitir, de no adoptar los medios de resguardo previstos por la ley.

El delito consiste entonces en conciencia y voluntad de no aplicar las normas que se conocen. Eso plantea el tema también del Art. 24 del Código Penal, el error de hecho se presume voluntario, esa presunción que no admite prueba en contrario. La Corte Italiana hace años, declaró la inconstitucionalidad del precedente de nuestro Art. 24 al decir que las presunciones absolutas deben ser repudiadas por el Derecho Penal liberal y democrático. Pero acá es muy clara la ignorancia de la ley que yo no sé si el empresario con el carácter genérico que tiene de los directores de los Entes Autónomos, los administradores del Palacio Legislativo, los que están encargados de la torre ejecutiva y ni que hablar de los empresarios o las personas particulares que tienen personal a su disposición como el jardinero, el limpiavidrios, la empleada doméstica si tienen conocimiento real de la normativa de prevención de accidentes de trabajo, ¿Y hasta donde llevamos eso? Porque es posible que haya normas de descanso, entonces no tomar los medios adecuados para que se cumpla la hora de descanso se puede entender que es una norma de prevención de accidentes porque el individuo que trabaja sin descansar va a tener menos reflejos, ¿Hasta dónde llevamos la responsabilidad por esas situaciones? No solo se deben omitir estas acciones esperadas por la norma sino que se debe hacerlo, y esta es la segunda modalidad, el delito es un delito de omisión que consiste en no adoptar los medios que establezca la ley y la reglamentación, no sabemos cuáles pero son todos los que aparezcan allí.

Es una norma penal en blanco, existe una presunción de conocimiento de la ley pero esto no basta esto para que haya delito, sino que "debe poner en peligro grave y concreto" la vida, la seguridad o la integridad física del trabajador concernido, de aquel operario específico, una persona determinada que debe haber estado en riesgo grave y concreto de daño.

Debe haber una persona por lo menos y esto plantea el problema de los delitos de peligro, ¿Cuál es el peligro grave? Ponerlo así es enorme porque la subjetividad del intérprete, el tipo judicial se agudiza a niveles extremos. Va a ser grave de acuerdo a lo que entienda el juzgador. Entendámonos que no ha ocurrido absolutamente nada, no se produjo el resultado pero habla del peligro concreto.

Esta diferencia entre peligro abstracto y peligro concreto está siendo objeto de revisión en la doctrina contemporánea pero bueno por peligro concreto se supone que no es una norma. El peligro abstracto sería que el legislador hubiera considerado como delictiva el incumplir las normas, si no hubiera dicho esto sería más grave porque sería el legislador que prohíbe porque estadísticamente el no cumplir las normas ¿en el mejor de los casos no?, para decir que estamos todos de acuerdo que, ¿Por qué el legislador hace esto? Se supone porque hay una alta siniestralidad y piensa que la puede bajar establecien-

do entonces, si hay alta siniestralidad abstractamente no adoptar los medios necesarios produce accidentes y lesiones que no están previstas pero el mero hecho de hacerlo lo voy a castigar aunque nadie haya corrido el riesgo. Acá exige y eso es importante como límite, exige y supongo que los abogados defensores lo manejarán y los jueces aplicarán, hay que probar el peligro concreto. El peligro concreto es que haya una persona, que por la violación, por la omisión de cumplir las normas establecidas en la reglamentación y en la ley, ha estado en un peligro con una alta probabilidad de que se produzca el daño, sería esa la definición de peligro concreto; la diferencia entre lo probable y lo posible. Es una posibilidad con "bichina la certeza" dicen los italianos – "Está cerca de producirse el resultado", es un peligro concreto, real, efectivo, un peligro que se ha corrido. Esto es lo que dice la doctrina, esto es lo que dice la ley.

Para mí, todos los peligros son abstractos y acudo a Vaz Ferreira porque si el resultado no se produjo es porque no se podía producir y nunca podremos tener una prueba científica de que el resultado podría ocurrir por la ley del artillero, porque no ocurrió el resultado y si no ocurrió el resultado todos los peligros serían abstractos.

Pero bueno el concepto de peligro concreto es la alta probabilidad de un resultado que hay que probarlo en juicio y eso desplaza hacia el intérprete, o sea hacia el juez la ímproba tarea, llena de inseguridades e incertezas, de determinar cuando esto ocurre, es decir, cuando hubo realmente un peligro que a su vez debe ser calificado de "grave" y que además es "concreto", teniendo por límite el concepto fluctuante de la gravedad y la siempre opinable determinación del peligro concreto en que se reduce la figura.

Es un delito entonces de omisión y de peligro concreto donde debe determinarse expresamente que hubo una alta probabilidad de producirse el daño que son lesiones, muerte y perjuicio a la salud, en definitiva si se omite adoptar los medios de resguardo fijados, o sea si se cumplió una parte del tipo, pero no se pone con ello en riesgo grave y concreto los bienes jurídicos señalados, la conducta es atípica, porque la conducta prohibida es no adoptar medios que pongan en peligro y si no ocurre esto último, el mero hecho de incumplir las medidas de protección no configura el delito que acá se prevé que es un delito complejo que requiere todos estos elementos que son normativos, son elementos típicos que plasman de alguna manera la conducta delictiva y que delimitan la ocurrencia de un delito donde hay una anticipación muy grande de cualquier ocurrencia real de un daño, no es un delito de dominio sino que es un delito de mera violación de lo mandado por el legislador.

Si ocurriere el desastre de lesiones, si se producen las lesiones, la afectación de la salud (que son tipos de lesiones art. 116 C.P.), o la muerte, se plantea un problema muy complejo de posible concurso de figuras porque esa lesión o muerte va a ser una lesión o muerte imputable a título de culpa, con lo que tenemos un problema dogmático de tremenda dificultad, de la concurrencia de delitos dolosos con delitos culposos, que para algunos sería una hipótesis que habría que rechazar, o la otra posición, que es la que en principio entiendo más adecuada, que habría que acudir aquí a la teoría del delito progresivo es decir si ocurre una lesión o muerte y se puede probar, porque aquí en este caso hay que probar que hay falta de cuidado, la base de la culpa, la imprudencia, la impericia, la existencia de una imputación culposa, me parece que podría funcionar la teoría

del delito progresivo, que no haber tomado las medidas de prevención que pusieran en peligro el bien, pero que el bien en definitiva se destruyó, esa imputación de lesiones por culpa, porque si la lesión se produce sin culpa porque es producto de la causalidad, de la desgracia, de la fatalidad, no habría responsabilidad penal y podría considerarse en la hipótesis de sí que lo hubiera, que hubiera imprudencia de que hay allí una figura de progresión donde este delito de omisión de muy baja represividad, que tiene una pena correccional meramente en el mínimo y en el máximo, se señala también una contención del legislador de alguna manera también un derecho penal simbólico, “lo castigo pero mire que no es tan grave”, porque no va a haber pena de penitenciaría, probablemente funcionen las medidas sustitutivas en este caso al aprisionamiento porque por definición el delito no es un crimen sino que es un delito de acuerdo a la definición del Art. 2.

A mí me parece que podría funcionar la teoría del delito progresivo donde ésta figura de falta de adopción de las medidas que pusieron en riesgo un bien jurídico, queda absorbida y co-penada en el delito de lesiones o de muerte culposo, pero hay que enfrentar la dificultad de que este delito menor es de dolo y el delito más grave es un delito imputado sin intención del resultado.

No son aceptables los tipos de responsabilidad objetiva en un estado constitucional de Derecho, la aplicación plena del Art. 18 numeral 4° del Código Penal el resultado que no se quiso, o que excede, o que es distinto del querido no se puede imputar, que la doctrina en general entiende simplemente que el límite de la imputabilidad es la culpa que debajo de eso existe el fortuito, la desgracia, el acaso, la mala suerte que no se puede imputar a las personas. Eso queda a las indemnizaciones civiles o responsabilidades objetivas por otras vías pero no con la vía del Derecho Penal.

La ley nada dice los casos en los que haya concurrencia de culpa si sobre todo responsabilidad exclusiva de la víctima. Los casos estos a veces hemos visto preocupación de los empresarios, si yo le doy todas las posibilidades, cumplo con toda la normativa, pero el obrero no se pone el casco como decía el profesor por lo que fuera: por machismo o porque le parece al hombre joven ¿Qué para qué? , que lo he hecho toda la vida, que me vienen con tonterías si yo estoy descalzo en el medio del bosque y voy a seguir haciendo igualmente y ocurre el accidente parece excesivo imponerle una carga de una especie de derecho tuitivo de una persona adulta de que haya alguien atrás que se haga responsable por los actos imprudentes, voluntarios y conscientes del obrero por lo tanto ahí funcionaría la exclusión de responsabilidad simplemente por una causa que es el hecho exclusivo de la víctima excluye la responsabilidad total del empleador cuando la decisión de no adoptar las medidas sean de parte del obrero pero siempre en el caso de que hubiera un resultado.

Estamos siempre con la tendencia de referirnos a la producción de un daño cuando en realidad el delito no lo requiere. La garantía más fuerte me parece que es la segunda parte de la normativa que es la exigencia de un peligro que está calificado como grave y como concreto. La figura no admite tentativas.