

EL PROBLEMÁTICO ARTÍCULO 168-A
DEL CÓDIGO PENAL

Tres cuestiones controvertidas*

FRANCISCO ÁLVAREZ DÁVILA**

RESUMEN

El autor analiza el artículo 168-A del Código Penal, el cual contempla la responsabilidad penal de quien se encuentra legalmente obligado a cumplir con las normas de seguridad y salud en el trabajo, y no haciéndolo, pone en riesgo la vida, la salud e integridad de sus trabajadores; en ese contexto, señala que, si bien el tipo penal remite a normas extrapenales, sí cumple con el mandato del principio de legalidad. Por otro lado, precisa que solamente puede ser autor de este delito quien ostente poder de dirección para configurar un deber especial de seguridad frente a la actividad laboral riesgosa.

MARCO NORMATIVO

- **Código Penal:** arts. 27, 168-A, 229 y 314.
- **Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo:** *passim*.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad / Deber / Empresa / Seguridad laboral / Legalidad

Recibido: 11/04/2020

Aprobado: 15/04/2020

I. Ideas preliminares

Han pasado nueve años desde la promulgación de la Ley N° 29783 - Ley de Seguridad

y Salud en el Trabajo (en adelante, LSST), que incorporó el artículo 168-A al Código Penal peruano (en adelante, CP), el cual regulaba un supuesto de responsabilidad penal para quien estaba legalmente obligado a cumplir las normas de seguridad y salud en el trabajo (en adelante, SST), cuando su incumplimiento generaba una puesta en peligro a la vida, salud e integridad física de los trabajadores.

El tiempo ha transcurrido y aun cuando durante la vigencia de este artículo han sucedido algunos accidentes laborales de notable trascendencia mediática, hoy en día parece

* El presente artículo abordará algunos aspectos que vienen siendo objeto de mi investigación doctoral sobre la responsabilidad penal del empleador en accidentes de trabajo.

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

COMENTARIO RELEVANTE DEL AUTOR

En este orden de ideas toca responder si la fórmula utilizada por el legislador de remitir la autoría en el delito de atentado contra la seguridad y salud en el trabajo a la normatividad extrapenal satisface el respeto del principio de legalidad o no. La respuesta es que sí satisface este principio.

lejana su aplicación en los tribunales de justicia peruana. La discusión académica y los problemas que podrían presentarse en su aplicación parecen ser escasos, al menos si uno los compara con delitos económicos como el lavado de activos y el fraude en la administración de personas jurídicas, o con los delitos de corrupción como la colusión, la negociación incompatible y el peculado.

En ese sentido, no sorprende que únicamente cuando la sociedad, a través de los medios de comunicación, pone su atención en un lamentable accidente de trabajo con la muerte de trabajadores, se presta atención a la existencia de un artículo que estaría destinado para ser aplicado a los empresarios o empleadores en caso de accidentes fatales. En esa línea, es común que profesionales dedicados al Derecho Penal y Laboral comenten y critiquen en los medios de prensa la posible aplicación y la fórmula de tipificación legislativa de este delito.

Un ejemplo reciente del que hemos sido testigos, sucedió con la muerte de dos jóvenes que murieron dentro de un local de una

conocida marca transnacional de comida rápida. Se produjo la misma fórmula: medios de comunicación informando de la noticia, buscando amparar su juicio de reproche en varios profesionales del Derecho, quienes recurrirían rápidamente a la aplicación del artículo 168-A del CP; sin embargo, pasados unos días, el caso parece haber tomado el giro de la larga y silenciosa búsqueda de justicia a través de la sanción a los responsables.

Sin embargo, esta vez nuestro Gobierno recurrió rápidamente a una reforma legal del artículo 168-A del CP, tomando los aspectos polémicos que algunos habían advertido: i) la existencia de la notificación previa para habilitar la imputación penal por el delito; y, ii) la cláusula que regulaba la exclusión de la responsabilidad penal del obligado legalmente, cuando el accidente era consecuencia de la conducta negligente del trabajador. La reforma buscó paliar los problemas que denunciaban los medios de comunicación y las redes públicas de información, pero no garantizaban un espacio de debate porque, por un lado, la reforma operó a los 15 días de producido el accidente y, de otra parte, con el Congreso cerrado, el espacio de debate en dicho poder del Estado no se produjo¹.

No obstante, abrigo serias dudas de que nuestra reciente modificación del artículo 168-A del CP pueda garantizar la vigencia (¿nueva?) de este supuesto de responsabilidad penal para el empleador, cuestión que podré exponer con mayor atención y extensión en otro espacio.

La presente investigación no pretende comentar las reformas realizadas en diciembre del año 2019, aunque coincido con la eliminación

1 Esto sin desconocer que nuestro Poder Legislativo, como en muchos otros países, parece haber adoptado una política criminal que justifica las reformas penales en atención a las actitudes de la población (la mirada de los votos populares de los electores), en donde el conocimiento del experto y del profano parecen tener el mismo valor. Al respecto, véase: Silva Sánchez (2018, p. 52).

del requisito de notificación previa de la autoridad administrativa, por constituir un real obstáculo a la intervención penal en los accidentes de trabajo; cuestión que genera duda es si la derogación del último párrafo del artículo 168-A hace imposible la práctica de la institución dogmática de la autopuesta en peligro de la víctima como causal de exclusión de la responsabilidad penal.

No obstante, lo que sí pretendo exponer, en tanto no han existido modificaciones en la estructura del tipo penal, es una línea de opinión sobre tres grandes temas: i) si la descripción típica que ha realizado nuestro legislador en el artículo 168-A del CP, cumple el mandato del principio de legalidad; ii) la polémica sobre la inclusión de un tipo penal que sanciona como autor del delito al empleador; y, iii) la descripción de los posibles autores del delito.

El primer tema se ha escogido en atención a la polémica que suscitó en la legislación española la fórmula utilizada por el legislador para describir tanto al autor del hecho (legalmente obligado), como la conducta típica (infracción de normas en SST); si bien en la escasa doctrina peruana no se han encontrado críticas a este recurso utilizado por el legislador, la aparente amplitud de la fórmula utilizada tiene un efecto práctico al momento de la determinación de los posibles autores. El segundo y tercer aspecto de la presente investigación han surgido también del debate científico extranjero, pero ha necesitado mayor desarrollo en atención a los diferentes opiniones en medios, artículos en revistas y blogs, y comentarios recogidos en las redes sociales que han demostrado un espíritu crítico –mayoritariamente– hacia la justificación político criminal de incluir un tipo penal que sancione expresamente al empleador que pone en peligro la vida e integridad física de sus trabajadores por el incumplimiento de normas de seguridad y salud en el trabajo. A esta comprensión

defectuosa de la forma de imputación en las estructuras empresariales, se ha añadido una progresiva indeterminación sobre quién sería finalmente el responsable por la comisión del delito, por lo que es necesario el análisis para delimitar la autoría en este caso.

II. ¿El legislador ha cumplido la exigencia del principio de legalidad en el delito de atentado contra la seguridad y salud en el trabajo?

Con la misma fórmula del artículo 316 del Código Penal español, el legislador peruano estableció en el artículo 168-A del CP, que el autor (o autores) de este tipo penal sería el **legalmente obligado**. Se trata, como señala Lascuráin Sánchez (2009), de una fórmula poca usual que habría utilizado el legislador para delimitar el círculo de posibles autores que podrían responder frente al incumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo (que se encuentran reguladas en la LSST y su reglamento) que pudiesen poner en peligro la vida, salud o integridad física de los trabajadores (p. 203).

En el Perú, la doctrina, en los pocos escritos que existen sobre este delito, no parece muy crítica respecto a la fórmula utilizada por el legislador para delimitar la autoría, algunos rápidamente han determinado que el representante legal sería el autor del delito (caso de una persona jurídica) o el empleador cuando se trate de una persona natural, mientras que otros, reconociendo la inexactitud o amplitud de la normativa extrapenal al considerar al empleador como posible autor, han recurrido rápidamente a la institución de la delegación para determinar que el delegado en SST será o podrá ser responsable de este delito.

Sobre este aspecto, esto es, si la técnica de remisión utilizada por el legislador para delimitar la autoría respeta el principio de legalidad o no, Lascuráin Sánchez (2003)

indica que se trata de una técnica **bajo sospecha**, porque no se indica en la normativa penal quien sería el autor del delito, teniendo que recurrir a la legislación extrapenal para cumplir este cometido, por lo que propone, de lege ferenda, que el tipo penal indique expresamente como autor al empresario, solo admitiendo la remisión a normas extrapenales para delimitar el contenido de la obligación del empresario: infracción de normas de prevención de riesgos laborales. En el mismo sentido, Valera Castro (2008) se muestra crítico a la fórmula de la autoría utilizada por el legislador español por cuanto “la revista de este marco extrapenal deja al menos una conclusión: la dificultad de concreción del sujeto activo al que puede efectuarse la imputación del comportamiento típico” (pp. 270-276)².

El problema que advierte un sector de la doctrina extranjera referido al respeto del mandato de certeza que deriva del principio de legalidad es acertado, pues una revisión del CP, como de otros textos codificadores, permite comprobar que existen varios tipos penales que no solo padecen de ambigüedad, sino que adolecen de cláusulas generales o conceptos valorativos que únicamente pueden ser completados por el intérprete³. La importancia de este mandato se verifica en dos niveles, por un lado, se trata de un postulado formulado negativamente para el legislador, en el sentido que no debe expedir leyes penales indeterminadas, mientras que, por otro lado, también se dirige al juez, a quien prohíbe castigar ante la ausencia de una ley penal suficientemente determinada⁴.

Sin embargo, si bien es importante –para evitar el abuso judicial– que el legislador determine en grado suficiente la conducta punible, así como también la pena a imponer, esta limitación o prohibición de expedir leyes indeterminadas no deben entenderse, como señala García Caveró (2019), “como una exigencia de leyes absolutamente determinadas” (p. 147). A esto se añade lo que acertadamente señala Kuhlen (2012) en el sentido que:

[E]l desarrollo de la legislación penal también se ha alejado ampliamente, por buenas y múltiples razones de índole práctica, del ideal de un establecimiento lo más exacto posible de la punibilidad. A ello contribuyen no solamente cambios de la técnica legislativa, tales como el empleo creciente de conceptos jurídicos muy abstractos, indeterminados y necesitados de complemento valorativo, así como de normas penales en blanco, sino también el amplio desplazamiento de la legalidad procesal a través del principio de oportunidad. (p. 157)

Frente a esta tensión suscitada entre la realidad –necesidades político criminales– y la idea de respeto del vigente principio de legalidad, se debe concebir que el mando de certeza se cumple cuando la legislación penal determina con claridad cuál es la conducta imputada o prohibida y la sanción a imponer, considerando que siempre habrá un ámbito de indeterminación o de interpretación judicial.

2 En igual sentido, véase: Aguado López (2002, pp. 270-276).

3 Algunos ejemplos son el concepto de pudor, introducido en el artículo 183 del CP, que prescribe el término “alterar el normal desarrollo de su vida cotidiana”, introducido en el artículo 151-A del CP o, como señala Yacobucci (2014), que “hay problemas que plantean las fórmulas como las siguientes “trato degradante”, “reprobable”, “material pornográfico”, dónde el juez corre el peligro de manejarse con criterios meramente subjetivos, de apreciación individual, espontánea y carente de fundamento” (p. 459).

4 En igual sentido, véase: Yacobucci, (2014, p. 385); y, Kuhlen (2012, p. 156 y ss.).

En este orden de ideas toca responder si la fórmula utilizada por el legislador de remitir la autoría en el delito de atentado contra la seguridad y salud en el trabajo a la normatividad extrapenal satisface el respeto del principio de legalidad o no. La respuesta es que sí satisface este principio, **primero, porque la remisión a una normativa extrapenal para especificar un aspecto del tipo penal no contraviene la vigencia del principio de legalidad**, en tanto únicamente se produce una remisión a la LSST para definir o precisar un aspecto del tipo penal invocado; a esto se podría oponer que el recurso de la ley penal blanco en este caso sería cuestionable porque en este artículo del CP existe una doble remisión para complementar la tipificación del artículo 168-A: i) la remisión para determinar el legamente obligado; y, ii) la determinación de las exigencias de SST que se le imponen al empleador. No obstante, un análisis detenido lleva a negar que la doble remisión constituya un supuesto de afectación al principio de legalidad. La doctrina especializada lo que exige en los casos de leyes penales el blanco es que la norma penal establezca los elementos de la tipicidad del delito solo recurriendo a leyes extrapenales para especificar ciertos aspectos por cuestiones de especialidad o de materia⁵.

A similar conclusión se llega, por ejemplo, en los delitos tributarios, en específico en el delito de defraudación tributaria, donde hay que remitirse a la normativa tributaria para establecer al autor del delito: obligado tributario, así como para determinar la conducta típica: el tributo objeto de pago⁶. Igualmente, en el caso del delito medioambiental del

artículo 304, se exige como elemento típico que la conducta contaminante, en cualquiera de sus formas, haya infringido leyes, reglamentos o límites máximos permisibles. De hecho, a diferencia de los delitos tributarios, en el caso ambiental la remisión normativa ha sido mucho más amplia por cuanto no solo se remite a leyes extrapenales, sino también a reglamentos e, incluso, al concepto administrativo denominado límites máximos permisibles. En ambos casos se garantiza el mandato de certeza que se deriva del principio de legalidad, en tanto las conductas delictivas están suficientemente determinadas, mientras que se recurre a la legislación extrapenal para especificar las obligaciones que se imponen al sujeto y así impedir la posibilidad de formular una imputación penal objetivamente imprevisible⁷.

Una segunda oposición que se podría argumentar es que si bien en el artículo 168-A, como en otros delitos económicos, se permite la remisión a las normas extrapenales para cumplir una función de especificación, en la LSST no está definido quien o quienes podrían ser los autores del delito, en tanto solo se delimita que el empleador es el encargado del sistema de SST y que tiene la facultad de delegar esa función. En efecto, se podría señalar que el tipo penal introduce algún tipo de responsabilidad muy general o una responsabilidad por el estatus de empleador; sin embargo, hay que tener presente que en caso el empleador sea una persona jurídica, el cumplimiento del deber de seguridad y salud se transfiere al representante legal de la empresa, en atención a lo dispuesto en el artículo 27 del CP, pero si la persona jurídica es una sociedad

5 Luzón Peña (2016) sostiene que la ley penal no solo debe describir el núcleo esencial de la conducta prohibida, sino que debe exigirse que contenga todos los elementos típicos objetivos y subjetivos (p. 147). En ese mismo sentido, véase: Barreriro (2008, p. 152).

6 Véase: García Caveró (2016, p. 1424).

7 Véase: García Caveró (2015, p. 871 y ss.).

anónima, la representación orgánica recaerá sobre el gerente. Como se puede observar, aun si se tomase la propuesta de lege ferenda invocada por un sector de la doctrina extranjera y el tipo penal se concretase con la fórmula “el empresario o el empleador”, **siempre habría que recurrir a la normativa extrapenal para determinar o especificar el concepto de empresario o empleador**, que es lo sucede en el caso peruano⁸⁹.

Esta fórmula de remisión no es nueva, como ya se mencionó, y recurrimos nuevamente a los delitos tributarios, en donde el obligado tributario puede ser el contribuyente o el responsable, para lo cual se tiene que remitir a los artículos 8 y 9 del Código Tributario, que definen ambas calidades. Asimismo, el artículo 16 del Código Tributario, atribuye la calidad de responsables tributarios a los padres, tutores y curadores de los incapaces. Finalmente, tratándose de personas jurídicas, el inciso 2, del artículo 16 del Código Tributario, precisa que los representantes legales y designados por las personas jurídicas tendrán la calidad de obligados tributarios. En cuanto a la conducta típica, se castiga a quien deja de pagar mediante una conducta fraudulenta los tributos que establecen las leyes, lo que hace necesario recurrir a una norma extrapenal para determinar los tributos a pagar (ley tributaria)¹⁰.

III. ¿Es correcta la decisión político criminal de regular un supuesto de responsabilidad penal del empleador ante la puesta en peligro de sus trabajadores?

Sí, es correcta esta decisión, ya que como se ha advertido líneas arriba, el tipo penal del artículo 168-A es un delito especial y, por tanto, tiene un círculo específico de autores: el empleador (persona natural) y sus delegados. En ese sentido, queda por responder las críticas formuladas o que se formularán respecto a la legitimidad de incorporar un tipo penal que establece responsabilidad penal para un cierto grupo de personas dentro de la organización empresarial; en efecto, en el caso del delito de atentado contra la seguridad en el trabajo, parecería que se admite un supuesto de responsabilidad penal para el empresario frente a todo riesgo que surja en la ejecución de las prestaciones a cargo de sus trabajadores que podría ser ciertamente cuestionable, a lo que se podrían sumar otras consideraciones críticas respecto a la necesidad de crear un tipo de infracción de normas laborales, cuando ya existe un sistema de responsabilidad especial (sistema laboral-administrativo), o que se haya tenido que recurrir a la anticipación penal para castigar conductas que podrían estar lejanas de resultados como lesiones o muertes¹¹.

8 Vale resaltar que es una fórmula inusual por la denominación utilizada por el legislador al describir al autor del hecho como “legalmente obligado”, que es producto de la importación de la tipificación del mismo delito recogido en el Código Penal español, pero no innovadora en cuanto se trata de uno de los tantos tipos penales que expresamente admite responsabilidad para un sector encargado de la gestión de la empresa.

9 En efecto, véase el artículo 182 del CP que tipifica sanciones penales para los gerentes y responsables publicitarios con relación a la trata de personas o prostitución infantil; el artículo 198 del CP que tipifica el delito de fraude en la administración de persona jurídicas, que sanciona al administrador o representante de una persona jurídica; el artículo 213-A del CP que tipifica el delito de administración fraudulenta de fideicomiso que sanciona al factor fiduciario, director, gerente; o, finalmente, los artículos 244, 248 y 250 del CP que admiten sanción penal para directores, gerentes, administradores o representantes.

10 Un caso similar se presenta igualmente en los delitos ambientales (artículos 304 y 305 del CP). Véase: García Caveró (2015, p. 868 y ss.).

11 García Caveró (2015) advierte ello en el caso de la legislación penal ambiental (p. 857).

Existe un sector que se opone a la forma de tipificación del artículo 168-A, las críticas se basan, por un lado, en que se trataría de un modelo que impone responsabilidad penal al gerente general, cuando la responsabilidad de la fiscalización de normas de SST es de otro grupo de profesionales; es decir, primaria para ellos el criterio de la inmediación o cercanía con el daño ocasionado, antes que la responsabilidad por la gestión de determinados de riesgos¹². De otro lado, porque se menciona que la intervención penal no sería necesaria al existir un modelo de gestión administrativo laboral que sería suficiente, por tanto, no sería pertinente recurrir al Derecho Penal¹³; siendo así, se afirma que el Derecho penal interviene sin tener una estadística real del fracaso del modelo gestión primario¹⁴.

Es verdad que la responsabilidad penal en esta materia, como en cualquier aspecto de la realidad económica, no es pacífica, por cuanto se presentan algunos supuestos de imputación diferentes a la delincuencia tradicional o común: **primero**, porque es frecuente en el ámbito de estos delitos, como en el caso de seguridad y salud en el trabajo, que sean parte de un ámbito de protección primario antes de la intervención penal –algunos lo denominan administrativización del Derecho Penal¹⁵; **segundo**, porque como

COMENTARIO RELEVANTE DEL AUTOR

La infracción penal del artículo 168-A debe ampararse en el incumplimiento de obligaciones específicas que se puedan atribuir al empleador, proscribiendo la posibilidad de hacer imputaciones penales generales basadas en deberes de observancia genéricos dispuestos por la autoridad administrativa correspondientes.

ya se había advertido, se recurren a las técnicas de peligro, con especial frecuencia a la fórmula de los delitos de peligro abstracto; y, **tercero**, porque estas nuevas modalidades típicas admiten supuestos de responsabilidad que ya no se agotan únicamente sobre los ejecutores directos del hecho. En algunos casos se recurre a los delitos especiales que, en forma específica, establecen responsabilidad penal para los directores o administradores que son parte de una empresa, mientras que en otros se admite –a través una construcción dogmática– la posibilidad de imputar responsabilidad a los órganos de dirección o administración de la empresa,

- 12 Rosales (8 de enero de 2020) indica que el Decreto de Urgencia N° 044-2019 haría más susceptibles a los Gerentes de sanciones penales si se demuestra que atentaron contra las condiciones de seguridad y salud de sus trabajadores. Con el mismo tono de alarma sobre la exposición de la responsabilidad del empleador por incumplir la normatividad de SST; al respecto, véase: Rosales (19 de febrero de 2020).
- 13 Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno (2012) califican la legislación simbólica como aquella producción normativa que busca, antes incrementar las posibilidades de éxito electoral de quien la lleva a cabo, que satisfacer las necesidades sociales que se dice atender. Véase también: Sarrabayrosue (2012, p. 36).
- 14 Una afirmación polémica, porque la información que aparece en Rosales (8 de enero de 2020), recoge el aumento significativo de los accidentes mortales, mientras que en la nota periodística en *Gestión* (18 de septiembre de 2018) señala que entre enero a julio de 2018 se produjeron más accidentes de trabajos, entre los que hay que diferenciar entre accidentes incapacitantes y mortales.
- 15 Otros ejemplos serían los delitos contra la salud pública (Decreto Supremo N° 016-2011-SA), el funcionamiento ilegal de casinos (Ley N° 27153), los delitos ambientales (Leyes N° 28611 y N° 27314. Para mayor referencia a los delitos contra la salud pública, véase: Álvarez Dávila (2011).

en tanto ellos tienen competencia preferente para la organización del hecho¹⁶.

Precisamente la cuestión para abordar la responsabilidad del empleador y sus delegados en este tipo penal especial parte por comprender como se puede establecer la responsabilidad penal tratándose de estructuras empresariales, donde no solo converge un solo individuo a quien se le puede imputar el hecho, sino que habrá que determinar quiénes serán las personas que podrán tener competencia preferente o institucional por dicho hecho¹⁷.

Como es sabido, en el ámbito de la delincuencia individual los criterios de imputación generalmente giran en torno de un único autor caracterizado por su intervención personal e inmediata a la realización del hecho penalmente prohibido; en cambio, si se pretendiese resolver los problemas de la delincuencia empresarial utilizando esos mismos criterios, llegaríamos a la insostenible situación de centrar la imputación penal a los niveles más bajos de la estructura empresarial. Efectivamente, esa forma de construir la imputación tendría como principal inconveniente el invertir la lógica del trabajo empresarial, pues pone su atención en el trabajador que tiene, normalmente, poco margen de discrecionalidad o de dirección y deja fuera a los que toman las decisiones relevantes¹⁸.

Hoy en día la producción de bienes o servicios o en las actividades de explotación de recursos naturales, se caracteriza porque operan empresas organizadas de una forma

más o menos jerárquica, donde es común la delegación de funciones y la organización del trabajo, por lo que es normal que se produzca una división entre la ejecución de la actividad empresarial y la gestión o responsabilidad de la misma. Por esta razón, como señala Peñaranda Ramos (2016), “se pretende que el Derecho Penal y, en particular, la dogmática de la autoría y participación asuman un cambio de paradigma” (p. 239). Este cambio significa que la responsabilidad primaria por el hecho delictivo no se debe centrar únicamente en el comportamiento que estuvo cercano a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, sino fijar la atención en la dirección de la organización, que muchas veces se pretende que sea la última en asumir la responsabilidad penal.

Con base en estas consideraciones, la doctrina nacional, recogiendo la experiencia científica española y alemana, se ha mostrado a favor de la responsabilidad del empresario como una derivación de la capacidad organizativa que posee para crear la empresa que le impone, en contraposición, un deber de cuidado o de gestión de riesgos. Consecuencia de lo anterior es que el empresario puede ser competente, por un lado, de los daños que sufren las personas que trabajan en y para la empresa –lo que generaría responsabilidad penal del empresario como empleador–, o, de otra parte, por los daños que produzca la empresa por un comportamiento exterior –como sería el caso de una responsabilidad ambiental por vertimientos tóxicos–¹⁹. Sin embargo, se debe **delimitar** esa responsabilidad, evitando introducir supuestos de

16 Téngase presente que hace muchos años en el país existían pocas sentencias visibles en las que, a través de tipos penales generales como el homicidio o lesiones, se imponía responsabilidad para accionistas, directores o gerentes de una empresa; el ejemplo más conocido es la sentencia recaída en el caso Utopía.

17 En igual sentido, Zugaldía Espinar, J. y Pérez Alonso, E. (2011, p. 35).

18 En ese sentido, véase: Peñaranda Ramos (2016, p. 236); García Caveró (2015, p. 856); y, Gallo (2018, p. 330).

19 Véase en: Meini Méndez (1999, p. 886).

responsabilidad por hechos de terceros o por la mera posición dentro de la empresa.

En el caso del artículo 168-A, el legislador ha creado un tipo penal de infracción de deber que reconoce una posición institucional del empresario como garante de la seguridad y salud en el trabajo en tanto es titular de la actividad empresarial. Se trata de un deber de control de fuente de peligro que nace a partir de que el empresario tiene la capacidad para poner en marcha procesos causales que desarrollan una actividad que, si bien es socialmente aceptada, puede generar riesgos tanto para el interior como para el exterior de la empresa. En efecto, como señala Meini Méndez (1999), es la base de dicha autoorganización la que fundamenta la existencia de un derecho-deber que le corresponde al titular y que, por tanto, asumen las consecuencias de dicha organización (positivas –en tanto tiene el derecho de obtener el beneficio de su actividad–, como negativas –en cuanto tiene el deber de responder por las lesiones a otros bienes jurídicos). Asimismo, este deber abarca no solo la obligación de control y vigilar los cursos (comportamientos peligrosos), sino que debe evitar que surjan riesgos a posteriori y, en caso surjan, controlar y evitar que generen lesiones a bienes jurídicos (pp. 887-889)²⁰.

Sin embargo, la extensión del deber de garante del empleador no puede ser ilimitada; por un lado, porque el deber de garante tiene un ámbito de funcionamiento y de limitación que se ampara en la normatividad reguladora de la actividad empresarial en la gestión de riesgos de SST. En efecto, es la

legislación laboral en SST la que concretiza los deberes de actuación del empresario, y que no solo se agotarán en la entrega de los medios físicos o inmateriales para la SST, sino que también incluye el deber de supervisión y fiscalización.

La infracción penal del artículo 168-A debe ampararse en el incumplimiento de obligaciones específicas que se puedan atribuir al empleador, proscribiendo la posibilidad de hacer imputaciones penales generales basadas en deberes de observancia genéricos dispuestos por la autoridad administrativa correspondientes²¹. De otro lado, no significa que el deber de cuidado y de protección que se le impone al empresario haga que sea totalmente responsable respecto de todos los riesgos que se generan en la empresa, habrá que prestar atención a situaciones imprevisibles o en las que el hecho se puede explicar con el acto imprudente o inseguro del trabajador, a pesar de que ha contado con todas las medidas de seguridad provistas por el empleador²².

IV. ¿Quiénes pueden ser autores del delito de atentado con la seguridad y salud en el trabajo?

Habiendo realizado precisiones respecto a la técnica de remisión utilizada por el legislador para configurar la autoría en el delito, así como también una explicación sobre los fundamentos para justificar –desde el punto de vista político criminal– la inclusión del empresario y sus delegados como posibles autores del delito, en este punto vamos a realizar un mayor desarrollo sobre el círculo

20 Por razones de extensión no podremos profundizar sobre el contenido de la obligación extrapenal impuesta al empresario; sin embargo, esto merecerá una segunda aportación más adelante.

21 Sobre el contenido de los deberes, se debe precisar que no cualquier incumplimiento de obligaciones impuestas por SST puede dar lugar a la imputación por este delito; ya que los criterios de razonabilidad que exigen el incumplimiento de obligaciones formales no parecen ser base suficiente para imputar responsabilidad penal, a lo que se suma la exigencia de que el comportamiento precedente del empleador debe poner en peligro su vida y salud.

22 Al respecto, véase: Gallo (2018, p. 438).

COMENTARIO RELEVANTE DEL AUTOR

Empero, el dato más relevante para negar que los miembros del comité de seguridad y salud en el trabajo puedan ser los obligados legalmente en términos de la imputación penal, es que ninguno de estos trabajadores, como miembros de dicho comité, tienen facultad de dirección sobre el resto de empleados.

de autores que pueden ser incluidos con la legislación penal.

Se trata de un aspecto problemático que estará a cargo de los órganos encargados de la administración de justicia, pues en estos casos, por un lado, intervienen una pluralidad de sujetos dentro de la estructura de las empresas y, de otra parte, varios de ellos tienen asignados tareas generales o específicas de prevención.

En la doctrina española, recogiendo los aportes jurisprudenciales, se advierte que la intervención penal presenta estos problemas: i) elevado número de personas denunciadas o instruidas en una causa judicial; ii) duración del tiempo de investigación o instrucción; y, iii) exclusión en la fase intermedia del proceso o sentencias absolutorias, asociadas al problema “i)”. Esto último hace necesario el trabajo de la doctrina científica a efectos de determinar quiénes pueden ser autores del delito de atentado contra la seguridad y salud en el trabajo, y explicar cuál sería el fundamento

dogmático para justificar su inclusión. En las siguientes líneas vamos a especificar sobre quienes podría recaer la imputación penal.

1. Empleador

La fórmula legal para determinar el autor en el delito de atentado contra la seguridad y salud en el trabajo nos remite a la ley de la materia, esto es, la LSST, que regula los deberes con relación a la seguridad y salud en el trabajo. Sobre el particular, debe tenerse presente que el artículo IX del Título Preliminar de la LSST regula el denominado principio de protección, por el cual el Estado y los empleadores están obligados a asegurar las condiciones de trabajo para garantizar la vida, salud e integridad física de los trabajadores. Según lo dispuesto en el artículo 4 de la LSST, al Estado le corresponde la formulación de la Política Nacional de SST para la prevención de accidentes y daños en el trabajo, así como la ejecución de labores de control y fiscalización, esto último a través del trabajo de los inspectores de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (en adelante, Sunafil). De otro lado, según lo dispuesto en el artículo I del Título Preliminar, a los empleadores se les asigna el cumplimiento de un deber de prevención de los riesgos laborales, dado que el delito de atentado contra la seguridad y salud en el trabajo es un delito de infracción de deber, cuyo sustento reside en el incumplimiento del deber de prevención, y el sujeto legalmente obligado será el empleador²³.

En efecto, según lo dispone expresamente el artículo 26 de la LSST, el empleador tiene a

23 En igual sentido, véase: García Cavero (2016, p. 1330); y, Oré Sosa (2018, p. 204). Reyna Alfaro (2019) tiene una posición contraria, ya que si bien acepta que el empleador puede ser sujeto activo del delito, luego afirma que el tipo penal no hace ninguna exigencia de cualidad especial al punto que se utiliza la expresión “el que”; por lo tanto, concluye que podría ser sujeto activo cualquier persona, incluso otro trabajador (p. 120). Por otro lado, Gómez Martín (2014) critica la simple denominación a un delito como común por el uso de la frase “el que” (p. 101 y ss.); críticamente también: Lascurain Sánchez (2006, p. 214).

su cargo el deber de prevención de los riesgos en el trabajo²⁴. Por otro lado, como señala la doctrina especializada, el alcance del término empleador no se debe circunscribir a quien es formalmente la contraparte del trabajador en un contrato laboral, sino que incluye a quien ejerce realmente el poder de dirección en la prestación de una actividad remunerada²⁵; en efecto, ha de entenderse que solamente puede ser autor del delito aquella persona que tiene poder de dirección y organización en el trabajo, pues ello habilita su facultad para dar instrucciones a los trabajadores y poder controlar su efectiva observancia e, inclusive, sancionar su posible incumplimiento²⁶.

Cuando el empresario o empleador sea una persona jurídica se planteará la discusión sobre cómo definir quién podrá ser imputado penalmente como autor del delito de atentado contra la seguridad y salud en el trabajo; ante ello, se deberá recurrir al artículo 27 del CP para poder imputar responsabilidad penal al representante legal de la empresa. En el caso de que la persona jurídica sea una sociedad anónima, la representación orgánica recaerá sobre el gerente, pues a este órgano de la sociedad le corresponde la gestión ordinaria de la sociedad, según lo dispone el artículo 188 de la Ley General de Sociedades. Por otra parte, sobre la posibilidad de incorporar a los directores de la empresa, solo se abrirá

esta opción cuando, excepcionalmente, el directorio entre a gestionar la seguridad y salud en el trabajo. Finalmente, si la persona jurídica está organizada como una sociedad comercial de responsabilidad limitada, el deber de prevención de riesgos laborales recaerá sobre el gerente.

Dos supuestos que podrían presentarse como problemáticos serían, primero, el caso de la existencia de varios representantes dentro de la persona jurídica y, en segundo lugar, sobre si este deber de prevención de riesgos laborales solo se podría limitar al gerente o representante de la empresa en tanto esté debidamente informado o notificado de las infracciones en SST o haya participado activamente la creación del riesgo para la seguridad y salud del trabajador.

Sobre el primer punto, cuando concurren varios representantes de la empresa a quienes se les transfiere el deber de prevención –vía delegación–, la responsabilidad de cada uno es autónoma, pues al tratarse de un delito de infracción de deber, no cabe la coautoría²⁷. En palabras de Sánchez-Vera (2002) “la lesión al deber se produce por parte de cada uno de ellos igualmente de forma completa e independiente” (p. 202). Sobre el segundo supuesto, la responsabilidad recaerá sobre el gerente o representante legal, con independencia de

24 La delegación y otros posibles obligados que autoriza el propio artículo 26 de la LSST, serán analizados más adelante.

25 Véase: García Cavero (2016, p. 1331); y, Del Río Montesdeoca (2017a, p. 26 y ss.).

26 Hortal Ibarra (2005) señala que “las distintas potestades que, en general, le otorgan al empresario ese poder de dirección y organización en el trabajo, esto es, la facultad de dar instrucciones a los trabajadores, controlar su efectiva observancia por estos últimos y sancionar su posible incumplimiento, lo sitúan en la posición más óptima para proporcionar a los trabajadores los medios de protección que garanticen el mantenimiento de los riesgos laborales dentro de los niveles permitidos y, consecuentemente, para responder a aquellas puestas en peligro grave de su vida, integridad física o salud imputable al incumplimiento de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales” (p. 250). Con base en estas consideraciones es que admite que el empleador o empresario es el obligado originario en materia de SST, y no admite que ese deber puede recaer sobre cualquier trabajador, salvo en supuestos de delegación.

27 Contrariamente, Fernández Vázquez (2020) señala que el gerente general no podría ser responsable por este delito y solo admitiría su responsabilidad si tuviera el control del riesgo (p. 29).

si tuvo dominio o conocimiento directo del hecho, pues en este delito la responsabilidad se instituye sobre la base de un deber positivo que se le impone al obligado legamente de evitar cualquier situación de riesgo para la vida o salud de los trabajadores²⁸; por tanto, es irrelevante si tal incumplimiento tiene lugar a través de la falta de una prestación activa o como consecuencia de una ausencia de control de la prestación de otro, lo determinante es que el autor del hecho tenga asignado el deber de prevención de riesgos en seguridad y salud en el trabajo²⁹.

2. La delegación del deber de prevención de riesgos laborales

La creciente complejidad del mundo empresarial, vinculado a sus altos niveles de especialización y la división de funciones en el trabajo, produce, como una característica inherente a la actual sociedad postindustrial, que en la realidad cotidiana el empleador o empresario delegue a terceras personas el deber de prevención en SST. Reconociendo esa forma de práctica empresarial, la propia LSST, en su artículo 26, ha reconocido, por un lado, la posibilidad de que el empleador puede delegar su deber de prevención a miembro de su organización. Para estos efectos, es indiferente la denominación utilizada para identificar a este personal interno

(gerente de seguridad y salud en el trabajo, técnico de prevención o encargado del servicio de prevención), lo relevante es que se le haya asignado el manejo del sistema de prevención en riesgos laborales³⁰. De otro lado, la LSST admite expresamente la posibilidad de recurrir a los servicios de terceros para que se encarguen de la gestión, implementación y monitoreo de las medidas de SST³¹.

Es importante tener presente que si bien el empresario es un organizador del proceso productivo y, por tanto, tiene un deber de control de los focos de peligro, así como también tiene atribuido el deber de seguridad para el control de esto último, se puede escindir el ámbito de organización y su deber de seguridad. Como señala Gallo (2018), esta distinción permite que el empresario puede delegar la organización del proceso productivo —o una parte de este— al delegado, quien asume ello junto con la gestión del deber de seguridad, en tanto se convierte en el nuevo garante del control de los riesgos que puedan derivarse de la actividad empresarial; a su vez el empleador puede delegar únicamente la función de seguridad, esto sucede en el supuesto en que se recurre a servicios de prevención que detalla el artículo 26 de la LSST o cuando lo asume otro trabajador debidamente capacitado³². En este caso, el delegado en SST asume la competencia

28 Críticamente, Valdez Silva (2019) sostiene que dada la configuración del artículo 168 del CP, antes de la modificación que operó por Decreto de Urgencia N° 044-2019, solo era posible que sea autor el trabajador o funcionario de la empresa que era notificado con la resolución de Sunafil que detectaba el incumplimiento de normas en SST.

29 Véase: García Caveró (2019, p. 594).

30 Véase: García Caveró (2016, p. 1332); y, Oré Sosa (2018, p. 216).

31 En el ámbito de la jurisprudencia española se reconoce que la delegación es una forma de distribución de funciones y su valor, limitado, de exoneración de responsabilidad penal. La Sentencia del Tribunal Supremo Español N° 653/1994, de fecha 26 de marzo de 1994, señaló que: “[n]o es humanamente posible que quienes deben ejercer una posición de garante, que requiere, por su naturaleza, una distribución de funciones, puedan realizar personalmente todas las operaciones necesarias para el cumplimiento del deber. Por ello, el ordenamiento jurídico reconoce el valor exonerante de la responsabilidad a la delegación de la posición de garante (...), eso sí, con una serie de limitaciones”.

32 La delegación en otro trabajador la podemos encontrar en el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM, modificado por Decreto Supremo N° 023-2017-EM, que en su artículo 65 ha creado la figura del gerente de seguridad y salud ocupacional a quien se le ha encargado,

sobre la protección de la vida, salud e integridad física de los trabajadores. Como explica Gallo (2018), refiriéndose al delegado, ello se produce “(...) porque, aunque no tenga la gestión del proceso productivo, sí organiza una faceta de este: su inocuidad” (p. 581).

Para que la delegación pueda surtir efectos para transferir el deber de garante del empleador al delegado, es necesario que concurren determinados presupuestos, pues la sola delegación formal o designación del delegado no es suficiente para hacer una transferencia efectiva del deber de prevención típico del delegante al delegado³³. Entre estos presupuestos, se establece que, **primero**, el acto de delegación debe ir acompañado con una cuota de libertad que significa la aceptación del delegado; y, **segundo**, al delegado se le deben otorgar los medios y recursos técnicos como humanos que le permitan ejercer su nuevo ámbito de autoorganización³⁴, a esto se añade que el delegado tiene que ser una persona con suficiente formación y competencia para desarrollar la función transferida por el delegante³⁵.

En cuanto al ámbito de responsabilidad del delegante, el acto de delegación no excluye

COMENTARIO RELEVANTE DEL AUTOR

En efecto, por más que la LSST y su Reglamento hayan impuesto ciertos deberes u obligaciones sobre el comité de seguridad y salud en el trabajo, ellos (los miembros) no pueden decidir sobre la adopción o no de tales medidas al carecer de poder de dirección o de una facultad de delegación de dicho poder.

la responsabilidad penal del empleador o de su representante orgánico, pues este mantiene competencias de supervisión y vigilancia sobre el delegado en el desempeño de sus funciones³⁶. Si el delegante detectó o debía detectar un defecto en el sistema de prevención de su empresa con un nivel de conocimiento que pudiera sustentar una actuación dolosa, podrá responder penalmente por la puesta en peligro de sus trabajadores³⁷.

Sin embargo, se discute en la doctrina si la inobservancia de los deberes residuales del delegante puede sustentar una imputación a

junto con la alta gerencia del Titular de la Actividad Minera, el sistema de prevención de los riesgos laborales. Su responsabilidad penal se admitirá, vía delegación, siempre que se le entregue los medios para realizar su función y será competente por el foco de peligro que forma parte del proceso productivo: su responsabilidad se centra en la unidad minera o de producción a su cargo (artículo 66 del citado Reglamento).

33 Véase: Gómez Martín (2009, p. 244).

34 Al respecto, véase: Meini Méndez (1999, p. 907); Zugaldía Espinar, J. y Pérez Alonso, E. (2011, p. 144 y ss.); y, Del Río Montesdeoca (2017a, p. 87).

35 Gómez Martín (2009) añade a la autonomía del delegado como relevante para que la delegación opere satisfactoriamente, precisando que: i) el delegado debe tener capacidad para adoptar sus decisiones, sin consultar al delegado; y, ii) la toma de decisiones no puede estar condicionada al parecer del delegante (p. 144).

36 Por lo tanto, no es correcto, como algunos sostienen, que la delegación permite la irresponsabilidad en la cúspide de la dirección empresarial.

37 En la SAP Guipuzcoa, sección 1, de 30/2005, citada por Del Río Montesdeoca (2017a), se señala que el campo de la delegación se construye en torno a tres premisas: i) deber de elección –la culpa in eligendo– exigiendo que la delegación se realice en una persona con capacidad suficiente para controlar la fuente de peligro; ii) deber de instrumentalización, facilitando al delegado los medios adecuados para controlar la fuente de peligro; y, iii) deber de control –la culpa in vigilando–, implementando las medidas de cautela específica para verificar que la delegación se desenvuelve dentro de las premisas de la delegación (p. 90).

título de autor o, por el contrario, un castigo como cómplice del delito de atentado contra la seguridad en el trabajo³⁸. Dado que este delito está configurado como un delito de infracción de un deber, el grado de dominio del hecho no es un dato determinante para la configuración de la participación delictiva, sino el hecho de haber cumplido con el deber positivo atribuido al empleador o a su representante³⁹. Siguiendo esta línea de interpretación, la responsabilidad del delegante –en caso inobserve su deber de supervisión– será a título de autor.

De otro lado, el delegado, en razón de aceptar el acto de delegación, se convierte en el obligado legal, por lo que podrá responder como autor del delito de atentado contra la seguridad en el trabajo, en tanto, dentro de su ámbito de delegación no adopte las medidas preventivas necesarias y ponga en riesgo a los trabajadores. Una cuestión que se puede presentar es si la autoría podría recaer en una persona que asumió fácticamente la gestión del sistema de riesgos laborales dentro de la empresa, empero ello no sería admisible. Para que opere la transferencia del cumplimiento del deber positivo de proteger

la seguridad y salud de los trabajadores, es necesario que el titular del deber confíe su cumplimiento⁴⁰; asimismo, como se anotó en líneas anteriores, para que la delegación sea penalmente válida, el delegado deberá contar con poderes de dirección, sobre todo en el proceso productivo o sobre el ámbito de seguridad y salud en el trabajo. De esta manera si, por ejemplo, solo se ha confiado el control de determinados riesgos en las labores productivas, estaremos frente a un mero ejecutor de una tarea de seguridad^{41,42}.

En cuanto a la segunda forma de delegación, esto es, que el manejo de prevención de riesgos laborales pueda tener lugar a través de la tercerización, conviene hacer unas pequeñas precisiones. Como lo señala el propio artículo 26 de la LSST, el empleador puede contratar a un tercero para la gestión, implementación, monitoreo y cumplimiento de las normas en SST. Siendo así, en el supuesto en que la empresa decida delegar a servicio técnico altamente especializado, será válida esa transferencia de responsabilidad hacia el delegado, con las precisiones ya realizadas en los párrafos precedentes. Sin embargo, diferente es la situación cuando la empresa

38 Contrariamente, Fernández Vázquez (2020) sostiene que el gerente general no será responsable por el artículo 168-A del CP, si se comprueba en el proceso que le entregó los medios para ejercer su función al gerente de seguridad y salud en el trabajo (p. 30).

39 Gallo (2018, p. 590) y Faraldo Cabana (2013, p. 113) señalan que el delito contra la seguridad y salud en el trabajo del Código Español es un delito especial de dominio y justifican que el delegante, cuando incumple su deber de vigilancia, debe ser cómplice en tanto su contribución al hecho delictivo será menor. En sentido contrario, véase: Lascuraín Sánchez (2006), quien sostiene que el delegante sería autor en tanto habría infringido su único deber de garantía que retenía (p. 275).

40 En ese sentido, véase: García Cavero (2016, p. 1333).

41 Podemos encontrar un ejemplo en el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, cuando en su artículo 38 regula la figura del supervisor de la actividad minera, a quien si bien se le asigna responsabilidad en seguridad y salud en el trabajo sobre sus trabajadores, esta recae únicamente en el área a su cargo. No se trata de un trabajador con capacidad de dirección de la actividad productiva o con capacidad de dirección y gestión en el ámbito de SST pues, como lo establece el propio artículo 38 en su último párrafo, el incumplimiento de sus funciones o de las instrucciones dadas por otros funcionarios de la empresa, dará lugar a que sean sancionados por su jefe inmediato.

42 Gallo (2018) sostiene que el mero ejecutor, cuando incumple esa tarea de seguridad poniendo en peligro la vida o salud de los trabajadores, será responsable del delito imprudente de resultado, pero no podrá ser autor del delito de peligro del artículo 316 del Código Penal español (p. 581).

únicamente ha contratado los servicios de asesoría en prevención de riesgos, ya que en este caso, el asesor no tiene un ámbito de dirección, pues únicamente su misión es informar al representante orgánico del empresario, siendo este último quien debe adoptar las medidas de prevención para la seguridad de los trabajadores⁴³.

3. ¿Los miembros del comité de seguridad y salud en el trabajo y los inspectores de Sunafil, pueden ser obligados legalmente y autores del delito?

En líneas anteriores ya se ha delimitado que el delito contra la seguridad y salud en el trabajo es un delito especial, habiendo especificado que el empleador y su delegado podrán ser autores frente al eventual incumplimiento de adoptar las medidas de prevención de riesgos laborales. Un punto que merece especial consideración es la posibilidad de que esta autoría especial abarque a un cierto grupo de personas, a quienes también les alcanzaría un deber de prevención de riesgos laborales.

En efecto, una revisión de la LSST y su Reglamento, permite advertir que, aun cuando el empleador es el principal obligado en materia de SST, no sería el único sobre quien recaen ciertas obligaciones de esta naturaleza, pues existen otros sujetos responsables de estos deberes y obligaciones. Los artículos 30 y 75 de la LSST señalan que los representantes de los trabajadores participan en el sistema de gestión de SST, así como en la identificación de los peligros y evaluación de riesgos dentro del centro laboral; en similar sentido, la LSST, en el artículo 96, impone al inspector de trabajo, entre otras obligaciones, la adopción de medidas para promover el cumplimiento de las normas de SST y la facultad

de paralización de trabajos cuando existe una inobservancia a la normativa.

En las siguientes líneas vamos a analizar si existe la posibilidad de extender la imputación penal, a título de autoría, sobre los miembros del comité de seguridad y salud en el trabajo o sobre los inspectores de Sunafil; al respecto, ha existido casuística en el Perú con relación a los accidentes de trabajo que se produjeron en el cine UVK o, recientemente, en la operación de McDonald's, en donde los medios pusieron su atención en una inadecuada labor de supervisión o fiscalización de los inspectores (municipales o de Sunafil) que podría haber evitado cualquiera resultado lesivo.

Otro ejemplo podría darse en el caso en que un comité de seguridad y salud en el trabajo sea testigo de que el empleador no ha implementado una medida de seguridad para la construcción de un ascensor; sin embargo, omite informar la necesidad de incorporar esta medida, lo que luego provoca un accidente de trabajo con resultado de muerte para cinco trabajadores que laboraban en la construcción del ascensor, ¿los miembros del comité podrían tener responsabilidad penal por esta omisión que puso no solo en grave peligro la vida y salud del resto de trabajadores, sino que, además, se habría concretado en un resultado dañoso para cinco trabajadores?

Respecto al primer grupo, la propia LSST, en su artículo 29, establece la obligación que tiene toda empresa, en caso tenga más de 20 trabajadores a su cargo, de constituir un comité de SST; asimismo, en el artículo 42 del Reglamento de la LSST se establece como funciones del comité, entre otros: i) aprobar el Reglamento Interno de Seguridad y Salud; ii) aprobar el programa anual de SST; iii) participar en la elaboración,

43 Véase: Lascuráin Sánchez (2006, p. 50).

aprobación, puesta en práctica y evaluación de políticas, planes y programas de promoción de SST; iv) vigilar el cumplimiento de la legislación, normas internas y las especificaciones del trabajo relacionados con SST; y, v) realizar inspecciones periódicas.

Como se podrá observar, la propia legislación ha impuesto una serie de deberes al comité de SST en dos puntos claves: la prevención (participación en la elaboración de políticas de protección para los trabajadores, así como en la identificación de riesgos –artículo 75 de la LSST–), y un deber de supervisión anclado en la revisión de normas y en la supervisión del cumplimiento tanto de la normativa como de los protocolos de protección para los trabajadores⁴⁴. Si el artículo 168-A del CP alude como sujeto activo al “legalmente obligado”, lo que cabe plantearse es si este grupo de personas que tienen obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, podrían ser considerados como autores de este delito, en caso no adopten medidas para evitar poner en peligro la vida, salud o integridad física de los trabajadores.

Sobre este punto, la doctrina especializada, principalmente la española, se ha mostrado contraria a admitir la posibilidad de asumir una autoría por parte de los miembros del

comité de seguridad y salud en el trabajo⁴⁵. Por un lado, como la propia legislación española lo establece, porque las funciones que tienen atribuidas estos representantes de las empresas son de colaboración, promoción, fomento, consulta o vigilancia⁴⁶. De otro lado, porque únicamente el deber de garante –que impone este tipo penal– puede ser atribuido sobre quien tiene poder de dirección en la empresa, es decir, el empleador⁴⁷.

En el caso peruano, en virtud de las propias disposiciones legales, las funciones que tiene asignadas el comité de seguridad y salud en el trabajo son básicamente de organización, prevención, control, vigilancia, entre otras. De hecho, a diferencia de la legislación española, donde existe una facultad de poder paralizar la labor por una situación de riesgo para la salud y vida para los trabajadores, en nuestra legislación al comité no se le ha otorgado legalmente esa facultad, lo que tampoco impide que, por razones de prevención, se adopte supra legalmente una medida de este tipo frente a una situación grave para la vida, salud o integridad física de los trabajadores⁴⁸. Empero, el dato más relevante para negar que los miembros del comité de seguridad y salud en el trabajo puedan ser los obligados legalmente en términos de la imputación penal, es que ninguno de estos trabajadores, como miembros de dicho comité, tienen facultad de dirección sobre el

44 En la legislación española se admite un supuesto en el que los propios trabajadores, ante un supuesto de exposición grave e inminente hacia su vida, estarían facultados, a través de sus representantes legales, a acordar por mayoría, la paralización de la actividad en caso de urgencia. Al respecto, véase: Del Río Montesdeoca (2017a, p. 55).

45 Véase: Del Río Montesdeoca (2017b), para quien: “habrá que excluir al simple trabajador -salvo casos excepcionales- a los delegados de prevención, a los miembros de los comités de seguridad y salud, a los delegados de personal, a los miembros del comité de empresa y a los representantes sindicales. Todas estas personas carecen de facultades de dirección y organización del trabajo y no tienen un deber específico de adoptar medidas de seguridad, se trata de un deber de colaboración con el empresario en esta materia” (p. 46). En el mismo sentido, Gómez Martín (2009) indica que las competencias del comité son de colaboración para la implementación de los planes y programas de prevención de riesgos que deben ser adoptados por el empresario (p. 248).

46 Véase: Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno (2012, p. 444 y ss.).

47 Véase: Varela Castro (2018, p. 33).

48 En el caso del supervisor del titular de la actividad minera, el artículo 38 del Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional, si admite expresamente la facultad de paralizar las operaciones en situaciones de riesgo.

resto de empleados⁴⁹, sino que se trata de personas que realizan su actividad profesional dentro de la empresa, a lo que se ha sumado ciertas funciones de consulta e información.

Como señala Gallo (2014):

[S]olo quienes ostentan el ejercicio de un poder de dirección en la empresa están en condiciones de proteger la seguridad de los trabajadores según esos parámetros, ya que sólo ellos deciden la adopción, o no, de medidas de seguridad que eviten el peligro para la vida o salud de los trabajadores. (p. 49)

En efecto, por más que la LSST y su Reglamento hayan impuesto ciertos deberes u obligaciones sobre el comité de seguridad y salud en el trabajo, ellos (los miembros) no pueden decidir sobre la adopción o no de tales medidas al carecer de poder dirección o de una facultad de delegación de dicho poder. Por tanto, aquél que no tiene poder dirección no puede decidir qué medidas de protección puede o deber adoptar y, por tanto, no estarían obligados en términos de la autoría del artículo 168-A.

Otro supuesto, que no analizaremos por la extensión de la presente investigación, es si el comité de seguridad o cualquier otro trabajador puede responder penalmente por un delito de homicidio o lesiones cuando, a través de su comportamiento doloso o negligente, ocasiona un daño a la vida o salud de otro compañero de labores. La SAP de Teruel, de fecha 31 de enero de 2000, reconoce que el vigilante de seguridad, ahora delegado de prevención, no es responsable a efectos del artículo 316 del Código Penal español, porque no estaba obligado a facilitar medidas de seguridad; sin embargo, **acepta su responsabilidad penal**

por un delito común de resultado: lesiones (Gallo, 2018, p. 366). Asimismo, Aguado López (2002) señala que:

[Y] (...) dada su función como simple vigilante de seguridad de la obra, no encajan plenamente en la actuación que define el 316, ya que el verbo nuclear de la misma está en no facilitar los medios necesarios (...) y, evidentemente el acusado (...) no tenía entre sus cometidos el facilitar medios a los trabajadores y sí tan sólo, como el propio acusador resalta, su obligación era, en síntesis, que los trabajadores estuvieran más protegidos y que la empresa cumpliera con las exigencias en materia de seguridad en el trabajo. Es claro que el señor AG no tenía ni podía actuar por su cuenta para facilitar los medios a los que el referido precepto se refiere (...) por el contrario, no podemos aceptar que como consecuencia necesaria de la anterior exculpación se derive su no responsabilidad por las lesiones que sufrió el señor IF. Lo entendemos así porque el acusado, en su función de vigilante de seguridad de la obra, si bien (...) no estaba en su mano facilitar los medios para que los trabajadores realizasen su actividad con seguridad (...) conforme a los arts. 30 y ss. de la Ley de Prevención, en su calidad de delegado y conforme a las facultades que le confiere el art. 36 (...) debió, al menos, tratar de impedir que se realizaran trabajo esa mañana en la zona en que ocurrió el accidente (...).” (pp. 331-333)

Respecto al segundo grupo (los inspectores de trabajo –Sunafil–), la LSST ha diseñado las líneas principales de actuación en la inspección laboral al disponer, en el artículo 95, que los inspectores están encargados de

49 García Cavero (2014) señala que la responsabilidad penal en el artículo 168-A del CP solo se puede atribuir a título de autor al empleador o sus delegados que infringieron el deber de prevención de los riesgos laborales (p. 9).

COMENTARIO RELEVANTE DEL AUTOR

El inspector –funcionario público– que incumpliera las funciones de fiscalización en materia de SST no podrá responder como autor del delito contra la seguridad y salud en el trabajo; sin embargo, sí podría ser considerado bajo otro título de imputación según las circunstancias de cada caso como, por ejemplo, el delito de omisión de funciones.

vigilar el cumplimiento de la normativa en seguridad y salud en el trabajo, así como se les atribuye, en el artículo 96, unas funciones de recomendar la adopción de medidas de seguridad (literal e)), iniciar procedimiento sancionador (literal g)) y ordenar la paralización o prohibición inmediata de trabajos por inobservancia de la normativa en SST⁵⁰. La facultad más importante, y que especifica mejor ese deber de vigilancia atribuido al inspector, se encuentra en el artículo 102 de la LSST, que lo habilita a que “en las actuaciones de inspección, cuando comprueben la inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales y que exista un riesgo grave e inminente para la seguridad y

salud en el trabajo pueden ordenar la inmediata paralización”.

Es quizás esta última obligación de suspender o paralizar la actividad del empleador con ocasión de la existencia de un riesgo grave inminente para la seguridad y salud de sus trabajadores, la que podría conducir a afirmar que, siendo la paralización una medida para la seguridad del trabajador, se trataría de una obligación para cautelar la vida, salud o integridad física de los trabajadores y nos encontraríamos con un “obligado legalmente”. Al respecto, y siguiendo la línea de un sector de la doctrina especializada en España, no parece acertado establecer que los inspectores de SST, en el caso que, como consecuencia del incumplimiento de la potestad/facultad impuesta en el artículo 102 de la LSST, se ponga en peligro la vida o salud, puedan ser considerados como autores de este delito, ya que el inspector solo tiene atribuida una potestad pública o una facultad discrecional, la obligación de garantizar la seguridad y salud en el trabajo únicamente recae –porque así lo dispuesto la normativa especializada del sector– sobre el empleador⁵¹.

El inspector –funcionario público– que incumpliera las funciones de fiscalización en materia de SST no podrá responder como autor del delito contra la seguridad y salud en el trabajo; sin embargo, se podría ser considerado bajo otro

50 En ese sentido, el artículo 15 de la Ley N° 28806 - Ley General de Inspección del Trabajo, señala que: “Cuando los inspectores comprueben que la inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales implica, a su juicio, un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores pueden ordenar la inmediata paralización o la prohibición de los trabajos o tareas. En caso se haya producido el accidente mortal de algún trabajador en el centro de trabajo, el inspector encargado de las actuaciones inspectivas puede ordenar inmediatamente el cierre temporal del área de una unidad económica o una unidad económica, por el plazo máximo de duración de las actuaciones inspectivas, conforme a los requisitos y procedimientos que se establezcan reglamentariamente.

Las órdenes de cierre temporal del área de una unidad económica o una unidad económica, paralización o prohibición de trabajos son inmediatamente ejecutadas y se formalizarán en un acta de cierre temporal del área de una unidad económica o una unidad económica, paralización o prohibición de trabajos o por cualquier otro medio escrito fehaciente, con notificación inmediata al sujeto responsable”.

51 En sentido similar, véase: Lascuráin Sánchez (2009, p. 211); Del Río Montesdeoca (2017a, p. 51); Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno (2012, p. 445); y, Gallo (2018, p. 575).

título de imputación, según las circunstancias de cada caso, como por ejemplo el delito de omisión de funciones en los casos que no exigiera al empleador cumplir con su deber de prevención frente a un incumplimiento de normas de SST, o cuando le conste una situación de peligro inminente para los trabajadores por un delito de omisión de deber de socorro. Esta respuesta –de no imponer el deber de garante a los funcionarios fiscalizadores– se encuentra presente en otros delitos como el artículo 229 del CP, que castiga con un delito especial de omisión a aquellos funcionarios públicos que con su conducta omisiva favorezcan la comisión de los delitos contra los bienes culturales, o el caso del artículo 314 de CP, que establece responsabilidad penal sobre los funcionarios que, mediante la omisión del cumplimiento de sus funciones, autorizan alguna licencia o algunos permisos en materia ambiental⁵²; es decir, si bien se reconoce la importancia de la labor de fiscalización o supervisión en determinadas materias económicas, el incumplimiento de estas solo reconduce la posibilidad de admitir responsabilidad penal en delitos específicos de omisión de funciones, pero nunca admite la posibilidad de crear o imponer un deber especial de protección⁵³.

En definitiva, en estos dos grupos de casos, la cuestión no radica en si el comité de seguridad y salud en el trabajo o los inspectores tienen asumida una obligación de cautelar la seguridad y salud en el desempeño del trabajo –ha quedado claro que sí existe una función preventiva y de proteger la integridad y vida de los

trabajadores–, sino en si estas personas tienen el poder de dirección para configurar un deber especial de seguridad, la respuesta a esto última es negativa por dos razones: **primero**, porque estamos frente a un tipo penal que habilita una imputación de responsabilidad penal dirigida a aquellos sujetos que, por razón de su actividad, generan un riesgo o mantienen en su ámbito una fuente de riesgo que deben controlar para evitar el daño a otros. En ese sentido, se debe entender que la seguridad y salud en el trabajo es un bien jurídico que debe ser protegido por el empleador y únicamente su comportamiento lesivo se entiende como disvalioso. En **segundo lugar**, si reconocemos que el empleador tiene un deber de control sobre una actividad que puede generar peligro, reconociendo la necesidad desde una perspectiva de política criminal de una intervención penal adelantada, no parecería lógico imponer al trabajador o al inspector este tipo de deberes por cuanto, por un lado, no tienen dominio sobre muchos procesos de carácter complejo (me refiero al dominio de los hechos o el conocimiento necesario) y, por otro lado, porque tendría un efecto desorientador y diluyente de la responsabilidad del empresario: toda la carga de la responsabilidad penal se podría dirigir, en algunos casos, hacia este grupo de personas.

Referencias

Aguado López, S. (2002). *El delito contra la seguridad en el trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

52 En sentido similar, véase: García Cavero (2016, p. 1036).

53 En España, en la SAP Alicante Nº 262/2003, de fecha 30 de junio de 2003, se condenó a un inspector de trabajo por un delito de imprudencia temeraria del artículo 565 del Código Penal español de 1973, al estimar que este infringió su deber de cuidado en materia de seguridad en el trabajo, entre otras cosas, al no recabar datos sobre el proceso productivo del empresario, la forma en que se realizaba, tampoco averiguó si los trabajadores estaban en condiciones de realizar la actividad, etc.; dicha omisión y la consiguiente falta de exigencias de las medidas necesarias para el ejercicio de la labor, posibilitó que perdurase una situación de grave riesgo para la salud de los trabajadores que finalmente se cristalizó en una grave enfermedad causante de varias muertes. Al respecto, véase: en Del Río Montesdeoca (2017a, p. 52).

- Álvarez Dávila, F. (2011). La protección penal a la salud pública. A propósito de las modificaciones efectuadas a través de la Ley N° 29675. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (23), pp. 17-34.
- Barreriro, A. (2008). Cuestiones conflictivas de los tipos penales contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores y sus repercusiones procesales. *Cuadernos de Derecho Judicial*, (5), pp. 141-200.
- Del Río Montesdeoca, L. (2017a). *Siniestralidad laboral. Comisión por omisión y peligro concreto*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Del Río Montesdeoca, L. (2017b). *Los delitos de homicidio y lesiones imprudentes en el ámbito laboral*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Faraldo Cabana, C. (2013). *El delito contra la seguridad e higiene en el trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Fernández Vásquez, M. (2020). El estado actual de la legislación penal peruana con relación a la seguridad en el trabajo: a propósito de la muerte de dos jóvenes trabajadores en McDonald's. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (127), pp. 37-53.
- Gallo, P. (2014). Accidentes de trabajo y Derecho penal argentino. En: Berruero, R., Gallo, P. y García Cavero, P. (coords.). *Derecho Penal laboral, delitos contra los trabajadores*. Buenos Aires: B de F.
- Gallo, P. (2018). *Riesgos penales laborales. Responsabilidad penal del empresario por riesgos, enfermedades y accidentes laborales*. Buenos Aires: B de F.
- García Cavero, P. (2014). La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo. En: Berruero, R., Gallo, P. y García Cavero, P. (coords.). *Derecho Penal laboral, delitos contra los trabajadores*. Buenos Aires: B de F.
- García Cavero, P. (2015). *Derecho Penal económico. Parte especial*. (2ª ed., V. III). Lima: Instituto Pacífico.
- García Cavero, P. (2016). *Derecho Penal económico. Parte especial*. (2ª ed., V. III). Lima: Instituto Pacífico.
- García Cavero, P. (2019). *Derecho Penal. Parte general*. (3ª ed.). Lima: Ideas.
- Gestión. (18 de septiembre de 2018). *Más de 8,000 accidentes de trabajo fueron reportados al primer semestre del año*. Recuperado de: <<https://gestion.pe/economia/8-000-accidentes-reportados-primer-semestre-ano-nddc-244716-noticia/>>.
- Gómez Martín, V. (2009). El enigmático art. 318 CP: diez cuestiones controvertidas. En: Hortal Ibarra, J. C. (coord.). *Protección penal de los derechos de los trabajadores. Seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*. Buenos Aires: B de F, pp. 227-280.
- Gómez Martín, V. (2014). Los delitos especiales y el art. 65.3 del Código Penal español. En: Robles Planas, R. (dir.). *La responsabilidad en los delitos especiales*. Buenos Aires: B de F, pp. 99-229.
- Hortal Ibarra, J. C. (2005). *Protección penal de la seguridad en el trabajo*. Barcelona: Atelier.
- Kuhlen, L. (2012). Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de analogía. En: Montiel, J. P. (ed.). *La crisis de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿decadencia o evolución?* Madrid: Marcial Pons, pp. 151-172.
- Lascurain Sánchez, J. A. (2006). La imputación penal del accidente de trabajo. En: Echano Basaldua, J. I. (dir.). *Tutela penal de la seguridad en el trabajo. Cuadernos penales José María Lidón*. Bilbao: Universidad de Deusto, pp. 41-64.
- Lascurain Sánchez, J. A. (2009). Seis tesis sobre la autoría en el delito contra la seguridad de los trabajadores. En: Hortal Ibarra, J. C. (coord.). *Protección penal de los*

- derechos de los trabajadores. Seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina.* Buenos Aires: B de F, pp. 203-226.
- Luzón Peña, D. (2016). *Derecho Penal. Parte general.* (3ª ed.). Buenos Aires: B de F.
- Martín Lorenzo, M. y Ortiz de Urbina Gimeno, I. (2012). Delitos contra la seguridad de los trabajadores en el ámbito de la construcción. En: Pozuelo Pérez, L. (coord.). *Derecho Penal de la construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo.* (2ª ed.). Granada: Comares, pp. 319-499.
- Meini Méndez, I. (1999). Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. *Derecho PUCP*, (52), pp. 883-914.
- Oré Sosa, E. (2018). Prevención de riesgos laborales y Derecho Penal. *Derecho PUCP*, (81), pp. 197-225.
- Peñaranda Ramos, E. (2016). Autoría y participación en la empresa. En: Corcoy Bidasolo, M. y Gómez Martín, V. (dirs.). *Fraude a los consumidores y Derecho Penal. Fundamentos y talleres de leading case.* Buenos Aires, B de F, pp. 235-280.
- Reyna Alfaro, L. (2019). La tutela penal a favor de los trabajadores. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (122), pp. 117-132.
- Rosales, J. (8 de enero de 2020). Empresas y gerentes más expuestos a riesgos penales por accidentes de trabajo. *Semana económica.* Recuperado de: <<https://semanaeconomica.com/legal-politica/laboral/empresas-estaran-mas-expuestas-a-riesgos-penales-por-accidentes-de-trabajo>>.
- Rosales, J. (19 de febrero de 2020). Seguridad en el trabajo: ¿cómo actuar frente a una Sunafil más severa? *Semana económica.* Recuperado de: <<https://semanaeconomica.com/legal-politica/laboral/seguridad-en-el-trabajo-como-protogerse-frente-a-una-sunafil-mas-severa>>.
- Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. (2002). *Delito de infracción de deber y participación delictiva.* Madrid: Marcial Pons.
- Sarrabayrosue, E. (2012). La crisis de la legalidad, teoría de la legislación y el principio *in dubio pro reo*: una propuesta de integración. En: Montiel, J. P. (ed.). *La crisis de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿decadencia o evolución?*. Madrid: Marcial Pons, pp. 31-54.
- Silva Sánchez, J. M. (2018). *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho Penal.* Barcelona: Atelier.
- Valdez Silva, F. (17 de diciembre de 2019). No es una caja feliz, es una caja de Pandora: el caso “McDonald’s” y el Derecho Penal peruano de nuestra época. *La Ley.* Recuperado de: <<https://laley.pe/art/8960/no-es-una-caja-feliz-es-una-caja-de-pandora-el-caso-mcdonalds-y-el-derecho-penal-peruano-de-nuestra-epoca>>.
- Varela Castro, L. (2008). Los delitos contra la vida y la integridad física de los trabajadores. En: *Protección penal de los trabajadores: tipos, instrucción y enjuiciamiento.* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, pp. 13-88.
- Yacobucci, G. (2014). *El sentido de los principios penales.* Buenos Aires: B de F.
- Zugaldía Espinar, J. y Pérez Alonso, E. (2011). Responsabilidad penal del empresario y del técnico en prevención de riesgos laborales. En: Caro Coria, D. (dir.). *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, pp. 133-148.