

El delito de riesgos laborales en la ley de trata de personas mexicana

Patricia Gallo*

SUMARIO: I. Introducción al delito de explotación laboral. II. La problemática de los riesgos laborales. III. Estructura típica del delito de “riesgos laborales”. IV. Análisis del artículo 21, inciso II de la ley de trata mexicana: ¿delito de riesgos laborales?. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN AL DELITO DE EXPLOTACIÓN LABORAL

La “Ley general para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia de las víctimas de estos delitos” de México,¹ define en su artículo 10 al delito de trata² y aclara que se entenderá por “explotación”, en tanto fase final de dicho delito: la esclavitud (art. 11),³ la condición de siervo (servidumbre, art. 12),⁴ el trabajo o servicios

* Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Docente de Derecho penal en la Universidad de Buenos Aires. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de I+D *La responsabilidad penal de empresas transnacionales por violaciones a los derechos humanos y al medio ambiente* (DER 2017-85144-C2).

¹ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de junio de 2012.

² El artículo 10 describe al delito de trata como “*Toda acción u omisión dolosa de una o varias personas para captar, enganchar, transportar, transferir, retener, entregar, recibir o alojar a una o varias personas con fines de explotación*”, imponiendo una pena de 5 a 15 años de prisión y de un mil a veinte mil días multa, “*sin perjuicio de las sanciones que correspondan para cada uno de los delitos cometidos, previstos y sancionados en esta Ley y en los códigos penales correspondientes*”.

³ **Esclavitud;** artículo 11: “*A quien tenga o mantenga a otra persona en una situación de esclavitud, será sancionado con pena de 15 a 30 años prisión y de un mil a 20 mil días multa. Se entiende por esclavitud el dominio de una persona sobre otra, dejándola sin capacidad de disponer libremente de su propia persona ni de sus bienes y se ejerciten sobre ella, de hecho, atributos del derecho de propiedad*”.

⁴ **Servidumbre;** artículo 12: “*A quien tenga o mantenga a una persona en condición de siervo será sancionado con pena de 5 a 10 años de prisión y de un mil a 20 mil días multa. Tiene condición de siervo: I. Por deudas: La condición que resulta para una persona del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios.*”

forzados (trabajo forzoso, art. 22)⁵ y además la “explotación laboral” (art. 21), entre otras.

De este modo, la ley mexicana abarca —como delitos autónomos— no solo las *formas graves* de explotación laboral (usando esa expresión en sentido amplio), esto es: esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso (también llamadas “formas contemporáneas de esclavitud”), sino también la explotación laboral *stricto sensu*, que no tiene las connotaciones de delito grave como las otras tres modalidades, definida por el artículo 21, en los siguientes términos:

Será sancionado con pena de 3 a 10 años de prisión, y de 5 mil a 50 mil días multa, quien explote laboralmente a una o más personas.

Existe explotación laboral cuando una persona obtiene, directa o indirectamente, beneficio injustificable, económico o de otra índole, de manera ilícita, mediante el trabajo ajeno, sometiendo a la persona a prácticas que atenten contra su dignidad, tales como:

I. Condiciones peligrosas o insalubres, sin las protecciones necesarias de acuerdo a la legislación laboral o las normas existentes para el desarrollo de una actividad o industria;

II. Existencia de una manifiesta desproporción entre la cantidad de trabajo realizado y el pago efectuado por ello, o

III. Salario por debajo de lo legalmente establecido.

Es necesario marcar una diferencia entre los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso por un lado, y el delito previsto en el artículo 21 transcrito (explotación laboral), por otro, al que podemos denominar delito de “imposición de condiciones *irregularmente perjudiciales y/o peligrosas* de trabajo”.

A diferencia de este ilícito, las modalidades de conductas relacionadas con la *esclavitud* (arts. 11, 12 y 22) no consisten en explotar el trabajo del sujeto pasivo im-

II. Por gleba: Es siervo por gleba aquel que:

a) Se le impide cambiar su condición a vivir o a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona;

b) Se le obliga a prestar servicios, remunerados o no, sin que pueda abandonar la tierra que pertenece a otra persona;

c) Ejercer derechos de propiedad de una tierra que implique también derechos sobre personas que no puedan abandonar dicho predio”.

⁵ **Trabajos forzados;** artículo 22: “Será sancionado con pena de 10 a 20 años de prisión, y de 5 mil a 50 mil días multa, quien tenga o mantenga a una persona en trabajos forzados.

Hay trabajo forzado cuando el mismo se obtiene mediante:

I. Uso de la fuerza, la amenaza de la fuerza, coerción física, o amenazas de coerción física a esa persona o a otra persona, o bien utilizando la fuerza o la amenaza de la fuerza de una organización criminal;

II. Daño grave o amenaza de daño grave a esa persona que la ponga en condiciones de vulnerabilidad;

III. El abuso o amenaza de la denuncia ante las autoridades de su situación migratoria irregular en el país o de cualquier otro abuso en la utilización de la ley o proceso legal, que provoca que el sujeto pasivo se someta a condiciones injustas o que atenten contra su dignidad”

poniendo condiciones laborales ilícitas, sino en imponer la condición de trabajador, la realización del trabajo mismo. Los trabajos o servicios forzados, la esclavitud y la servidumbre son modos de imponer la *condición de trabajador, vulnerando la libertad de decidir realizar o no, la prestación laboral*.⁶

El trabajo esclavo o forzoso se entiende así cuando las condiciones laborales irregulares constitutivas del trabajo se obtengan bajo coacción y amenaza, *para retener al trabajador en forma involuntaria*. Pero si bien todo trabajo forzoso implica condiciones inaceptables de trabajo, no todas las condiciones irregulares son trabajo forzoso.⁷ Solo cuando se den bajo la utilización de formas que lesionen o restrinjan gravemente la *libertad de autodeterminación* del individuo y su plena capacidad volitiva para decidir su aceptación, podemos estar en presencia de esclavitud/servidumbre/trabajo forzoso.⁸

Por eso es necesario distinguir entre el trabajo esclavo o forzoso y el trabajo en “condiciones irregularmente perjudiciales y/o peligrosas” (art. 21) —con “irregularmente” se hace referencia al incumplimiento de la normativa administrativo/laboral, es decir no basta con que las condiciones sean perjudiciales o peligrosas si no hay infracción de la norma extra penal—. En el primer caso (trabajo esclavo), se parte de la base de la *inexistencia* de una relación laboral remunerada, sea porque el trabajador realiza sus labores en el marco de una situación de privación o restricción de su libertad ambulatoria, sea porque la dirección del trabajo no respeta ninguna de las condiciones *mínimas* establecidas por la ley laboral; se priva al trabajador de un sueldo, del descanso, licencias anuales, es decir, está marginado de toda ley, convención o estatuto laboral, al presentarse una *relación de dominio* entre empleador y trabajador. En suma, existe una situación de inequidad en la que el trabajador está en una posición de máxima vulnerabilidad, que le impide directa o indirectamente abandonar dichas tareas, ejercer sus derechos laborales, o bien disponer de su libertad personal.⁹

Por su parte, el delito de explotación laboral *stricto sensu* (art. 21), a diferencia de las formas contemporáneas de esclavitud (esclavitud, servidumbre y trabajo forza-

⁶ Pomares Cintas, E., “El delito de trata de seres humanos con fines de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-15 (2011), pp. 18 y ss.

⁷ El trabajo de mujeres embarazadas en condiciones de peligro para su maternidad es considerado como un indicio de trabajo forzoso (Aboso, G., *Trata de personas*, Buenos Aires, 2013, p. 106). Ver también, Villada, J., *Delito de trata de personas y otros delitos conexos*, Córdoba, 2014, pp.75/76).

⁸ Tazza, A., *La trata de personas*, Buenos Aires, 2014, p.118. En ese sentido el autor ha sostenido que habitualmente será participativo de esta actitud, la existencia de condiciones insalubres e indignas de trabajo, prolongadas jornadas, escasa paga en relación con la tarea y toda otra característica similar que priva a las víctimas no sólo de todo derecho que la legislación laboral otorga, sino también, de aquellos otros que hacen a los atributos de la dignidad natural de todo ser humano (*idem*, p. 118).

⁹ Aboso, *Trata de personas*, pp. 104/05.

do) constituye un *delito laboral*, porque parte de la desigualdad *propia* de la relación de trabajo *existente* —y no de una relación de sometimiento total como en las formas graves de esclavitud— y configura un abuso del sujeto “poderoso” de ese vínculo (empleador) respecto del colectivo vulnerable compuesto por los trabajadores en relación de dependencia.

En cuanto a la estructura típica del artículo 21, debe destacarse que no se exige la realización de las tres conductas descritas (apartados I, II y III) simultáneamente, sino que basta con la realización de una sola de ellas para que se configure el delito.

En este contexto, me interesa analizar específicamente el inciso II del precepto señalado, en tanto considera que hay explotación laboral como delito autónomo, cuando se somete a los trabajadores (explotados) a “condiciones peligrosas e insalubres como consecuencia de la infracción de medidas legales de seguridad por parte del empleador”.

Esta modalidad del delito de explotación laboral pone sobre el tapete una compleja problemática: la prevención de los riesgos laborales y el rol que debe cumplir el Derecho penal en la búsqueda de ese objetivo, mediante la sanción de la *puesta en peligro* de los trabajadores.

II. LA PROBLEMÁTICA DE LOS RIESGOS LABORALES

II.1. Introducción

No hay duda de que el trabajo puede ser una actividad peligrosa, en la medida que el proceso de producción y transformación de bienes y servicios exige la interacción del trabajador en un entorno que puede resultar riesgoso para la salud e incluso la vida.¹⁰ Es cierto que lo mismo puede decirse de otros comportamientos humanos, pero en este caso tiene perfiles especiales que aconsejan una observación y un tratamiento individualizado.

En este sentido, no se requiere mucha reflexión para concluir que el trabajo constituye un factor importantísimo para el desarrollo de la persona y el bienestar de la comunidad. Además de ser el medio más primario con el que el ser humano cuenta para subsistir, el trabajo compromete íntegramente a quien lo realiza, por lo que se relaciona estrechamente con su *dignidad humana*. Por otro lado, constituye la vía más usual de establecimiento de las relaciones humanas y de participación en la vida pública, lo que contribuye finalmente a la integración social de la persona.¹¹

¹⁰ Se hace referencia en particular a aquellas actividades laborales *estructuralmente* peligrosas, como la industrial, agraria, ganadera, minera, construcción, entre otras.

¹¹ García Cavero, P., *Derecho Penal Económico-Parte Especial*, Lima, 2016, volumen 3, p. 1308.

En México, durante el año 2016 hubo 1.408 muertes por accidentes laborales, 0.8 por cada 10 mil habitantes, de acuerdo con un informe de Memoria Estadística del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), correspondiente al año citado.¹² A partir de 2016, México cuenta con el Sistema de Avisos de Accidentes de Trabajo (SIAAT), una herramienta en internet para que los empleadores reporten riesgos y muertes en el trabajo. De acuerdo con los datos de esta instancia, en territorio mexicano se registran 1.150 accidentes de trabajo cada día; es decir, 48 por hora.¹³

Frente a este panorama, se ha señalado que la normatividad (de seguridad laboral) que tiene México es buena y está bien articulada. Sin embargo, el problema de la alta siniestralidad reside especialmente en la *aplicación de las normas*. En este sentido, la capacidad para verificar por parte de la autoridad, en este caso de la Secretaría del Trabajo, no es suficiente para garantizar que la normativa de prevención se esté cumpliendo.¹⁴

A las limitaciones de la fiscalización debe sumarse además el carácter de “puertas adentro” de las infracciones a las normas de prevención laboral, que las hace menos visibles para el sistema (dependen de la denuncia interna). La escasez de denuncias desde el interior de las empresas, se explica tanto por temor a perder el empleo como por diferentes grados de identificación de los trabajadores con su fuente de trabajo.¹⁵

Recapitulando, más allá de que el riesgo propio del proceso productivo es estructural, lo cierto es que la mayoría de los accidentes y enfermedades laborales producidos, son consecuencia del incumplimiento *generalizado* de esas normas de seguridad.¹⁶

Frente a esta realidad, se manifiesta oportuna la intervención del Derecho penal *adelantada*, mediante un delito de peligro, como instrumento idóneo para la *determinación de los empleadores al cumplimiento de las normas de seguridad*, como condición necesaria para la permisión del riesgo que conlleva la actividad laboral.

En esta dirección, no hay que perder de vista que con la creación del delito de peligro relativo a la seguridad e higiene en el trabajo, el legislador pretende *reforzar el cumplimiento de las medidas de prevención* para, de ese modo, evitar los riesgos que

¹² “Hubo mil 408 muertes por riesgos de trabajo en 2016”, 23/6/2017, noticia disponible en *entornolaboral.com.mx*. Un sector especialmente castigado es el minero (ver “Por precarias condiciones laborales han muerto 311 mineros en 8 años”, 25/6/2018, *La Jornada*, <http://www.jornada.unam.mx>).

¹³ “Cada día hay 1,150 accidentes laborales en México”, 28/4/19 noticia disponible en *entornolaboral.com.mx*

¹⁴ *Ibídem*.

¹⁵ Hernández Basualto, H., Delitos contra los trabajadores en el derecho penal chileno, en *Derecho Penal Laboral*, Buenos Aires, 2011, pp.67/68.

¹⁶ De un “pertinaz incumplimiento”, en términos de López Palomero, en referencia a la siniestralidad laboral en Argentina (*Derecho penal del trabajo*, Buenos Aires, 2011, pp. 27, 110 y 117/118).

esas infracciones generan, y que son abarcados por el delito imprudente sólo cuando se concretan en el resultado lesivo (lesiones/muertes).¹⁷

II.2. Necesidad del delito de “riesgos laborales”

En la actual sociedad de riesgo,¹⁸ el Estado no puede limitarse a garantizar al individuo unos espacios de autonomía que impidan la injerencia de terceros en su esfera de libertad, sino que debe garantizar también el libre y efectivo desarrollo de su personalidad en la sociedad, mediante el establecimiento de todos aquellos mecanismos que permitan su participación en *condiciones de igualdad material*, prestando especial atención a aquellos grupos sociales que, por encontrarse en una franca situación de desigualdad, requieren una tutela reforzada.¹⁹

La masificación productiva, la proliferación industrial, la actividad minera, entre otras, crean nuevos focos de riesgo que se constituyen en peligros para bienes jurídicos personalísimos, no sólo hacia el exterior, sino también hacia el interior del centro de trabajo.²⁰ Pero estos riesgos *no están comprendidos en los alcances normativos de*

¹⁷ Escajedo San Epifanio, L., Art. 317 del CP: un delito imprudente relativo a la vida, integridad física o salud de las personas, *Actualidad Penal*, n° 38, 2000, pp. 801 y ss.

¹⁸ En términos de Ulrich Beck, la “sociedad de riesgo” describe una fase de desarrollo de la sociedad moderna en la que los riesgos sociales, políticos, económicos e individuales creados por el impulso de innovación, eluden cada vez más el control. Podría pensarse que el riesgo induce al control, sin embargo “...llama la atención la controlabilidad limitada de los peligros que hemos creado” (*La sociedad de riesgo global* (Albores Rey, trad.), Madrid, 2002, pp. 5/12).

¹⁹ Hortal Ibarra, J., Legitimación y eficacia de la intervención penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, en Mir Puig/Corcoy Bidasolo (dir), *La política criminal en Europa*, Barcelona, 2004, p. 244. En igual sentido, Peña Cabrera Freyre, quien señala que un Estado liberal de Derecho, cuyos postulados fundamentales eran la tutela de los derechos subjetivos individuales, como la propiedad, da paso a un Estado social y democrático de Derecho, cuya finalidad esencial es configurar un estado de bienestar de los ciudadanos, promoviendo la participación de los individuos en los procesos socio-culturales, a partir de una mayor propensión del Estado a la realización de los derechos fundamentales. Ante esta nueva cosmovisión del Estado, la política criminal es redefinida hacia nuevos rumbos sociológicos. Se produce un desplazamiento de un Derecho penal retributivo, hacia un Derecho penal preventivo, cuya tarea es preservar un estado de igualdad y de libertad entre los asociados (La política criminal en la sociedad de riesgo, en *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal, libro Homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez*, Lima, 2007, pp. 686 y ss.).

²⁰ En ocho años (2008-2016) murieron 311 mineros por las precarias condiciones laborales o por ataques de grupos criminales, sostuvo el coordinador del Panal en la Cámara de Diputados, Luis Alfredo Valles. La mayor cantidad de casos se registró en el estado de Coahuila, con 74 decesos, además de innumerables accidentes, muertes y mutilaciones por falta de medidas de protección, así como deficiencias en la seguridad de distintos yacimientos, de acuerdo con un reporte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Ante eso, el legislador llamó a reforzar las inspecciones de las autoridades federales a las minas del país en busca de proteger a los 328 mil trabajadores de esa industria. Las empresas mineras tienen la obligación de mantener en condiciones eficaces de operación todo el equipo, maquinaria y estructuras necesarias para que los procesos de extracción

*los tipos penales tradicionales.*²¹ Sin duda, los riesgos laborales obligan a un cambio de rumbo en la política criminal. El individuo no sólo necesita que se tutele su vida y salud frente a homicidios y lesiones (delitos del Derecho penal clásico), sino también contar con un *ambiente seguro de trabajo*, concepción que conlleva a introducir nuevas categorías dogmáticas.²² El Derecho penal nuclear propio del Estado liberal se basa en una técnica de tipificación propia de los delitos dolosos de lesión, mientras que en el marco de un Derecho penal moderno, la formulación político-criminal comprende la utilización dogmática de los bienes jurídicos colectivos y los tipos de peligro, así como el predominio de los injustos imprudentes y omisivos. Los nuevos retos de la sociedad moderna superan de forma trascendente los conceptos tradicionales de la vieja dogmática acuñada en el Derecho penal liberal.²³

De este modo, se confirma la necesidad de un cambio, por cuanto no se debe olvidar que el Derecho penal constituye una herramienta de control social y por lo tanto, *debe transformarse al mismo tiempo que evoluciona la sociedad.*²⁴

En este contexto, la necesidad de la intervención del Derecho penal (mediante un delito de peligro) en el ámbito de los accidentes de trabajo parte de la constatación de una realidad fáctica. Esta realidad se refiere en primer lugar a la *desigualdad* de las partes que intervienen en la relación laboral²⁵ y en segundo término, al elevado número de accidentes que ocurren en su seno, *como consecuencia del incumplimiento de las normas que regulan las condiciones de seguridad*, en las que debe desarrollarse la prestación laboral.

sean seguros. La industria minera es un sector clave para el país por su importancia económica. De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, la minería genera divisas por 22 mil 516 millones de dólares, mientras la Cámara Minera de México señala que además de los 328 mil empleos directos creados, hay un millón 600 mil indirectos (“Por precarias condiciones laborales han muerto 311 mineros en 8 años”, 25/6/2018, *La Jornada*, <http://www.jornada.unam.mx>).

²¹ En muchos casos se trata de nuevos modos de agresión (colectivos) para bienes jurídicos individuales.

²² Peña Cabrera Freyre, *LH al Dr. Juan Bustos Ramírez*, p. 691.

²³ Peña Cabrera Freyre, *LH al Dr. Juan Bustos Ramírez*, pp. 695/96. El ámbito de las relaciones laborales no ha permanecido ajeno a esa evolución en los contextos de acción. En efecto, puede observarse cómo se ha modificado el vínculo laboral en el marco actual de las corporaciones comerciales; ya no se trata del patrón que tiene una relación personal y cercana —cotidiana— o *individual* con cada dependiente, sino de interacciones casi anónimas —inclusive no presenciales en el marco de las empresas multinacionales, globalizadas en sus formas de comunicación—. Ello se traduce en una nueva clase de ataque (colectivo) a los bienes jurídicos esenciales de los trabajadores, en la medida que una infracción de la norma de seguridad puede poner en peligro a una pluralidad indeterminada de trabajadores —y no sólo a un trabajador individual—. Este aspecto, conduce a introducir en este ámbito, el concepto del *peligro común*, en el contexto del delito de peligro.

²⁴ Gallardo García, R., *Protección Jurídica de la vida y salud de los trabajadores*, Granada, 2016.p. 26.

²⁵ Se habla de una *“desigualdad negocial inicial y un estado de hiposuficiencia económica en que se encuentra la parte más débil de la relación subordinada”* (Lescano Cameriere/Tula, Derecho penal del trabajo: lineamientos básicos para su comprensión, *Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del departamento judicial de San Isidro*, n° 19, San Isidro, 2006, pp. 11 y ss.).

Dicho esto, la respuesta del legislador a la realidad aquí descrita debe partir de dos decisiones valorativas. En primer lugar, tomar en consideración la desigualdad de las partes en la relación laboral al momento de establecer las obligaciones de ambas y de ese modo, implicar a la más fuerte en la protección de la más débil y, en segundo lugar, reconocer que bienes jurídicos esenciales, como la vida y la salud, deben protegerse penalmente de modo intensificado y específico en el ámbito de las actividades laborales.²⁶

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

De un planteamiento similar a este parte el ordenamiento español. En efecto, tanto la normativa extrapenal de prevención,²⁷ como el Código Penal (arts. 316 y 317, según la reforma de 1995), entienden que la siniestralidad laboral no es tanto un resultado “accidental”, en el sentido de casual o contingente, como una consecuencia de factores causales, y desarrollan coherentemente esta idea programática. Al margen de que, en la práctica del trabajo asalariado y más en el contexto actual de la sociedad de riesgo, es ineludible la aparición de ciertos resultados dañosos, otros son previsibles y por ende, evitables. Esas normas básicas, comparten el principio, receptado en la Constitución Española y en muchos instrumentos internacionales,²⁸ de que la vida y la salud de los trabajadores han de ser objeto de protección especial, porque especiales son los riesgos que genera la prestación laboral.²⁹

El tenor literal del artículo 316 del CP español es el siguiente: “Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”.³⁰

²⁶ Corcoy Bidasolo/Cardenal Montraveta/Hortal Ibarra, Protección penal de los accidentes laborales [A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 2.º) 2 de septiembre de 2003], *Revista Poder Judicial*, N° 71, 2003, pp. 41 y ss.

²⁷ Esencialmente la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) y la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS).

²⁸ Especialmente los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

²⁹ Terradillos Basoco, J., Prólogo del libro de Gallardo García, *Protección Jurídica de la vida y salud de los trabajadores*, Granada, 2016, donde agrega que: “La protección eficaz pasa por la identificación de las fuentes de riesgo, por su neutralización o control, por la implementación de protocolos que minimicen los daños ya producidos; por la disponibilidad de medios de prevención; por la identificación en sus distintos niveles de los sujetos deudores de seguridad; por el compromiso con la prevención de empresarios, trabajadores y Administraciones públicas, etcétera”.

³⁰ Por su parte, la versión imprudente del delito (art. 317) establece que: “Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado”.

II.3. La prevención penal de riesgos laborales en Latinoamérica

La necesidad de la intervención adelantada del Derecho penal en el ámbito de los accidentes de trabajo, ha sido advertida en los últimos años por algunos países de Latinoamérica y se ha concretado en la creación de delitos de peligro, que de un modo similar al artículo 316 CP español, castigan al empleador cuando por infracción de las normas de seguridad laboral, ponen en peligro grave la vida y salud de los trabajadores.

En este sentido, se viene gestando un *cambio de paradigma* en materia de derechos humanos y los derechos sociales y laborales a nivel regional.³¹ En este marco, cabe mencionar, la situación de Perú —con las reformas al artículo 168 y la incorporación del artículo 168-A al C.P.—,³² la de Paraguay —con la introducción del artículo 205 en el C.P.— y lo ocurrido en Uruguay, donde los sindicatos, impulsaron la aprobación de la ley n° 19.196 en 2014, “Ley de responsabilidad penal empresaria por incumplimiento de las normas de higiene y seguridad”.³³ A ello cabe agregar la inclusión de un delito de riesgos laborales en varios proyectos presentados (aunque hasta el momento sin éxito) ante el Parlamento chileno (en 2003, 2008, 2010 y 2016).³⁴

³¹ Arese, C., El anteproyecto de Código Penal: hacia un derecho criminal protectorio de los Derechos Humanos Laborales, DT 2015, n° 3, (enero) (cita online: AR/DOC/3275/2014). Ver también; Gallo, P., *Riesgos Penales Laborales*, Buenos Aires, 2018, pp. 63 y ss.

³² Artículo 168-A del CP de Perú: “El que, deliberadamente, infringiendo las normas de seguridad y salud en el trabajo y estando legalmente obligado, y habiendo sido notificado previamente por la autoridad competente por no adoptar las medidas previstas en éstas y como consecuencia directa de dicha inobservancia, ponga en peligro inminente la vida, salud o integridad física de sus trabajadores, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Si, como consecuencia de la inobservancia deliberada de las normas de seguridad y salud en el trabajo, se causa la muerte del trabajador o terceros o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años en caso de muerte y, no menor de tres ni mayor de seis años en caso de lesión grave. Se excluye la responsabilidad penal cuando la muerte o lesiones graves son producto de la inobservancia de las normas de seguridad y salud en el trabajo por parte del trabajador”.

³³ El artículo 1° de dicha norma expresa que: “El empleador, o en su caso, quien ejerciendo efectivamente en su nombre el poder de dirección en la empresa, no adoptaren los medios de resguardo y seguridad laboral previstos en la ley y su reglamentación, de forma que pongan en peligro grave y concreto la vida, salud o la integridad física del trabajador, serán castigados con tres a veinticuatro meses de prisión”. Cabe destacar que a diferencia de los países mencionados, el nuevo Código del Sistema Penal Boliviano (CSPB), recientemente derogado (enero de 2018), ha permanecido ajeno al movimiento legislativo antes señalado ya que no contempla el delito de riesgos laborales. Si bien se ha incluido una sección de delitos “contra el derecho al trabajo” (Libro Segundo, Título II, Capítulo VII, Sección II): art. 196 (explotación laboral); art. 197 (atentados contra la libertad de trabajo); art. 198 (sabotaje) y art. 199 (ejercicio ilegal de profesión u oficio), el legislador boliviano no ha sancionado el peligro grave para los trabajadores, generado por el incumplimiento del empresario de las normas de seguridad laboral.

³⁴ Ver Gallo, P., “La prevención penal de riesgos laborales en Chile: la necesidad de un delito de peligro”, *Revista Política Criminal* (Centro de Estudios de Derecho penal, Universidad de Talca), n° 27, 2019, pp. 277 y ss.

En Argentina, el Proyecto de Reforma al Código Penal, recientemente presentado por la Comisión de Reforma (2019), introduce en el Título XXI, “Delitos contra la libertad y la dignidad del trabajo”; Capítulo 4, “Delitos cometidos en el marco de la ley de riesgos de trabajo”, el artículo 429, que contempla un delito de riesgos laborales.³⁵

A diferencia de los países de la región antes mencionados, en el caso de México, la introducción de un delito relacionado con los riesgos laborales, ha sido desde otra perspectiva: la identificación de la puesta en peligro del trabajador por infracción a las medidas legales de prevención de riesgos del trabajo con la *explotación laboral*, abarcada y definida en la ley de trata de personas.

Antes de abordar el análisis de dicho tipo penal, se sentarán las pautas básicas a las que debe responder la estructura del delito de peligro en el ámbito de la seguridad en el trabajo, que aquí se postula.

III. ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE “RIESGOS LABORALES”

III.1. Introducción

Para la eficacia del adelanto de la barrera del Derecho penal en la prevención de riesgos laborales, teniendo en cuenta las especiales características que rodean la situación que el legislador debe desvalorar, el diseño del delito de peligro debe responder a determinadas pautas.

En primer lugar, el tipo de peligro debe exigir el incumplimiento de las medidas administrativas de seguridad extrapenal (elemento normativo), ya que es el presupuesto inicial de la creación del riesgo que se quiere prohibir.³⁶ Ello, por cuanto la protección penal se incorpora como una herramienta de tutela que junto a otras, entre ellas la laboral/administrativa, y a modo de sanción negativa de represión del incumplimiento, opera como sistema para, al menos en teoría, incrementar la eficacia de las obligaciones preventivas por parte de los sujetos obligados.³⁷

³⁵ Cuyo texto es el siguiente: “Se aplicará multa de UNO (1) a QUINCE (15) días-multa, al que omitiere proveer a sus trabajadores de los medios necesarios para ejercer su actividad en las condiciones de seguridad y salud que impusieren las leyes o reglamentos”.

³⁶ A *contrario sensu*, si los empleadores cumplieran exactamente las normas de prevención, no hubiera surgido la necesidad de adelantar la intervención penal, es decir, no nos encontramos en el supuesto de que *aun cumpliendo esa normativa*, se produzcan los accidentes laborales, ya que si así fuera, seguramente el problema estaría en un diseño defectuoso de tales preceptos (sin perjuicio de otras eventuales circunstancias).

³⁷ Purcalla Bonilla, M., “Delitos específicos contra la seguridad y la salud de los trabajadores: la conducta típica en los arts. 316 y 317 del código penal”, *Aranzadi Social*, N° 5, p. 1660.

La pregunta clave en este aspecto es la de *cómo se define el riesgo que el delito de peligro debe abarcar*.

Si se tiene en cuenta que se trata de un sector (laboral) peligroso pero necesario, donde el ordenamiento jurídico (laboral/administrativo) permite *cierto* nivel de riesgo (riesgo permitido), claramente no será el *riesgo propio* (estructural) del proceso productivo el penalmente relevante, porque implicaría una contradicción con lo previsto en otro sector jurídico, sino un riesgo *excedente* de ese nivel permitido.³⁸

Que el riesgo típico es “excedente”, quiere decir que debe ser *superior* a otro, esto es, superior al *riesgo permitido laboral*. Entonces el riesgo estará enmarcado en la estructura típica por una cláusula (de *mínima*) que marca el piso o nivel inferior y por otra cláusula (de *máxima*) que determina las circunstancias definitorias de ese “exceso”, que representa el riesgo *penalmente relevante*, que alude a un determinado estadio de evolución del riesgo y que en general se concreta en la expresión “peligro grave”.³⁹

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

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

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

³⁸ Aceptada la necesidad de intervención administrativa en la protección laboral, con carácter preferente desde su perspectiva preventiva, representan un límite a la amenaza penal los comportamientos que se toleran en dicho ámbito jurídico, evitando de ese modo contradicciones en el orden jurídico. De ahí que no pueda prohibirse penalmente lo que administrativamente está permitido. En ese sentido, “La política criminal forma parte de la política legislativa general, con la consecuencia práctica de que siempre han de intentar coordinarse los diferentes sectores del ordenamiento para que todos los conjuntos normativos que incidan en una misma realidad se edifiquen sobre un claro conocimiento de la misma y tiendan hacia metas, si no idénticas, sí al menos armónicas”. (De la Mata Barranco, N., *Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa*, Barcelona, 1996, pp. 69/70).

³⁹ Así lo ha hecho, por ejemplo, el legislador en el art. 316 del CP español y también (aunque con el agregado de “y concreto” el art. 1 de la ley uruguaya de responsabilidad penal del empleador.

En este sentido, creo que lo indicado para la eficacia del delito de peligro, es un adelanto de la barrera de punición al peligro *abstracto-concreto*.⁴⁰

En tanto la función de esta cláusula es nivelar el riesgo a lo que el Derecho penal considera relevante, le llamaremos “cláusula de nivelación *penal* del riesgo.” Esta fórmula es la que dota de *contenido material* al injusto, siendo éste el plus de anti-juridicidad que determina el paso fronterizo entre la contravención administrativa y la contravención penal.⁴¹

Esta cláusula responde al intento del legislador de restringir el catálogo de comportamientos punibles y de adecuar la intervención penal en el contexto de la prestación laboral, a los principios de intervención mínima y de *ultima ratio*.⁴²

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

⁴⁰ Ver Gallo, P. *Riesgos Penales Laborales*, Bs. As., 2018, pp. 625 y ss.. Por ejemplo, en la redacción del art. 316 CP español, el legislador no ha sido claro en la determinación del grado de evolución del peligro que quería abarcar, lo que ha dado lugar a que la doctrina española casi unánime, interprete que se trata de un peligro concreto. Ver en ese sentido, Aguado López, *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, Valencia, 2002, p. 98; Lascuráin Sánchez, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1994, p. 400; y Faraldo Cabana, *El delito contra la seguridad e higiene en el trabajo*, Valencia, 2013, pp. 136 y ss., entre otros.

⁴¹ Además del injusto administrativo que pueda producirse, la intervención penal ha de exigir como “plus” un desvalor de acción o de resultado complementario y cualificado sobre dicho injusto. En cuanto la más severa de las reacciones del orden jurídico, la intervención penal ha de presuponer ese injusto especialmente lesivo diferente del que conlleva la mera aplicación de una sanción administrativa y relacionado con un bien jurídico valioso en sí mismo, un interés que trascienda la esfera de las acciones de la Administración y coincida con un valor constitucional (De la Mata Barranco, *Protección penal del ambiente...*, p. 74).

⁴² Lascuráin Sánchez expresa esta idea, cuando sostiene que “La permisón del riesgo provechoso y la protección de la seguridad de los trabajadores, objetivos contrapuestos, encuentran su síntesis jurídica en la imposición, junto a la autorización para el emprendimiento de ciertas actividades productivas útiles, de la obligación de adoptar una serie de medidas destinadas al control del riesgo. El bien jurídico que nos ocupa quedará lesionado, no en la medida en que exista peligro para la vida, integridad física o salud de los trabajadores, sino en la medida en que se trate de un peligro no permitido, ya lo sea ab initio, ya por la posterior ausencia de medidas de control”. Agrega el autor que, no será misión del Derecho penal, la protección del bien jurídico en cuestión ante cualquier tipo de ataques, sino tan sólo ante los que supongan un mayor grado de peligro para la vida, integridad física o salud de los trabajadores. En su razonamiento, el bien jurídico penal “seguridad e higiene en el trabajo” tiene así dimensiones diferentes que el bien jurídico “seguridad e higiene en el trabajo” (*La protección penal...*, p. 311 y nota 38).

administrativa. La evaluación del “plus” del peligro grave, corresponde, en este contexto, al juzgador.

En mi opinión, la ley penal en blanco es la técnica legislativa adecuada para este ámbito de riesgo. En efecto, la protección de la seguridad de la vida y salud de los trabajadores supone una realidad muy compleja, que admite situaciones muy variadas y probablemente de imposible reducción a una redacción legal concreta y unívoca. Tratar de redactar un tipo que incluyera de forma concreta *todos* los posibles supuestos de afectación a estos bienes jurídicos, lo suficientemente graves como para merecer un reproche penal, sería una tarea inútil por un doble motivo: primero porque resultaría un tipo sin duda excesivamente largo y de difícil aplicación y, segundo, porque claramente habría supuestos que merecerían reproche penal y en los que el legislador no hubiera pensado, quedando por tanto, excluidos injustificadamente de la aplicación de la norma.⁴³ De este modo, el tipo penal de peligro debe remitir a la normativa administrativo/laboral de seguridad (por cuanto *parte de su infracción*) para la configuración de la conducta típica.⁴⁴

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

Ahora bien, la “especificación” únicamente cumple con los objetivos señalados, si tiene la virtud de seleccionar adecuadamente aquellas modalidades de conducta, susceptibles realmente de generar *los riesgos más graves*.

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

En resumen, la estructura del tipo penal de riesgos laborales, debe estar integrada por tres elementos básicos: una cláusula “de bloqueo”, que exige la infracción de

⁴³ Menéndez, A., “El delito ambiental básico a la luz de la reciente jurisprudencia”, en *Estudios penales en homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, pp. 635 y ss., con relación al delito ambiental.

⁴⁴ Puede verse el recurso a esta técnica legislativa, en el ya mencionado art. 316. También los convenios colectivos de trabajo cumplen un rol importante en el marco de la remisión de la norma penal en blanco, ya que en muchos casos imponen medidas de seguridad al empleador.

las norma de prevención laboral, cuya misión es *bloquear la tipicidad penal* cuando, a pesar de haberse creado un peligro grave, no hay infracción administrativa; una cláusula de “nivelación penal del peligro”, en tanto su función es nivelar el riesgo a lo que el Derecho penal considera relevante (exigencia de “peligro grave”) y una cláusula de “especificación de la conducta”, que define y abarca *sólo algunas maneras posibles de configurar el riesgo prohibido* (estas dos últimas cláusulas son “de contenido”).⁴⁵

III.2. Sujeto activo

Una vez definido el riesgo que se quiere prohibir, al tipo penal sólo le resta *describir* al sujeto activo; quien *debe ser el reflejo de las cláusulas de contenido* (de especificación y de nivelación) y *de la de bloqueo*.⁴⁶

Respecto de la autoría del delito de riesgos laborales, el criterio rector determinante debe ser el “organizador” de la actividad (laboral) peligrosa. En este contexto, el organizador puede ser el empresario o en quien éste delegue sus funciones (competencia) o el “organizador de hecho” (por arrogación). Es decir, quien ostente *la competencia originaria del empresario sobre la indemnidad de los bienes jurídicos del trabajador*. Por su parte, el “mero ejecutor” de una actividad asignada por el empresario no tiene el deber de seguridad (a diferencia del delegado de funciones), sino únicamente un encargo concreto, que cuando lo incumple (generando el peligro grave para los trabajadores) sólo podrá ser un *colaborador* del delito de peligro.⁴⁷

El organizador de hecho o “usurpador”, *también debe cumplir el deber de seguridad laboral*, ya que quien usurpa el control del foco de peligro y entra en la posición de *dominus, adquiere sus mismos deberes*.⁴⁸ Por ello, un tipo penal eficiente debe contemplar en la descripción del sujeto activo al empresario, al delegado y al organizador de hecho (por arrogación). En la figura del delegado se entienden incluidos, tanto el de gestión del proceso productivo, como los específicos, esto es, en quienes

⁴⁵ La cláusula de bloqueo —a diferencia de las otras dos— no es una valoración, sino una *constatación* (la infracción a la normativa extrapenal); por el contrario, las cláusulas de contenido sí constituyen elementos valorativos, que cumplen una función de “filtro penal” de las infracciones administrativas.

⁴⁶ Desde esta óptica, considero que no resulta efectiva la fórmula de autoría utilizada en el art. 316 CP español, en tanto remite a los “legalmente obligados”. Esto es, se introduce un *criterio nuevo*, que no responde a esas cláusulas, sino a una pauta externa, “extra tipo” (es decir, la norma administrativo/laboral) y se recurre nuevamente, esta vez para la determinación del sujeto activo, a la técnica de la ley penal en blanco. De este modo, quedan fuera del tenor literal potenciales sujetos activos que si bien ostentan la posición de garante de seguridad, no responden a la fuente seleccionada por el legislador (ley extrapenal). Por eso, el diseño del art. 316, no respeta la simetría que debe existir entre el riesgo penalmente relevante definido en el tipo y quienes pueden generarlo con su conducta.

⁴⁷ Respecto de la distinción entre “delegación de competencias” y “encargo de tareas”, ver Montaner Fernández, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, Barcelona, 2008, pp. 86 y ss.

⁴⁸ Dopico Gómez-Aller, J., *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Valencia, 2006, pp. 788/89.

el empresario delegue funciones concretas de seguridad (por ejemplo, técnicos de prevención). Con esa descripción se responde a un criterio *material* de autoría.

III.3. Especificación de la conducta

Las cláusulas típicas de bloqueo y de nivelación penal del peligro conforman los *parámetros elementales* de un “delito de peligro básico” en el ámbito que nos ocupa, en tanto con ellas se prohíbe “la infracción de las normas de seguridad extrapenal, cuando *además* genere un peligro grave (penalmente relevante)”. Sin embargo, la cláusula de especificación cumple también un rol relevante: distribuir de un modo proporcionado la determinación de la gravedad penalmente relevante del peligro, en la tarea del legislador y en la del juez. En efecto, en el que hemos definido como “tipo de peligro básico”, la determinación de las conductas típicas, que partiendo de la infracción administrativa generan el peligro grave —penalmente relevante—, *recae exclusivamente en la cláusula de nivelación del peligro, que configura un mandato al juzgador*. Sólo corresponde al juez —y su sana crítica— determinar entre *toda* infracción administrativa posible, aquella susceptible de crear el “peligro grave”. Por el contrario, si el tipo penal prevé *además*, la fórmula de especificación de la conducta, el legislador habrá efectuado con ella, un primer filtro de aquellas infracciones que considera idóneas para generar el peligro grave.

Para lograr “especificar” la conducta en el delito de riesgos laborales, no es recomendable recurrir a una expresión como “no facilitar los medios necesarios”.⁴⁹ En efecto, el criterio de “gravedad” en esa primera selección de las conductas, a cargo de la cláusula de especificación, no pasa por la selección de un “particular medio comisivo”, ya que en principio, difícilmente se pueda abstraer una *modalidad* de infracción a la norma extrapenal, que se adapte a *todos* los ilícitos administrativos susceptibles de generar el peligro más grave, dada la especial complejidad del ámbito de los riesgos laborales. Sin embargo, tampoco es conveniente una fórmula general como “incumplir las medidas de seguridad” (en ese caso estaríamos ante un caso idéntico al “delito de peligro básico”, ya que no hay “especificación de la conducta”).

Por eso, creo que cuando pueda identificarse una infracción determinada que sea idónea para generar el “peligro grave”, debe describírsela directamente en el

⁴⁹ Esa es la expresión típica utilizada por el legislador en el art. 316 (“no faciliten los medios necesarios”). No ha sido feliz esa redacción, no sólo por la imprecisión (vaguedad y ambigüedad) de los vocablos que componen la fórmula (“medios” y “facilitar”), sino también por el *contenido* de la cláusula. En esta exégesis, no creo que la expresión “no facilitar los medios necesarios” permita seleccionar las infracciones más idóneas para generar el peligro grave. En la práctica, existen otros ilícitos administrativos que pueden resultar igual o más peligrosos y que al no responder a esa modalidad de conducta, sólo son abarcados por el Derecho penal cuando se produce el resultado de lesión o muerte del trabajador.

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

III.4. Nivelación del peligro

En cuanto a la clase de peligro exigida, creo que el verdadero adelanto “eficaz” de la barrera de punición en el ámbito de los riesgos laborales, es el delito de peligro abstracto-concreto. Ello porque, desde el punto de vista político-criminal no hay una diferencia significativa entre prohibir el peligro concreto y prohibir el resultado lesivo imprudente: el peligro sólo desaparece cuando el potencial lesivo de un curso causal puede neutralizarse de *manera dirigida*.⁵⁰ Esa posibilidad de neutralizar el riesgo del proceso productivo se logra cumpliendo el estándar de seguridad, pero se pierde una vez que el trabajador comienza la interacción con ese riesgo, sin tener la posibilidad de proteger adecuadamente sus bienes jurídicos expuestos (vida y salud). De ello se sigue que la prohibición en el delito de peligro debe dirigirse a evitar que el trabajador comience a interactuar con el riesgo, sin que el empresario haya cumplido con el estándar de seguridad exigido y antes de que aquel ingrese a la esfera de influencia del peligro (peligro concreto).⁵¹

Sólo ese estadio de evolución del riesgo le es exclusivamente imputable al empresario, por ser consecuencia directa de brindar “condiciones inseguras” de trabajo y que son su competencia exclusiva (y de quienes actúen en su lugar), en tanto organizador exclusivo del proceso productivo.

Hacer depender la aplicación del tipo penal de la producción de un resultado de peligro (peligro concreto), implica abarcar un estadio de evolución del riesgo en el que entran a jugar factores que son relevantes en la configuración del resultado de peligro concreto, *pero que no dependen exclusivamente del comportamiento ilícito del empresario* (infracción del estándar de seguridad), por ejemplo, la imprudencia del

⁵⁰ Kiss, A., “Delito de lesión y de peligro concreto”, *InDret n°*, 2015, pp. 16 y ss.

⁵¹ El peligro concreto “implica un pronóstico de *suma probabilidad de lesión* en el caso de que el sujeto activo, la víctima y terceros permanezcan inactivos” (Lascuráin Sánchez, *La protección penal...* p.383). Para Marcelo Sancinetti, los delitos de peligro concreto requieren para su consumación, que el hecho genere, con cierta probabilidad, la posibilidad de lesión del objeto de bien jurídico, es decir, hace falta que sea posible, en virtud de las circunstancias actuales concretas, la producción del daño (*Teoría del delito y disvalor de acción*, Bs. As., 1991, p. 217).

trabajador al interactuar con el riesgo. Además, exigir el peligro concreto pone en tela de juicio la capacidad de motivación del delito de peligro, ya que no siempre un incumplimiento del estándar de seguridad *con aptitud lesiva grave* (que es lo realmente relevante) se traduce en un resultado de peligro concreto.

Con esta lógica, la consumación del delito de peligro debe producirse *en el momento en que el trabajador comienza a interactuar con el riesgo sin tener la posibilidad de autoprotegerse*. Allí se configura el “peligro grave” (peligrosidad idónea) y no cuando se produce el ingreso del bien jurídico (vida/salud) en la órbita del peligro (resultado de peligro concreto/peligro inminente).

Otra razón importante para fundamentar la técnica del peligro abstracto-concreto es que de ese modo queda abarcada en el riesgo típico, la conducta infractora susceptible de generar enfermedades laborales a largo plazo y que, en rigor, no podría quedar incluida si se exige el peligro concreto (sólo abarcadora del riesgo propio de los accidentes de trabajo y las llamadas “enfermedades accidente” o instantáneas).⁵²

En efecto, el delito de peligro concreto se reserva para casos de *riesgo extremo*, ya que exige la constatación de un *momento* en el devenir de los acontecimientos, en el que la lesión material parece prácticamente irreversible. Ese “momento” al que apunta a identificar la técnica de peligro concreto, no es otra cosa que el *preludio de la realización instantánea* del correspondiente delito de lesión. Por eso, esta técnica legislativa no es apta para prevenir las enfermedades laborales, teniendo en cuenta que éstas son el resultado de la ejecución *progresiva* del delito de lesiones. En ese contexto, la *idoneidad* del peligro para causar una lesión y/o muerte instantánea y para producir, a largo plazo, una enfermedad laboral responde a parámetros diferentes, que deben ser receptados (de modo diferenciado) por un tipo penal que pretenda ser efectivo en la prevención de *ambos efectos lesivos*. Desde esta óptica, en el segundo caso (a diferencia del primero), la descripción típica debe referir a una acción peligrosa cuya aptitud para producir la lesión *provenga de su reiteración*.

IV. ANÁLISIS DEL ART. 21, INCISO II DE LA LEY DE TRATA MEXICANA: ¿DELITO DE RIESGOS LABORALES?

Aunque de una *manera indirecta*, el tipo penal del art. 21 sanciona el incumplimiento de las normas de prevención en el trabajo, no puede decirse que constituya un verdadero “delito de riesgos laborales” según las pautas definitorias, expresadas en los puntos anteriores.

⁵² Así por ejemplo, la exégesis del art. 316 como delito de peligro concreto excluye del tipo la prevención de las enfermedades laborales a largo plazo, lo que resulta inconsistente con la introducción en el precepto de la referencia expresa a la “salud” (de los trabajadores), término que no integraba la fórmula de su antecedente, el art. 348 bis a), que sólo mencionaba la vida y la integridad física.

En primer lugar, la conducta típica no consiste simplemente en “infringir las medidas legales de seguridad laboral poniendo en peligro grave a los trabajadores”, como los delitos de riesgos laborales previstos en otros ordenamientos jurídicos ya mencionados, sino que requiere “obtener, directa o indirectamente, beneficio injustificable, económico o de otra índole, de manera ilícita, mediante el trabajo ajeno (de una o más personas), sometiendo a la persona a prácticas que atenten contra su dignidad, tales como...condiciones peligrosas o insalubres, sin las protecciones necesarias de acuerdo a la legislación laboral o las normas existentes para el desarrollo de una actividad o industria”.

De acuerdo con esta redacción, para la configuración del delito será necesario entonces que mediante el trabajo ajeno en condiciones ilegalmente peligrosas o insalubres, el sujeto activo *obtenga* directa o indirectamente un beneficio económico o de otra índole (no basta su intención en ese sentido, debe lograrlo).

De este modo, puede verse que el legislador mexicano no ha querido sancionar al empleador que ponga en peligro la vida y salud de sus trabajadores, sino a *quien* —no necesariamente el empresario— “saque partido” de esa situación, obteniendo un beneficio de cualquier clase, que sin duda es un requisito que habrá que acreditar en el proceso penal para imputar este delito.

Cabe aclarar que ese “beneficio económico o de otra índole”, puede ser perfectamente el ahorro de lo que cuesta cumplir con las medidas legales de seguridad, que sin duda tienen un costo económico y muchas veces, elevado.⁵³

Creo que poner el acento en la conducta exigida de “aprovecharse” de las condiciones perjudiciales a las que se somete al “explotado”, explican el agregado de que la práctica debe “atentar contra la dignidad” del sujeto pasivo (y no contra la vida y salud como en el delito de riesgos laborales).

Ahora bien, ¿qué interpretación cabe darle a esa fórmula referente a la *dignidad*? ¿Se trata de una mera referencia al bien jurídico que según el legislador se protege en la norma? O es un requisito *extra* que deberá evaluar el juzgador? En este sentido, ¿existe la posibilidad de que se realice la conducta descrita sin atentar contra la dignidad del trabajador? La misma pregunta cabe hacerse respecto de la expresión “de manera ilícita”: ¿es una exigencia necesaria o sobreabundante? ¿no basta acaso con el resto de los elementos requeridos por el tipo para concluir que el aprovechamiento es “ilícito”? La “ilicitud” requerida, ¿hace referencia a las características de la relación laboral? Es decir, ¿debe ser esta *necesariamente* informal o en negro?

Estos interrogantes no han sido aun tratados ni respondidos por la jurisprudencia mexicana.

⁵³ En mi opinión personal, el factor económico es uno de los que coadyuva al incumplimiento generalizado de las medidas de protección laborales (ver Gallo, *Riesgos Penales Laborales*, pp. 16 y ss., respecto de la situación en Argentina).

Otra cuestión destacable es la relativa al concurso: no me parece acertada la fórmula concursal que equipara situaciones que contienen diferente cantidad de injusto: no es lo mismo explotar a un solo trabajador que a muchos, pero a los fines de la aplicación del art. 21, es indiferente. Claro que esa situación puede resolverse en el marco de la determinación de la pena teniendo en cuenta la amplitud de la escala penal. En este sentido, sí es un acierto que el legislador mexicano haya recurrido además de la pena de multa, a la de prisión (3 a 10 años). En efecto, teniendo en cuenta que normalmente el autor del delito será el empresario/empleador, la pena de multa carece de la fuerza estigmatizadora —que sí tiene la pena de prisión para un sujeto con cierto *status* social— y se puede internalizar como costos, en el balance de gastos de la empresa.⁵⁴

Llama también la atención cierta indeterminación del sujeto activo mediante la fórmula “*el que* (explote)”. Dicha descripción del autor es propia de un delito común y no de un delito especial como este. Como se ha desarrollado antes, se trata de un delito laboral y en ese marco, quien lo comete será el empresario o empleador, aun cuando en este último caso se interprete el término de modo *material* y no formal, para abarcar los casos de trabajo en negro o no registrado; pero no puede perderse de vista que lo que subyace al ilícito es la *asimetría propia de la relación laboral* (que no se refleja en el tipo). Teniendo en cuenta la posición de garante que ostenta el “dador de trabajo”, el sujeto activo debe ser el *organizador* de la actividad laboral —y no el explotador—.

Tampoco se define convenientemente al sujeto pasivo: el tenor literal alude a la “*persona explotada*”. Sin embargo, la víctima en el artículo 21 analizado, debe ser considerada un *trabajador en relación de dependencia* (más allá de las características que rodean la relación laboral que lo une al sujeto activo: informal o formal), ya que este es un presupuesto básico para que pueda ser “explotado” (según el sentido de “delito laboral” que aquí se le ha dado a la explotación laboral *stricto sensu*).

No se debe pasarse por alto que esta modalidad de explotación (“someter a condiciones ilegalmente peligrosas e insalubres”) implica una violación al deber de seguridad que le corresponde a todo empleador, como garante —frente a su dependiente— del foco de peligro que constituye la actividad laboral de que se trate.⁵⁵

En cuanto a las fórmulas aquí sugeridas como necesarias para un delito que prevenga eficazmente la inseguridad laboral, debe decirse que el diseño de la estructura típica del artículo 21, no las respeta adecuadamente. La parte pertinente del tipo penal en este sentido, es la que exige (como una de las modalidades de explotación laboral) someter al sujeto pasivo a “condiciones ilegalmente peligrosas o insalubres”.

⁵⁴ Hortal Ibarra, J., “Legitimación y eficacia de la intervención penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales”, en Mir Puig/Corcoy Bidasolo (dir), *La política criminal en Europa*, Barcelona, 2004, p. 249.

⁵⁵ Ver Gallo, *Riesgos Penales Laborales*, pp. 340 y ss.

En cuanto a la “cláusula de bloqueo”, el precepto remite a la “*legislación laboral y a las normas existentes para el desarrollo de una actividad o industria*” (ley penal en blanco). Nótese que se trata de una remisión *in totum*, ya que el precepto no delimita realmente la conducta prohibida, sino que remite *ilimitadamente* al acervo preventcionista. En otras palabras, carece de “cláusula de especificación”, por lo que el tipo penal no tiene la debida independencia respecto de la normativa administrativo-laboral de remisión. Por otra parte, lo único que hay detrás de esa expresión, es la exigencia de “insalubridad” o “peligrosidad”, ni siquiera “peligrosidad grave”, por lo que tampoco cuenta con una “cláusula de nivelación del peligro”.

Con esa formulación tan amplia, no se define ni se aportan criterios para poder delimitar adecuadamente el comportamiento prohibido, sin que el *núcleo de la conducta prohibida* esté descrito en la norma, para limitar adecuadamente el uso de la técnica legislativa de “ley penal en blanco”. De este modo, la decisión de qué comportamiento infractor de la norma de prevención laboral puede convertirse en delito (cuando además se cumplan los requisitos referidos al aprovechamiento/obtención de beneficio), recae exclusivamente en cabeza del juez, ya que en rigor, los elementos “definitorios” del ilícito penal son: las condiciones peligrosas e insalubres de trabajo y la infracción de normas administrativo/laborales, generando como consecuencia, un *excesivo ámbito de decisión judicial*. Desde esta lógica, podría plantearse una afectación al principio de legalidad en su faceta “*lex certa*”.

Creo que estas falencias se explican porque el legislador ha hecho hincapié en la explotación —obtener beneficios y aprovecharse de quien trabaja en condiciones ilegalmente perjudiciales— y no en la puesta en peligro de la vida y salud de los “explotados” como un accionar prohibido *per se*, por eso no se trata, es un verdadero delito de riesgos laborales.

La expresión “condiciones peligrosas” remite a la idea de una peligrosidad abstracta o estadística (y no a la *peligrosidad grave/idónea* como se recomienda en los puntos anteriores), que puede ser aquella que se ha tenido en cuenta al configurar la norma de seguridad extra penal. Esta redacción típica, ignora la necesidad de nivelar la contravención administrativa a una situación de peligro “grave”, *compatible con el desvalor penal*, dificulta la delimitación del delito respecto de los ilícitos administrativos y le resta legitimación a la intervención penal en este ámbito jurídico-laboral.⁵⁶ Es en la exigencia *típica* de un “plus” de antijuridicidad respecto del requerido por la infracción administrativa, donde se ponen de manifiesto correctamente los principios políticos criminales de intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad que caracterizan al Derecho penal.

Sin embargo, no puede soslayarse que con la expresión “sometiendo a la persona a prácticas que atenten contra su dignidad”, el legislador mexicano ha introducido

⁵⁶ Lascurain Sánchez, *La protección penal...*, pp. 111 y 311.

una “cláusula de gravedad” de la conducta abarcada por el tipo, aludiendo a la necesidad de que el comportamiento típico *afecte realmente* al bien jurídico tutelado por el precepto (creo que esa es la exégesis que cabe darle a esa fórmula). Ello, aunque cabe señalar, una vez más, que esta cláusula de gravedad alude a un bien jurídico (dignidad) que no es el que se protege en el delito de riesgos laborales: vida y salud de los trabajadores.

V. CONCLUSIONES

Según se ha desarrollado antes, el delito de explotación laboral *stricto sensu* (art.21 analizado), a diferencia de las formas contemporáneas de esclavitud (esclavitud, servidumbre y trabajo forzado) constituye un *delito laboral*, porque parte de la desigualdad propia de la relación de trabajo *existente* —y no de una relación de *sometimiento total* como en las formas graves de esclavitud— y configura un abuso del sujeto “poderoso” (empleador) respecto de la “parte débil” de ese vínculo (trabajadores en relación de dependencia). Desde esta óptica y tratándose de un delito especial (laboral), creo que no debe estar inmerso en el marco de la ley de trata de personas, como lo ha hecho el legislador mexicano, ya que dicha norma apunta a sancionar penalmente otro universo de casos y otra realidad, fuera del ámbito de las relaciones laborales (conductas que afectan al bien jurídico “libertad”).

En efecto, las formas contemporáneas de esclavitud son situaciones de explotación *extrema* del ser humano, donde se niega su propia condición de persona y su libertad personal más básica, mientras que los *delitos laborales* se refieren sólo a los *trabajadores* y no a todas las personas, en la medida que tiene que haber una relación laboral de la que se abusa para obtener un provecho explotando su fuerza de trabajo y vulnerando con ello los derechos legalmente reconocidos a los trabajadores.⁵⁷

La situación de *desigualdad estructural* de la relación laboral, en la que una parte —trabajador— depende de la otra —empleador—, es una nota clave para configurar a los trabajadores en relación de dependencia, como un *colectivo vulnerable* que requiere una protección eficaz de sus derechos fundamentales, que pueden verse afectados en el marco de esa relación “asimétrica”, y debe ser reforzada mediante la intervención del Derecho penal, a fin de nivelar, de proteger al más débil frente al más fuerte, frente a abusos graves.⁵⁸

⁵⁷ Pérez Alonso, E., “Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud”, en (Pérez Alonso, dir) *AAVV El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Valencia 2017, pp. 355.

⁵⁸ La tendencia a dar especial protección a la parte más débil de la relación laboral —trabajador— (principio protectorio), se complementa con el “principio de irrenunciabilidad” que plantea la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de las ventajas que el Derecho laboral le concede a los trabajadores: no pueden renunciar a éstos. Sin este principio, el principio protector sería inoperante

El interés que pretende defenderse con el delito de explotación laboral (art. 21) no es la libertad, sino el “derecho a la prestación del trabajo en las condiciones reconocidas por la legislación vigente”, como manifestación de la *dignidad* del trabajador. La dignidad personal constituye un valor espiritual y moral inherente al individuo, y cuyo respeto debe gozar del mayor nivel de protección, como derecho fundamental.

Sin embargo, y más allá de la importancia que cabe darle a la dignidad del trabajador como valor a proteger penalmente, no puede soslayarse que los bienes jurídicos más importantes que resultan expuestos en el marco de las actividades laborales, son la vida y salud de los trabajadores. Se trata de intereses primarios, cuya amenaza justifica y —legítima— el adelanto de la barrera de protección penal mediante un *delito autónomo* que castigue la puesta en peligro de esos bienes como consecuencia de la infracción de las medidas legales de seguridad laboral por parte del empleador, en tanto garante del foco de peligro (proceso productivo) en el que se inserta el trabajador como contraprestación del contrato de trabajo.

Ahora bien, la defensa de tales intereses esenciales como lo son la vida y salud de los trabajadores en relación de dependencia no puede supeditarse a la exigencia de la configuración de una condición primaria para la consumación de delito (la obtención de un beneficio aprovechándose de quienes trabajan en condiciones ilegalmente peligrosas e insalubres), como ocurre con el tenor literal del artículo 21.

Dicho esto, aun cuando el citado precepto abarque como modalidad de explotación laboral, la imposición de tales condiciones perjudiciales de trabajo, no puede considerarse un *verdadero delito de riesgos laborales*, no solo por la ausencia de fórmulas dogmáticas adecuadas para una protección eficaz de la vida y salud de los trabajadores, sino porque conforme a la redacción típica, ese objetivo ha sido puesto en *segundo plano* conforme a la estructura del precepto analizado (art. 21). La explotación laboral y la prevención de riesgos laborales son dos problemáticas diferentes que deben contemplarse en tipos penales diferentes que protejan bienes jurídicos diferentes (dignidad por un lado y vida y salud, por el otro), aunque tangencialmente estas cuestiones puedan superponerse parcialmente (como puede constatarse en la redacción del art. 21 analizado).

Más allá de estas críticas, es necesario destacar que sí constituye un acierto legislativo el hecho de que se haya tipificado penalmente la conducta de explotación

y tiene su fundamento en la *indisponibilidad*: el trabajador no puede disponer de sus derechos laborales frente al empleador. Esta cuestión se relaciona con la (i) relevancia del consentimiento del trabajador a las condiciones perjudiciales ilícitas de trabajo. En las relaciones laborales, el papel tutelar que cumple el Derecho impide concebir la sujeción a condiciones infra-legales del trabajador como un desistimiento de éste a sus derechos (indisponibles), por cuanto el trabajador no puede valerse de otras herramientas y técnicas que aquellas que les impone el patrón, quien detenta las facultades de organización y dirección de la producción.

laboral *stricto sensu* (aun con las falencias del artículo 21 de la ley de trata mexicana, señaladas en los puntos anteriores).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Aboso, G., *Trata de personas*, Buenos Aires, 2013.
- Aguado López, S., *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, Valencia, 2002.
- Arese, C., El anteproyecto de Código Penal: hacia un derecho criminal protectorio de los Derechos Humanos Laborales, DT 2015, n° 3, (enero) (cita online: AR/DOC/3275/2014).
- Beck, U., *La sociedad de riesgo global* (Albores Rey, trad.), Madrid, 2002.
- Corcoy Bidasolo/Cardenal Montraveta/Hortal Ibarra, Protección penal de los accidentes laborales [A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 2.º) 2 de septiembre de 2003], *Revista Poder Judicial*, N° 71, 2003.
- De la Mata Barranco, N., *Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa*, Barcelona, 1996.
- Dopico Gómez-Aller, J., *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Valencia, 2006.
- Escajedo San Epifanio, L., Art. 317 del CP: un delito imprudente relativo a la vida, integridad física o salud de las personas, *Actualidad Penal*, n° 38, 2000.
- Faraldo Cabana, C., *El delito contra la seguridad e higiene en el trabajo*, Valencia, 2013.
- Gallardo García, R., *Protección Jurídica de la vida y salud de los trabajadores*, Granada, 2016.
- Gallo, P., “La prevención penal de riesgos laborales en Chile: la necesidad de un delito de peligro”, *Revista Política Criminal* (Centro de Estudios de Derecho penal, Universidad de Talca), n° 27, 2019.
- Gallo, P., *Riesgos Penales Laborales*, Buenos Aires, 2018.
- García Cavero, P., *Derecho Penal Económico-Parte Especial*, Lima, 2016, volumen 3.
- Hernández Basualto, H., Delitos contra los trabajadores en el derecho penal chileno, en *Derecho Penal Laboral*, Buenos Aires, 2011.
- Hortal Ibarra, J., “Legitimación y eficacia de la intervención penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales”, en Mir Puig/Corcoy Bidasolo (dir), *La política criminal en Europa*, Barcelona, 2004.

- Kiss, A., "Delito de lesión y de peligro concreto", *InDret* n°, 2015.
- Lascaraín Sánchez, J., *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1994.
- Lescano Cameriere/Tula, "Derecho penal del trabajo: lineamientos básicos para su comprensión", *Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del departamento judicial de San Isidro*, n° 19, San Isidro, 2006.
- López Palomero, E., *Derecho penal del trabajo*, Buenos Aires, 2011.
- Menéndez, A., "El delito ambiental básico a la luz de la reciente jurisprudencia", en *Estudios penales en homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, Madrid, 2005.
- Montaner Fernández, R., *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, Barcelona, 2008.
- Peña Cabrera Freyre, A., "La política criminal en la sociedad de riesgo", en *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal, libro Homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez*, Lima, 2007.
- Pérez Alonso, E., "Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud", en (Pérez Alonso, dir) *AAVV El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Valencia 2017.
- Pomares Cintas, E., "El delito de trata de seres humanos con fines de explotación laboral", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-15 (2011).
- Purcalla Bonilla, M., "Delitos específicos contra la seguridad y la salud de los trabajadores: la conducta típica en los arts. 316 y 317 del código penal", *Aranzadi Social*, N° 5.
- Sancinetti, M., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991.
- Tazza, A., *La trata de personas*, Buenos Aires, 2014.
- Villada, J., *Delito de trata de personas y otros delitos conexos*, Córdoba, 2014.