

**BREVES REFLEXIONES SOBRE EL ART. 1º DE LA RECIENTE LEY N°
19.196 DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL EMPLEADOR.**

Por el Dr. Gustavo BORDES LEONE.¹

Artículo 1º.- 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, la salud o la integridad física del trabajador, serán castigados con tres a veinticuatro meses de prisión.

1) Consideraciones generales.

Una vez más la doctrina penal y los principios que deben regir el derecho penal volvieron a chocar frontalmente contra la legislación. No es la primera y seguramente, no será la última vez que esto suceda. Desde siempre, en las aulas de nuestra Facultad de Derecho se enseña a los alumnos qué principios deben regir en el derecho penal y cuáles son los límites al *jus puniendi*, pero luego en la práctica vemos, también desde hace mucho tiempo, que lo político prima sobre lo jurídico.

Si bien todos estamos de acuerdo en que la seguridad laboral y los accidentes laborales (al igual que otros problemas que afronta la sociedad) son de tal entidad y gravedad que requieren la atención de las autoridades y la urgente implementación de medidas en distintos niveles, la duda se puede plantear una vez más, si es el derecho penal quien tiene que acudir a solucionar este grave y triste problema.

En este breve análisis de la cuestionada ley, analizaremos en especial, dos de los puntos que parecen más conflictivos: la constitucionalidad de la ley y el sujeto activo.

2) Sobre la constitucionalidad de la ley.

¹ Profesor Adjunto de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la UDELAR y Profesor Titular de Derecho Penal en la Facultad de Derecho del CLAEH.

Fue este uno de los planteos que la doctrina, consultada por la Comisión de Constitución y Códigos del Parlamento, advirtió en las sucesivas comparecencias.

Como surge de la lectura de la ley, la misma promueve un nuevo tipo penal omisivo, sobre la base de un delito de peligro concreto en una ley penal en blanco.

En efecto, la ley dispone que cometerá delito quienes no adoptaren los medios de resguardo y seguridad laboral *previstos en la ley y su reglamentación*. La materia de la prohibición no se encuentra en la ley que se comenta, sino en los decretos o reglamentos vigentes o en los que se dispongan en el futuro.

2.1. (Bien jurídico protegido).

Si bien del informe parlamentario en minoría de la ley parecería surgir que los bienes jurídicos que se pretenden proteger son la vida, la integridad física y la salud de los trabajadores, otros autores mantienen posiciones distintas.

Así Eduardo GOLDSTEIN entiende que la finalidad de la norma es tutelar el bien jurídico seguridad en el trabajo², mientras que Mario SPANGENBERG afirma por su parte que es dable concluir que lo tutelado es la seguridad de la vida, salud o integridad física del trabajador en las empresas.³

ALLER sostiene que los bienes jurídicos ponderados en el art. 1 de esta ley no son solamente la vida, integridad física y salud del trabajador, porque es un delito de infracción de deber institucional que contraría la autoridad del Estado cuando se incumplen disposiciones reglamentarias atinentes a la seguridad del trabajador. Ello pone en franca evidencia que el tipo penal pretende, asimismo, proteger la vigencia de la norma jurídica a través de las diversas expresiones legales y reglamentarias en la materia en cuestión.⁴

2 GOLDSTEIN, Eduardo, en Tribuna del Abogado, N° 187, marzo abril 2014, pág. 23.

3 SPANGENBERG, Mario, Responsabilidad penal del empleador y seguridad laboral, AMF, UCUDAL, 2014, pág. 31.

4 ALLER, German, en ESTUDIO ACERCA DE LA LEY N.º 19.196: "RESPONSABILIDAD PENAL DEL EMPLEADOR", publicado en Tomo XXVII, Año 6 en la Revista CADE de Doctrina & Jurisprudencia correspondiente al mes de junio de 2014 (páginas 73 a 86).

Pero esto es prácticamente de inútil análisis, porque nuestro legislador normalmente parte de la visión equivocada y opuesta a la que tendría que verificar al legislar. En efecto, el legislador debería primero identificar específicamente el bien jurídico que pretende tutelar, luego traducirlo en una norma y finalmente expresar la prohibición en una ley o tipo penal. Sin perjuicio de ello, lo que normalmente ocurre es que el legislador dicta un tipo penal y luego lo fundamenta sin que importe demasiado cuál es el bien jurídico que pretende tutelar, si es que efectivamente existe un bien jurídico.⁵

2.2.) De las leyes penales en blanco.

La ley Penal en Blanco (*Blankettstrafgesetze*) fue así llamada por Karl BINDING quien sostenía que son aquellas en las cuales queda determinada la sanción punitiva, y la norma prohibitiva debe ser regulada por un reglamento. Ello tiene una relación histórica, pues data de la época en que Carlos V dominaba Alemania. Este monarca había promulgado una legislación penal única por medio de la cual, le confería la facultad de legislar a las autoridades locales en una especie de delegación legislativa.

La ley penal en blanco es aquella cuyo precepto es indeterminado en cuanto a su contenido y es fijada con precisión sólo la sanción. El precepto debe ser llenado por otra disposición legal o por decretos o reglamentos. Estos decretos o reglamentos son en definitiva, los que fijan el alcance de la ilicitud.⁶

En otras palabras, el legislador dicta una ley penal, pero no refiere a la prohibición, sino que hace referencia a que será castigado con tal pena, lo que una ley o un decreto o reglamento dictará en un futuro.

Existen dos formas de ley penal en blanco, que algunos llaman propias e impropias o directas e indirectas. Es que la ley penal en blanco podría ser llenada por otra ley (en sentido formal y material) desapareciendo de esta forma dicha característica. La ley penal en blanco no sería aplicable hasta que se dictara la nueva ley a la que remitía la primera, y se traduciría casi en un problema de técnica (no recomendada) legislativa.

⁵ Ver por ejemplo la ley N° 18.103 de marzo de 2007 de reventa de entradas para espectáculos públicos.

⁶ SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, TEA, 1956, Tomo I, pág. 133.

Pero la mayoría de las veces, la ley penal en blanco se remite a decreto o reglamentos para que llenen el “blanco” que la ley dejó expresamente.

Esto implica que el legislador, en una especie de delegación punitiva, determina que será delito, no lo que el propio parlamento dicta en la ley, sino lo que entienda pertinente otra autoridad del Estado (distinta a la legislativa, que es la constitucionalmente obligada y autorizada a ello) que es quien en definitiva terminará determinando la materia delictiva.

En las últimas décadas, con el pretexto de que vivimos en una sociedad de riesgo, se multiplican en el mundo los tipos de peligro que adelantan el momento consumativo a etapas previas a la lesión.⁷ Igual situación vivimos con las llamadas leyes penales en blanco. Así se dice que son necesarias para la efectiva protección de bienes jurídicos y lucha contra el delito, puesto que la ley es más lenta, tanto en su creación como en su modificación.

2.2.) Las leyes penales en blanco y el principio de legalidad.

Si bien se discute el origen de este importante principio⁸, lo que es unánime es su contenido, derivaciones e importancia.

El principio de legalidad es más importante del derecho penal democrático y republicano, principal límite al *jus puniendi* del Estado. Es a su vez, el principio que tiene una fundamentación de derecho más completa, pues se halla consagrado en la Constitución de la República, arts. 7 y 10, art. 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas, art. 15.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y arts. 1, 3 y 85 del Código Penal.

Y es en la conocida frase latina *nullum crimen nulla poena sine legge* que se resume en forma brillante dicho principio. Solo la ley, y nada más que la ley, puede determinar los delitos y las penas.

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte General, Ediar, 2005, pág. 371.

⁸ Hay quienes refieren su origen en la Carta Magna del Rey Juan, otros (entre los que me incluyo) a Césare BECCARIA en su libro De los Delitos y de las Penas (entre los que me incluyo) y otros a Anselm Ritter von FEUERBACH.

Por tanto, si el delito es en definitiva determinado no por una ley sino por un decreto o un reglamento, guste o no, se estará violando flagrantemente el principio de legalidad y por tanto, la ley será inconstitucional.

No es válido decir, que la ley a su vez podría “delegar” la función de legislar en otro órgano del Estado.

Véase lo que ocurriría si el legislador dictara una ley que afirmara que “se castigará con tal pena los que violaren las disposiciones que dictará la autoridad municipal”. Podría ser entonces que existieran 19 normas distintas. O incluso, en un departamento (que dictó la norma correspondiente) ser delito, y en otro u otros, no.

Si se entendiera válida la ley penal en blanco que se completa con un decreto o reglamento, traería como consecuencia entonces, que la entrada en vigencia de dicha ley, dependería no del parlamento, sino del Ministerio que tenga a su cargo dictar el reglamento.

Tampoco es válido sostener que el problema de inconstitucionalidad desaparece si el decreto o reglamento, en vez de tener que dictarse, ya existiera al momento de aprobarse la ley llamada en blanco. Porque podría implicar, que un Ministerio, derogando el decreto que llena el contenido de la ley penal en blanco, terminaría derogando el delito, violando también el principio de refragabilidad de la ley penal. De igual forma, un Ministerio puede modificar el decreto o reglamento, y así modificar a su gusto el contenido del delito.

Es por estos motivos, que las leyes penales en blanco son consideradas por la casi unanimidad de nuestra doctrina, inconstitucionales.

Así CAIROLI, al preguntarse si puede aceptarse sin graves objeciones que el precepto genérico de la ley en blanco pueda ser integrado con disposiciones de menor jerarquía que la misma ley a lo que responde con un “definitivamente no”. Las leyes penales en blanco sólo pueden integrarse por normas jurídicas creadas y contenidas en una ley en sentido estricto y no por disposiciones que estén jerárquicamente por debajo de la misma.⁹

⁹ CAIROLI, Milton, El derecho penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales, Tomo I, La ley-El delito, FCU, 2000, págs. 74-75.

PESCE afirmaba que la problemática de las leyes penales en blanco la generan las llamadas “propias”, pues en estos casos la disposición puede completarse con un reglamento proveniente del Poder Ejecutivo, lo que a su juicio implicaría una flagrante vulneración del principio de legalidad y esa ley sería claramente inconstitucional.¹⁰

LANGON por su parte, si bien no se manifiesta en forma clara a favor de la inconstitucionalidad de las leyes penales en blanco, afirma que siendo que sólo la ley puede privar o limitar los derechos fundamentales de sus habitantes, estas leyes abren un flanco muy importante a su posible inconstitucionalidad. Pero prefiere, en vez de declarar de principio inconstitucional a este tipo de leyes, fijar condiciones mínimas e indispensables para su admisibilidad.¹¹

Por su parte, SPANGENBERG en su reciente obra se inclina por la constitucionalidad de esta norma. No tengo el honor de compartir ninguno de los argumentos que esgrime el colega para fundamentar su posición.

Las leyes penales en blanco o leyes imperfectas, son por definición inconstitucionales. De nada nos sirve decir que las intenciones del legislador sea muy loables o atendibles. La Constitución no autoriza a ser violada si lo es por una causa que el violador la considere justa o entendible. ¿Podría decirse que una ley que se aprobó por una sola Cámara es válida, porque no había tiempo para pasarla a la otra, y se necesitaba aprobar de urgencia esa ley?

El argumentar de que existen otros tipos en el Código Penal que son auténticas leyes penales en blanco, tampoco parece de recibo. En ese sentido, la Suprema Corte de Justicia no debería declarar una ley inconstitucional porque existen otras tantas que lo son y nadie las impugnó.

Que otros países también acudan a estas leyes imperfectas para legislar en esta materia tampoco parece ser un argumento atendible. No creo que merezca atención lo que se haga en la legislación comparada para afirmar o negar la constitucionalidad de esta norma. Además de que las constituciones

10 PESCE LAVAGGI, Eduardo, Lecciones de Derecho Penal, Tomo I, Parte General, Ed. Carlos Alvarez, 2003, pág. 171.

11 LANGON CUÑARRO, Miguel, Curso de Derecho Penal y Procesal Penal, Ed. Del Foro, 2003, págs. 95 a 97.

son distintas, tampoco parece un argumento sólido que en otros países se viole la constitución, y eso habilitaría a que nuestro país pudiera hacer lo mismo.¹²

Por último, tampoco comprendemos cómo afirmar que los contornos del artículo 1º de la comentada ley están suficientemente delimitados, si el tipo penal refiere a no adoptar (omitir) los medios de resguardo o de seguridad que estén previstos en la ley o en la reglamentación.¹³ ¿En que ley o en que reglamento? ¿Alcanza con que le entregue al trabajador los implementos? ¿Y si no los usa aunque se le entregaron? ¿Y si los usa mal? ¿Serán tan claros los contornos?

Ya lo decía Hans WELZEL: “*¡El verdadero peligro que amenaza al principio nulla poena sine lege no es de parte de la analogía sino de las leyes penales indeterminadas!*”¹⁴

Y que mejor forma de indeterminar una ley que siquiera saber que es lo prohibido hoy ni si será prohibido mañana dejando en manos de un decreto o un reglamento determinar la materia del delito.

ALLER, en su reciente trabajo ya citado, por argumentos similares y agregando otros, también se pronunció por la inconstitucionalidad de la presente ley.¹⁵

Creo que la única forma de sortear el problema de la inconstitucionalidad, es que una norma de este estilo, se remita exclusivamente a una ley de seguridad laboral y no a un decreto o reglamento, salvo que el mismo, lo incorporara a la ley en su texto, dándole así rango legal.

Tampoco serviría una remisión general sino que el no cumplimiento de lo dispuesto en tales artículos de la ley tal, será castigado con determinada pena.

12 Este problema se planteó también en España. Allí el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades sobre esta técnica legislativa. Si bien admite la colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora, establece límites muy estrictos y detallados para admitirla. Ver MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal Parte General, 2ª Edición, TLB, 1996, pág. 115.

13 SPANGENBERG, Mario, ob. cit., págs. 49 a 56.

14 WELZEL, Hans, Derecho Penal Alemán, EJCH, 1993, pág. 27.

15 ALLER, Germán, en ESTUDIO ACERCA DE LA LEY N.º 19.196: “RESPONSABILIDAD PENAL DEL EMPLEADOR”, publicado en Tomo XXVII, Año 6 en la Revista CADE de Doctrina & Jurisprudencia correspondiente al mes de junio de 2014 (páginas 73 a 86).

3) Del sujeto activo.

Siendo una ley penal en blanco que debe ser completada por un decreto o reglamento, alcanzaría para calificar de inconstitucional la ley.

Pero a medida que se analiza esta norma, se puede advertir rápidamente que la ley justamente no cumple con el principio de legalidad en lo que tiene que ver con la *estrictéz* de la misma.

Esta característica, no es más que una derivación o consecuencia necesaria del principio de legalidad. Es de tal trascendencia el postulado de determinación que está llamado a asegurar la supervivencia de las garantías penales en el proceso mismo, poniéndole un control al uso de expresiones vagas e indeterminadas en la ley penal. Si bien el legislador utilizará disposiciones generales y categorías lingüísticas, no significa que con un punto de partida utilitarista se pretenda dotar al postulado de máxima elasticidad para tornarlo en un axioma caprichoso y acomodable, por ejemplo, a la eficacia de las normas a costa de quebrar este principio.¹⁶

Y cuando analizamos el sujeto activo, nos encontramos también con dificultades a la hora de intentar definir sus contornos.

Lo primero que llama la atención, es que si bien todos estamos de acuerdo en que la seguridad laboral es tarea de muchos, y que los accidentes laborales se producen por distintas causas y en consecuencia, participan diversos actores, la ley emprende sólo contra una de las partes a la que le imputa la responsabilidad en el problema (en este momento no importa que porcentaje del problema) y no contra todos los posibles responsables.

3.1.) La ley podría haber optado por un sujeto activo indeterminado (“el que”) delimitándolo luego, como aquél que tiene a su cargo la implementación de los elementos y medidas de seguridad de un lugar de trabajo.

Sin embargo optó por identificarlo de la siguiente forma:

*- El **empleador**, o en su caso, **quien** ejerciendo efectivamente en su nombre el poder de dirección en la **empresa**.*

Tenemos entonces que el sujeto activo no es indeterminado sino calificado y se identifica doblemente: primero con la figura del empleador, pero

16 VELAZQUEZ VELAZQUEZ, Fernando, Derecho Penal, Parte General, 3ª Edición, Temis, págs. 274-275.

no es cualquier empleador, sino aquél que está ligado con una empresa. Y luego con una segunda persona, que no es justamente el empleador, sino otra que “*ejerce efectivamente en su nombre el poder de dirección en la empresa*”.

3.1.2.) El empleador empresario. La empresa empleadora.

Lo primero que tenemos que dejar claro en esta parte de la exposición es la posición respecto a si cuando la ley se refiere a empleador, lo hace en alusión indistinta a personas físicas y/o jurídicas.

Si bien en la actualidad se sigue discutiendo si es posible atribuirle responsabilidad penal a una persona jurídica en Latino América, el viejo principio *societas delinquere non potest* sigue rigiendo la totalidad de la legislación penal si bien en doctrina se oyen algunas voces discordes, aunque en general el debate se centra en los delitos llamados económicos.

En Europa, la discusión se encuentra en una etapa mucho más avanzada y países como Dinamarca, Francia, Grecia, Holanda, Irlanda y Noruega admiten ya la responsabilidad penal de las personas jurídicas.¹⁷

Sin perjuicio de ello, cabe destacar la oposición a la penalización de las sociedades por parte de Claus ROXIN quien sostiene que la acción es una manifestación de la personalidad, por lo que los actos de las personas jurídicas no pueden ser acciones.

En igual sentido pero por otros argumentos, Günther JACKOBS también niega esa posibilidad puesto que los hechos culpables son hechos propios no pudiendo transferirse la culpabilidad, porque el delinquir no puede ser la realización de un negocio ajeno.¹⁸

Los autores que admiten la responsabilidad penal de la persona jurídica no descartan además la responsabilidad de las personas físicas que actuaron por ella. Entienden que la penalización también de la persona jurídica es preferible desde el punto de vista político criminal, pues es claro que la prevención del delito resulta más eficaz puesto que de esta forma se evita el inconveniente de condicionar la averiguación y sanción de la persona física, lo

17 Así por ejemplo, el art. 121.2 del Código Penal Francés de 1994 legisla la responsabilidad sin exclusión de las personas físicas autoras o cómplices, previéndose penas de multa, disolución, inhabilitación, vigilancia judicial, cierre definitivo o provisional.

18 JACKOBS, Günther, ¿Punibilidad de las Personas Jurídicas?, Ed. Ara, pág. 79.

que muchas veces es muy difícil por la complejidad de la distribución de funciones y competencias en las sociedades.¹⁹

Otros autores, reclaman la responsabilidad penal de las personas jurídicas como una solución que se impone a la cada vez mayor criminalidad empresarial, debiendo estructurarse junto con las personas físicas que hubieran participado, en forma conjunta y solidaria.²⁰

En nuestro país, la ley extrapenal no se ha apartado de la legislación y doctrina mayoritaria en Latinoamérica y así lo cristalizó por ejemplo en el delito de insolvencia societaria fraudulenta, en el que se utiliza la clásica expresión genérica “el que”, excluyendo la posibilidad de trasladar la responsabilidad a la persona jurídica puesto que todo nuestro sistema penal está basado en el principio de la responsabilidad personal.²¹

En esta ley, no existe ninguna razón para apartarse de estos postulados, por lo que entendemos que la misma no innova penalizando personas jurídicas sino que se refiere única y exclusivamente a las personas físicas.

Visto esto, debemos centrar ahora nuestra exposición en el primer sujeto activo, es decir, el empleador.

COUTURE define al empleador como la calidad o atributo del patrono o persona que utiliza los servicios de alguien en la relación jurídica de empleo.²²

Es entonces empleador aquella persona que da empleo, lo dirige y lo remunera. Es un concepto íntimo y esencialmente relacionado con el de empleado, que es el otro sujeto de la relación laboral. El empleador puede ser persona física o jurídica.

Claro que la noción de “empleador” a que refiere el sujeto activo, podría llamar a confusión, porque por ejemplo, en una sociedad anónima, no es “empleador” ni los directivos y menos los accionistas, sino que lo es la propia persona jurídica, o sea la sociedad anónima.

19 JAEN VALLEJO, Manuel, Cuestiones Actuales del Derecho Penal Económico, Ad-Hoc, 2004, págs. 61 y 62.

20 BERRUEZO, Rafael, Responsabilidad Penal en la Estructura de la Empresa, Imputación jurídico-penal sobre la base de roles, Ed. B. De F., 2007, pág. 44.

21 PREZA RESTUCIA, Dardo, Delitos Económicos, Ed. BdeF, 2004, pág. 27.

22 COUTURE, Eduardo, Vocabulario jurídico, BDF, 2013, pág. 302.

Armonizando esto con lo que venimos de decir, podemos concluir que esta primera forma de sujeto activo, “empleador” sólo se refiere a aquellos empleadores unipersonales, y que no revisten una forma jurídica de sociedad. Ello porque en ese caso, el “empleador” será la sociedad, y por tanto, siendo que las personas jurídicas no son pasibles de responder penalmente en nuestro sistema penal, sólo podrán ser sujetos activos los empleadores que no revistan esta característica.

3.1.3.) La persona que ejerce efectivamente en su nombre el poder de dirección en la empresa.

En una primera lectura, parecería ser que la ley se referiría a las personas que tuvieran poder de dirección en la organización empresarial, tales como directores, gerentes, jefes, etc. Esta lectura, además de apresurada, no es la correcta.

La ley incorpora a la legislación extra código, un tipo penal doloso, por lo que tanto el empleador empresario (no persona jurídica), como este otro posible sujeto activo, en el que el primero habría delegado una función, deben actuar de forma intencional, y nunca en base a la imprudencia, que, art. 19 del Código Penal²³ mediante, no podría aplicarse al caso.

Quiere decir que cuando la ley refiere a “poder de dirección de la empresa” no se refiere a cuestiones económicas, financieras, de disciplina laboral, sino estrictamente de cumplimiento de las medidas y reglamentos de seguridad en materia laboral, si bien pueden coexistir varias de estas funciones en el mismo sujeto.

Esta persona o personas entonces, no son sólo las que tienen a su cargo las tareas de seguridad laboral, sino que detentan además el poder de su efectivo cumplimiento, de la seguridad laboral en una empresa.

Parece claro además, que ese poder de dirección, fue delegado en otra persona, que integra la empresa, que seguramente es un empleado de jerarquía de la misma y que tiene entre otras cosas, no sólo ese poder de dirección, sino de cumplimiento de las normas de seguridad además de la

²³ Art 19 del Código Penal. (*Punibilidad de la ultraintención y de la culpa*). El hecho ultraintencional y el culpable sólo son punibles en los casos determinados por la ley.

posibilidad de tomar medidas económicas y disciplinarias al respecto. Por este motivo, me inclino en pensar que no podrían ser sujetos activos de este tipo penal ni los arquitectos ni los técnicos prevencionistas que si bien participan de forma muy importante en la seguridad laboral, no son quienes en definitiva deciden o no la puesta en práctica de la medidas sugeridas

En este caso tenemos que tener presente que esa persona que ejerce el poder de dirección, **lo será en una empresa**, (cuya definición y alcance del término comentamos a continuación) y no en cualquier otro lugar aunque se pueda decir que existen trabajadores y empleadores.

En efecto.

Al hacerse referencia a “empresa”, la ley delimitó específica y claramente el sujeto activo: o es un empleador (siempre que no sea persona jurídica porque no podrá responder como tal), o es sí, la persona física, en la que el empleador delegó las funciones de dirección (en materia de seguridad) de la empresa. Claro que de nada serviría delegar dicha función, si el delegado no la puede cumplir sin limitaciones.

3.1.3.1) El concepto **empresa**.

CAIROLI sostiene que empresa es la organización de los factores de la producción: capital y trabajo, destinado a producir bienes o a prestar servicios.²⁴

SCHURMANN la define como el conjunto de bienes, créditos y de deudas, agrupados por el impulso finalístico del empresario.²⁵

Sin perjuicio de que podemos asistir a otras innumerables definiciones, lo cierto es que el concepto de **empresa** se refiere lógicamente a un conjunto de bienes **organizado** en función de una actividad económica que persigue un **fin de lucro**.

3.1.4.) Esto implica que el tipo penal excluiría a aquellas sociedades que no reparten utilidades ni tienen un fin de lucro, excluyéndose en consecuencia organizaciones como las asociaciones civiles (clubes deportivos, asociaciones de beneficencia, etc.) o las fundaciones.

24 CAIROLI, Milton, Curso de Derecho Penal Uruguayo, Tomo IV, FCU, 1993, pág. 31.

25 SCHURMANN PACHECO, Rodolfo, El Delito de Insolvencia Societaria Fraudulenta, Crestomatía Jurídico-Penal, Ed. Carlos Alvarez, 2002, pág. 229.

3.1.5.) Tampoco son “empresa” y por tanto estarían excluidos de la ley, el ESTADO, o más bien, los Ministerios, Direcciones, Intendencia, Juntas Departamentales, etc., porque si bien esas organizaciones son “empleadores” (en el sentido que dan empleo, lo dirigen y lo remuneran) no revisten la calidad de “empresas” porque no tienen ni persiguen un fin de lucro, ni reparten ganancias entre sus socios o dueños.

3.1.6.) Otro tema que ha sido cuestionado, es si la relación en el hogar entre el empleador y los empleados del servicio doméstico ingresarían en las prescripciones de esta ley.

La primer duda que se plantea, es si el empleador de servicio doméstico, tiene decretos o reglamentos de seguridad específicos que cumplir en esta actividad. Y la respuesta es que no existe ningún decreto o reglamento específico que regule dicha actividad sino generales que abarcan industria, comercio y servicios, pero no esta actividad en especial. Por tanto el empleador de servicio doméstico, no tendría que cumplir con ningún decreto o ley especial de seguridad laboral en este materia.

Pero en consonancia con lo que veníamos hablando, el empleador que contrata a una persona para las tareas domésticas, no puede ser considerado “empresa” y por tanto nunca ingresaría como sujeto activo en esta ley. Se dirá que el Banco de Previsión Social cataloga a la persona, empleadora como “empresa”, y así lo determina en el recibo dando incluso un número como tal.

La calificación que realice este órgano de seguridad social, no puede de manera alguna obligar a nuestra interpretación lógico sistemática y restrictiva del derecho penal. Aquello que realice el BPS por comodidad idiomática o informática, en nada cambia los conceptos y conclusiones que aquí estamos desarrollando.²⁶

26 Esto a su vez podría inferirse de la moderna ley de servicio doméstico N° 18.065 de diciembre de 2006, que entre otras cosas reconoció finalmente la limitación de la jornada laboral en esta rama laboral y definió el trabajo doméstico en su artículo 1º. Art. 1: (Concepto).- Trabajo doméstico es el que presta, en relación de dependencia, una persona a otra u otras, o a una o más familias, con el objeto de consagrarles su cuidado y su trabajo en el hogar, en tareas vinculadas a éste, sin que dichas tareas puedan representar para el empleador una ganancia económica directa.

3.1.7.) Son muchas las dudas que puede arrojar la interpretación de la reciente ley, por lo que no pretendemos responder a todas ellas.

Otra de las cuestiones que se podrían plantear, es en referencia a la aplicación de esta ley en los casos de subcontratación, intermediación y suministro de mano de obra. Entiendo que la problemática se podría dar sólo en el primer caso, puesto que en los otros dos, no cabe duda que la responsabilidad sigue siendo de la empresa en la que el trabajador realiza las tareas y de ninguna forma, en la empresa que intermedió en esa contratación.

Sin perjuicio de ello, existe una forma muy común de relacionamiento entre empresas, mediante la cual, una de ellas, realiza trabajos en otra con empleados propios, tales como vigilancia, servicio de limpieza, etc. La pregunta que nos podemos hacer, es cuál de las dos empresas, o mejor dicho, que personas físicas serán las que podrán ser llamadas a responder por esta ley.

La ley N° 18.251 definió las tres categorías y entre ellas, la que nos ocupa de subcontratación. Así el art. 1º, literal A dice: (*Subcontratista*). *Existe subcontratación cuando un empleador, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, **por su cuenta y riesgo** y con trabajadores **bajo su dependencia**, para una tercera persona física o jurídica,* ...

Es la propia la ley la que responde la interrogante por cuanto en este caso es claro que quien asume la responsabilidad es el empleador, dador de trabajo y por tanto, responsable de la seguridad de sus trabajadores. La empresa tercerizada concurre a realizar los trabajos con sus empleados y con todo el aparato e implementos de seguridad que correspondan.

A su vez, el art. 4 de la misma dispone que: *Todo patrono o empresario que utilice subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra tiene derecho a ser informado por éstos **sobre el monto y el estado de cumplimiento de las obligaciones laborales, previsionales, así como las correspondientes a la protección de la contingencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que a éstos correspondan respecto de sus trabajadores.*** Esto implica que la ley sólo refiere al pago de estas obligaciones y nunca al efectivo cumplimiento de otro tipo de normas como las de seguridad.

4) (**Sobre la concurrencia de la nueva ley con la legislación ya existente**).

Como consecuencia de la desordenada aprobación de la ley, y la falta de criterios jurídicos, lo principal que se desatendió fue el hecho de que esta ley como ya dijimos, refiere a un claro delito de peligro. Por tanto, justamente debería aplicarse antes del efectivo daño al bien jurídico, o sea, cuando el mismo sea puesto en peligro.

Sin perjuicio de ello, al ocurrir los accidentes laborales que se produjeron con posterioridad a la promulgación de esta ley (porque obviamente la nueva legislación no iba lograr que desaparecieran los mismos), muchos actores se apresuraron a tratar de que se aplicara esta nueva ley, incluso promoviendo denuncia penal.

Entiendo que una vez producido un accidente laboral con resultado lesión o muerte del trabajador, ambas normas no concurren, y se debe aplicar la normativa penal ya existente, que absorbería obviamente como delito mayor al menor.

4.1.) (¿Dolo o culpa en el caso del delito de daño?).

Ni bien se aprobó la nueva legislación, surgió la siguiente duda.

¿A qué título subjetivo se debería castigar, una lesión u homicidio que se produjera como consecuencia del no cumplimiento de normas relativas a la seguridad? Esto porque como se preguntaba la doctrina, el empleador o quien ejerce la dirección de la empresa, parecería no estar actuando con “arranque lícito” como exige el art. 18 del CP respecto de la culpa, sino que ahora, dicho incumplimiento es un delito que obstaría a la aplicación de ese tipo subjetivo.

Creo que el problema se resuelve, de la misma forma que hasta ahora, la doctrina y en especial, la jurisprudencia lo ha resuelto en el caso de las lesiones u homicidio como consecuencia del manejo a velocidades no permitidas.

Y fue el propio codificador Irureta Goyena que en sus “Notas explicativas” identificó el problema y la crítica que obviamente se haría. Y lo explicó de forma clara, aunque se pueda o no compartir su posición. Tanto la falta prevista por conducir un vehículo al doble de la velocidad permitida²⁷ como ahora en este delito de peligro, la conducta continúa siendo “un hecho en sí

²⁷ Hoy dicha falta está prevista en el art. 365 del CP en la redacción dada por el art. 6 de la ley N° 19.120 de agosto de 2013.

mismo jurídicamente indiferente”, y sólo se convierte en delito, porque el legislador lo eleva a la categoría de tal.

Por tanto, el “arranque” continúa siendo lícito y no habría inconveniente para calificar la lesión u homicidio en su caso como culposo sin trasgredir lo previsto en el art. 18 del Código Penal.

5) BREVES CONCLUSIONES.

5.1. La ley en estudio es inconstitucional, tanto por remitirse a decretos o reglamentos de seguridad (ley penal en blanco) tanto por ser una ley cuyos contornos son tan confusos que violan el principio de taxatividad o estrictez, derivados del principio de legalidad previsto en los arts. 7 y 10 de la Constitución.

5.2. El derecho penal debe o debería ser de *ultima ratio*, por lo que el Estado debería agotar todos los caminos y medidas administrativas y civiles, antes de acudir a esta rama del derecho. Si las normas y sanciones administrativas son insuficientes o sus sanciones no son acordes, pues se deberá trabajar entonces en su perfeccionamiento y profundización.

5.3. El sujeto activo debe ser analizado a la luz del concepto de empleador y empresa, realizando entonces una interpretación restrictiva del mismo. En este sentido, no se incluiría en el tipo penal, ni al Estado, ni a los empleadores de servicio doméstico entre otros.

5.4. Como dijimos, además de que considero innecesaria la aprobación de nuevos tipos penales para intentar solucionar estos problemas, cuya importancia no está en discusión, en este caso, la utilización de tipos penales en blanco y delitos de peligro, son una combinación nefasta para el derecho penal.