

ESTUDIO ACERCA DE LA LEY N.º 19.196: “RESPONSABILIDAD PENAL DEL EMPLEADOR”

Germán Aller ¹

SUMARIO

Aclaración previa. 1. Ubicación en el contexto de la ley. 2. Deficiencias del tipo penal objetivo. 3. Derecho penal del trabajo. 4. Derecho penal y conflicto social. 5. Bienes jurídicos y protección de la norma. 6. Delito de infracción de deber institucional. 7. Agente de la conducta típica. 8. La víctima del delito. 9. Ausencia del tipo subjetivo y la responsabilidad penal objetiva. 10. Peligrosismo delictual. 11. Acción nuclear del tipo penal objetivo. 12. Tipo penal en blanco o abierto. 13. Punibilidad. 14. Persiguiabilidad de oficio. 15. Algunos comentarios acerca del art. 2 de la ley n.º 19.196. 16. Cuestiones procesales. 17. Inconstitucionalidad. 18. Conclusiones.

Aclaración previa.

La presente es una versión revisada, corregida y reordenada del artículo publicado en el Tomo XXVII, Año 6 la Revista CADE de Doctrina & Jurisprudencia correspondiente al mes de junio de 2014 (páginas 73 a 86), donde se efectuó una edición especial acerca de la responsabilidad penal de empleador para la cual escribieron destacados juristas del Derecho Penal, Laboral y Administrativo.

Este trabajo es el fruto de las diversas charlas, conferencias y cursos que he dado sobre la ley n.º 19.196 desde su promulgación y compendia, asimismo, los aspectos fundamentales de lo en su momento informé al Poder Legislativo en la etapa de discusión del entonces proyecto de ley en la Comisión correspondiente.

1. Ubicación en el contexto de la ley.

En el decurso de 2013 y los primeros meses de 2014, la Comisión de Leyes Laborales de la Cámara de Diputados trató dos proyectos concernientes a la responsabilidad penal del empleador o empresario. El 18 de marzo de 2014 se aprobó, mediante ley n.º 19.196, el segundo de ellos sin realizar cambio sustantivo a su redacción originaria. Las razones que dieron fundamento a ambos son compartibles. Ciertamente preocupa la seguridad de los trabajadores y esto conlleva estar pendientes de introducir las mejoras necesarias tendientes

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de la República y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (Madrid). Catedrático de Derecho Penal y Profesor Adjunto de Criminología de la Universidad de la República. Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid. Presidente de la Comisión de Derecho Penal del Colegio de Abogados del Uruguay.

a elevar los niveles de seguridad en el ámbito del trabajo. Máxime cuando la siniestralidad ha aumentado y las consecuencias son nefastas: repetidos fallecimientos y lesiones de entidad producidas en el desempeño y debidas a la actividad laboral. Lo cual ha llevado a presentar los mentados proyectos que exhiben aspectos en común así como marcadas diferencias.

Fui convocado a opinar ante dicha Comisión en las dos oportunidades. Así las cosas, concurrí e informé al Parlamento el 9 de abril y el 9 de octubre de 2013. Las opiniones vertidas fueron a título personal, sin comprometer a las instituciones que integro, tales como el Instituto Uruguayo de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República donde soy Secretario, ni la Comisión de Derecho Penal que presido en el Colegio de Abogados del Uruguay.

Lo primero a destacar es lo positivo de que los Diputados se interesen en obtener opinión técnica acerca de los proyectos legislativos, así como la receptividad a las críticas, exhibiendo su propósito por llevar a cabo una ley adecuada para tratar la cuestión de fondo.

Otro punto resaltante es el cordial y respetuoso clima de trabajo que pude observar en las dos comparecencias, siendo ello fielmente representativo de nuestra tradicional cultura cívica y denotando la compenetración de los legisladores en un tema tan sensible como lo es aquello atinente a la seguridad del trabajador.

He de señalar que, desde la perspectiva científica, concluí que ninguno de los proyectos sobre los que informé debía ser aprobado. En cada caso efectué las correspondientes objeciones y reconocí sus aspectos positivos, fundamentalmente en la loable razón que dio pie a que fueran elaborados, pero esto último no bastaba para propender a su sanción legislativa. Tampoco propuse introducirles modificaciones, por entender que no alcanzarían para obtener un resultado adecuado al punto de transformarse al fin en una ley útil. Considero que el resultado legislativo ha sido inadecuado.

2. Deficiencias del tipo penal objetivo.

Yendo a los proyectos en sí, diferían ambos en ciertos tópicos, pero no los abordaré aquí detalladamente, sino que haré alguna mención. En cuanto al agente de la conducta delictiva, en el primer proyecto se trataba del empleador, subcontratista, el intermediario y el suministrador de la mano de obra, haciendo mención a la responsabilidad penal de la persona jurídica, pero sin darle contenido de tal tenor, puesto que proponía la responsabilidad de los *administradores, representantes o quienes ejercieren la dirección de la empresa*.

El otro proyecto –al que me abocaré con mayor detención– refiere como agente sin mayores consideraciones al empleador y al representante cuando se tratare de empresas. Esto implica que puede ser penalmente responsable cualquier persona que tenga un empleado, no distinguiendo por el trabajo que desempeñe ni los niveles de seguridad necesarios en cada labor. Va de suyo que, si bien el punto de arranque fue la seguridad de los trabajadores en actividades tales como la construcción, el proyecto que devino en ley avienta

toda posible duda al utilizar la forma genérica “empleador” o su “representante” y abarca a todo empleador de cualquier actividad laboral, tanto privada como paraestatal y pública. En cambio, no queda contemplado como empleador quien contrata un servicio tercerizado en el cual quien presta el servicio responde ante sus empleados. Tampoco se establecen pautas para identificar al agente pasivo o víctima del delito, salvo que sea empleado en el amplio sentido de la expresión.

Mientras que el delito propuesto en el primer proyecto era de daño efectivo a la vida y la integridad física, en el segundo (ahora ley n.º 19.196) se ampliaron los bienes jurídicos añadiendo a la salud. Pese a las objeciones sobre los sujetos activos y al alcance de la potencial víctima en ambos proyectos, cabe consignar que en el segundo se instauró un delito de peligro aparentemente concreto, aunque –como luego se verá– resulta de peligro abstracto. Cuestión harto criticable como técnica legislativa (tanto los peligros concretos como los abstractos) pese a existir en nuestro país varios tipos penales de estas características. Estableció además un delito de omisión impropia elevado al rango de omisión propia, puesto que el núcleo típico es no adoptar las debidas medidas de resguardo y seguridad para el trabajador. Es innecesario crear una figura peligrosista de este calibre cuando ya hay previsión legal de delitos de daño en la cláusula de equivalencia prevista en el art. 3 del Código Penal vigente (“Relación de causalidad”), al establecer que *no impedir un resultado que se tiene la obligación de evitar, equivale a producirlo*.

Otra objeción a mencionar es que se pretendió crear un tipo parcialmente en blanco, pero un análisis más preciso lleva a concluir que se trata de uno abierto, dado que los *medios de resguardo y seguridad laboral* son los previstos en las leyes aplicables y en sus correspondientes reglamentaciones. De por sí no es conveniente legislar tipos en blanco ni menos aún abiertos como el de marras que acarrear la inconstitucionalidad; y todavía peor cuando el *blankett* se ha de integrar con disposiciones legales ajenas al Derecho penal, difusas, diseminadas y que suelen no contemplar los principios penales fundamentales. Sin embargo, puede aducirse –aunque igual no resulte convincente– que se trata al fin de leyes de igual rango. El punto se torna insoportable cuando se permite el ingreso al campo jurídico-penal de disposiciones de menor jerarquía tales como decretos, reglamentos y ordenanzas que formal y materialmente ofrecen menos garantías que la ley civil o penal.

La actual ley consagra un tipo penal que adelanta ostensible e indebidamente la barrera punitiva, constituyendo un delito de mera infracción de deber y, como he dicho, una omisión con un espacio abierto pronto a ser llenado por disposiciones jurídicas de inferior rango, así como con indeterminación del nivel de protección de los bienes jurídicos objeto de tutela. Lo cual lleva a concluir que se trata de un tipo penal abierto.

Existe previsión legal adecuada para proteger desde el punto de vista penal los bienes jurídicos que refiere el proyecto. Vida, salud e integridad física están debidamente contempladas como bienes de jerarquía en la actual nomenclatura jurídica. A esto se añade que se encuentra a estudio del Legislativo un proyecto de Código Penal. En tal sentido, parece más atinado

remitirse a lo que éste propone en vez de crear sucesivas leyes de alcance penal sin ser armonizadas en un cuerpo jurídico integral. No es necesario crear delitos para aquello que está adecuadamente resuelto en la ley penal. Los tipos penales son abstracciones y generalizaciones que se especifican y concretan en la casuística. Es en la Parte Especial de los códigos penales donde se logra la máxima expresión del principio de legalidad al descender de lo abstracto y resolver cada caso concreto.

3. Derecho penal del trabajo.

Viene al punto destacar la irrupción de un campo concerniente al Derecho penal del trabajo. Esta disciplina jurídica tiene un objeto de rango constitucional y no debe ser separada del Derecho penal en su concepción tradicional ni dogmática, a pesar de que se anuncie su autonomía. Es la Constitución la que otorga legitimidad al poder punitivo del Estado e igualmente establece sus límites, dando así lugar a los medios necesarios por los cuales ha de efectivizarse ese poder sancionatorio. En la medida que se atenga a los principios cardinales y a la Dogmática de la Ciencia penal, el Derecho penal del trabajo puede ser aceptado como una particular forma de tratamiento y estudio de las conductas típicas inherentes a la actividad laboral propiamente dicha, siendo prioritariamente dirigido a la tutela de los múltiples bienes jurídicos de los trabajadores en cuanto a la relación individual, colectiva y de seguridad social.

El serio inconveniente que ocasiona este tipo de ramificaciones del Derecho penal es que se pretenda hacer otro Derecho penal fuera de él, apartándose de sus criterios rectores y generando superposición e hiperinflación penal en los mismos aspectos. Esto acarrearía la consabida e indeseable desarmonización legal e incremento desproporcionado de la punibilidad, dado que el homicidio y las lesiones culposas, la apropiación indebida, la falsificación, la estafa, el sometimiento a situaciones análogas a la esclavitud, etc., son conductas tipificadas como delito más allá del ámbito en que se realicen. En cuyo caso, no serían científicamente admisibles el Derecho penal del trabajo si socavan tales principios, porque su objeto ya está contemplado en disposiciones de la Parte Especial del Derecho penal ortodoxo. Sin embargo, éstas y otras variantes del Derecho penal pueden ser adoptadas habida cuenta del casuístico y necesario desarrollo de la Parte Especial, siempre y cuando se acompañen con el núcleo de la Ciencia penal, así como mantengan los parámetros de necesidad punitiva acotados por el criterio rector de recurrir a la punición como *ultima ratio legis* y, cuando esto acaezca, que la pena sea de la menor entidad posible.

Desafortunadamente, resulta frecuente que se legisle instaurando tipos penales de peligro abstracto o presunto como el art. 1 de la ley n.º 19.196, con responsabilidades de tipo objetivo y tendiendo a un Derecho penal de autor o del enemigo. Por ende, al hablarse de estas innovaciones en el Derecho, debe dejarse claro que se trata de admisibles especialidades dentro del Derecho penal con el afán de concentrar el saber científico específico de un cierto campo,

aportando las propuestas político-criminales al respecto, y no de la actualmente innecesaria creación de otros Derechos punitivos para abordar los mismos problemas. Vistos como ámbitos específicamente reglados inmersos en la Ciencia penal, son entonces pertinentes sus planteos y desarrollo dogmático en función de una mejor adecuación al principio de legalidad, porque de lo contrario ocasionarían el abatimiento de los principios de certeza jurídica, de igualdad, subsidiariedad, garantismo y, lógicamente, del mencionado *nullum crimen sine lege praevia, scripta et stricta*.

4. Derecho penal y conflicto social.

El Derecho penal no resuelve conflictos sociales, sino jurídicos. Nunca ha solucionado las cuestiones sociales, no posee la capacidad ni idoneidad para ello. Aporta respuestas a conflictos jurídicos en el campo de lo penal, determinando si se ha de reprochar una conducta y, en virtud de esto, la eventual pena a recaer. Esta ley no presenta respaldo empírico que lleve a concluir que mediante la misma se prevengan potenciales comportamientos criminales ni que se abatan los niveles de siniestralidad, accidentes de trabajo y abusos de empleadores respecto de empleados. Tampoco surge un estudio de campo que avale la ley aprobada. Más bien, el tema es cultural y requiere un cambio idiosincrático en aqueos y troyanos.

No cabe duda de que se deben aplicar con rigor las sanciones administrativas y civiles ante el incumplimiento de las medidas tendientes a prevenir las muertes y lesiones ocasionadas en el ámbito laboral. Sin embargo, no es el Derecho penal la herramienta adecuada para resolver la cuestión. Antes bien, se debe concientizar a empleados y empleadores para protegerse unos a otros como un deber de solidaridad y que la ley penal quede al fondo del pasillo para llegar a él y utilizarlo cuando no reste otra respuesta posible.

La ley de marras posee antecedentes en la legislación penal española, donde paradójicamente se encuentran dificultades al momento de aplicarla e imputar delito. En los países que han implementado este tipo de disposiciones legales presentan inconvenientes.

A mi modo de ver, el legislador debe decir claro lo que pretende, en forma nítida y sin demasiadas ramificaciones. En la ley sometida a estudio no todos los aspectos son penales. El primer y segundo párrafo del art. 2 no están dentro del campo penal, pero hay que tomar en cuenta que en ellos se menciona al dolo y la culpa de una manera que, comparativamente con su prescindencia en el art. 1, lleva a concluir que el tipo penal descrito en el inicio de la ley consagra una responsabilidad penal objetiva, dado que cuando el legislador quiso referirse a la subjetividad del agente lo hizo en forma expresa, mientras que no lo estableció al describir la conducta penalmente típica, contrariando lo dispuesto por el art. 18 del Código Penal, aunque con la salvedad de que se trata de una ley de igual rango y posterior en el tiempo. Este tópico de gran importancia lleva a concluir que es ésta otra inconstitucionalidad de la ley, pues vulnera principios de raigambre constitucional tales como los de culpabilidad, taxatividad, legalidad e inocencia presunta, ya que cambia para mal las reglas

de imputación que dimanen de la Magna Carta.

5. Bienes jurídicos y protección de la norma.

Surge del texto legal que los bienes jurídicos objeto de tutela penal son la vida, integridad física y salud del trabajador. La consumación se efectúa al ponerse en grave y concreto peligro tales bienes individuales. Esta protección llevada al nivel planteado por el art. 1 de la ley no era necesaria, dado que dichos bienes poseen las correspondientes disposiciones tutelares en delitos de lesiones de distinta entidad, el homicidio y lo referido a la salud. Además, se cuenta con las formas imprudentes o culposas de esos tipos penales, así como los dispositivos amplificadores de los tipos y la mentada cláusula de equivalencia del art. 3 del Código Penal.

Si se observa atentamente, esta nueva figura se halla en la antesala de los delitos de homicidio y lesiones sin constituirlos, pues alcanza con poner en peligro esos bienes para imputar delito. Por ende, son formas antedatadas de establecer barreras punitivas adelantándose a las posibles afectaciones verdaderas a esos bienes penalmente tutelados. Se inscribe así, esta ley, en el campo de un Derecho penal peligrosista y, en virtud de ello, colide con la Constitución en cuanto a la certeza legal, así como con los principios de legalidad y culpabilidad en cuanto se establece un régimen punitivo para conductas que no son material ni ontológicamente delictivas.

Es un delito meramente formal, caracterizado por ser *mala quia prohibita*, es decir que es reprochable porque así se ha definido legislativamente, dado que no posee sustantividad que justifique elevar al rango de delito la conducta descrita en el art. 1 de la ley n.º 19.196.

El Código Penal tiene una estructura para manejarse con cierto nivel de abstracción y luego, mediante la subsunción al tipo penal correspondiente, imputar delito a partir de criterios de equidad y ecuanimidad en relación a todos los ciudadanos. Esa dosimetría puede comprometerse gravemente con elaboraciones legislativas bien inspiradas, pero – desde mi punto de vista – no armonizadas con el sistema penal vigente ni con el propuesto en el proyecto de Código Penal sometido a estudio legislativo.

En efecto, la ley de marras se aparta de los criterios político-criminales plasmados en el actual Código, así como de los propuestos en el proyecto en ciernes. Existe una fuerte divergencia con ambos modelos de sistema penal operativo que lleva a rechazar la presente ley también en este aspecto.

El evidenciado adelantamiento de la barrera punitiva constituye una nota distintiva de los delitos de peligro y no le hace ningún favor al Derecho penal de garantías, de actos ni de conductas lesivas propiamente dichas. En cambio, se enmarca en el manido Derecho penal de la “sociedad del riesgo” y se expresa como el tan característico y rechazable “Derecho penal del enemigo”. Quizá no fuera ese el propósito de esta ley, pero son las consecuencias que se presentan al establecer delitos de mera omisión, peligro y abiertos o en blanco, ya que se dan estas características al unísono.

Preocupa que sucesivos proyectos y leyes penales tiendan a legislar con

critérios cada vez más punitivistas, ya sea por incrementos de pena o – como en esta hipótesis – criminalizando comportamientos que no ameritan elevarlos al rango de delito. Eso nos pone en alerta. No se debe aseverar sin suficiente respaldo empírico que mayor punición, más delitos y ni siquiera más policías en las calles aseguren menos criminalidad.

Políticas de otro orden pueden llevar a controlar, disminuir la criminalidad y menguar sus consecuencias. Obviamente se trata de políticas sociales, económicas y educativas también con los trabajadores y empleadores.

Para concluir este punto, como trataré *infra*, 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.

6. Delito de infracción de deber institucional.

Por ser un delito de omisión, conlleva la desobediencia de un deber o mandato de hacer, que es cumplir ciertas normas de seguridad. Se reduce casi a ello en lo esencial. Esto es, el acatamiento a las disposiciones de resguardo de seguridad laboral que, a su vez, están previstas en otras leyes y demás expresiones de diversa jerarquía jurídica. Por lo tanto, el art. 1 de la ley n.º 19.196 consagra específicamente un delito de infracción de deber institucional. El comportamiento descrito allí ofende al Estado en cuanto a su autoridad al producirse la desobediencia cuando no se adoptan *los medios de de resguardo y seguridad laboral previstos en la ley y su reglamentación*, porque no se ejecuta el mandato de que el empleador cumpla ciertas pautas legales.

Los delitos de infracción de deber se hallan presentes en las legislaciones penales, presentándose generalmente como omisiones propias. Verbigracia: la del funcionario público al no denunciar actos eventualmente delictivos, la omisión contumacial del funcionario en cuanto a sus deberes como tal, la omisión de asistencia, la de los padres respecto de sus deberes inherentes a la patria potestad, el abandono de personas incapaces, etc. Además de los delitos omisivos, también son infracciones de deber aquellas conductas como el desacato y atentado al funcionario público. Pese a ser un criterio correcto en general, no es apropiado ni conveniente abusar de la existencia de este tipo de delitos, así como incluso es recomendable restringirlos a su mínima expresión para evitar extremos de autoritarismo penal del Estado y exageraciones punitivas que aumenten el ya inflacionario sistema penal actual.

Las hipótesis de infracción de deber, como la prevista en el art. 1 de la ley de responsabilidad penal del empleador, son estructuras en las cuales el ciudadano queda colocado en estricta relación de deber frente al Estado. Así, en este artículo hay una relación visible entre el empleador y la tutela del trabajador en cuanto a su vida, integridad física y salud, pero hay también un

nivel paralelo entre el agente de la conducta imputable y el Estado como expresión de autoridad. Este último extremo no era en absoluto necesario desde que esas mismas leyes y reglamentaciones para resguardar la seguridad pueden ser ejecutadas eficientemente por la vía sancionatoria administrativa y laboral pertinentes, tornando inadecuada la creación de un delito de infracción de deber institucional como el aquí aludido.

7. Agente de la conducta típica.

El aludido art. 1 es esencial, y genera además otros cuestionamientos que deben formularse. Ubica al empleador como agente de la conducta criminal, o quien sea su representante; es decir, quien actúa en su nombre en caso de tratarse de una empresa. Dice textualmente en la segunda hipótesis *el poder de dirección en la empresa*, o sea que se abarca a quien pueda llevar a cabo esas decisiones.

El sujeto titular de la conducta ocasiona el problema de definir —entre otras cosas— si el empleador o su representante se mantienen siempre en la égida de la actividad o simplemente han hecho las contrataciones. Aparece allí un punto que se debería haber esclarecido dando una correcta redacción que no cobijase interpretaciones laxas e inapropiadas. En ocasiones, un empleador o su representante efectúan las contrataciones, pero luego no continúa en la actividad propiamente dicha del trabajo ni su control. Eso denota cuestiones prácticas no resueltas en la ley que no permiten dilucidar el alcance de la eventual imputación, dejando un espacio abierto prácticamente insondable. No es adecuada la forma en que se establece la pretendida regla de imputación cuando se ha redactado en términos textuales: *El empleador, o en su caso, quien ejerciendo efectivamente en su nombre el poder de dirección de la empresa, no adoptaren los medios...* Obviamente, esto requiere una conducta sostenida en el tiempo, porque como se trata de un delito omisivo, significa que ese “no hacer” es permanente e indefinible. En Derecho penal este tema hay que tratarlo con cuidado, puesto que no es un delito de acción y además es de peligro. Se mixturán dos categorías delictuales que poseen intrínsecamente complejidades y que deben utilizarse con la mayor prudencia al legislar, a fin de evitar una expansión penal indebida y propia del peligrosismo.

Habrá que estar al concepto del Derecho laboral acerca del empleador y trabajador, pero ello sin obstar que el Derecho penal se rige por el principio de realidad y que se deberá en cada caso concreto revisar la asignación de estos roles, pudiendo surgir alguna diferencia conceptual o interpretativa entre ambos campos jurídicos.

En suma, el agente de la conducta penal imputable es toda persona que dé trabajo a otra en los términos de una relación laboral. Es un sujeto indeterminado, pero acotado por la situación de ser dador de trabajo.

En la especie serán aplicables los extremos concernientes al concurso de delincuentes según lo dispuesto en los arts. 59 y siguientes del Código Penal relativos a la autoría inmediata y mediata, coautoría y complicidad, operando además los pertinentes dispositivos amplificadores de los tipos penales.

8. La víctima del delito.

Otro aspecto a señalar es en cuanto a la persona pasible del delito y supuestamente titular del bien jurídico en juego, entendiendo que ha de ser la víctima sobre la que recae el peligro objetivamente ocasionado por el incumplimiento de disposiciones reglamentarias sobre la seguridad del trabajador. Como primera consideración ha de expresarse que, en caso de no existir reglas específicas de seguridad, se podrá recurrir a las generales con todos los inconvenientes notorios que puedan derivarse de dejar espacios abiertos de ese porte.

Dada la relación de trabajo referenciada en el art. 1 de la ley, resulta inequívoco que debe existir un vínculo laboral, sin ser relevante que sea formal o informal. No se requiere únicamente de la dación de trabajo acotada al marco de legalidad en la materia, sino que primará la realidad fáctica que ponga en evidencia la existencia de dependencia laboral sin perjuicio de que se pague salario según lo convencional o no. A mayor abundamiento, no es una relación laboral la engendrada sin ese fin en el entorno de familiares, amigos o vínculos tales como la caridad, el afecto, la solidaridad, etc.

Sin embargo, se presenta la peculiaridad de que, por el hecho de punirse la omisión de reglas de seguridad, el delito coloca en rol de ofendido al Estado a través de sus normas incumplidas. Aspecto que condice con la tendencia repetida de desconocer al individuo como víctima propiamente dicha y titular del bien jurídico afectado. Como luego se verá, el bien jurídico en juego es atribuido tanto o más al Estado que al propio trabajador. Esto no obsta que quizá no fue ese el propósito de la ley, pero es lo que se extrae de ella al generar puniciones a meros peligros por la objetiva omisión de cumplir disposiciones de diversas jerarquías.

9. Ausencia del tipo subjetivo y la responsabilidad penal objetiva.

Cuestión también grave constituye la exclusión de los indispensables aspectos concernientes al aquí ausente elemento subjetivo del tipo penal. Merced al art. 18 del Código Penal, todo delito debe contar con una faz subjetiva y ser cometido con conciencia y voluntad. Además, el art. 30 de dicho Código requiere la conciencia de ilicitud del agente de la conducta y determinarse según su verdadera apreciación. Incluso la ley n.º 16.707 (12 de junio de 1995) añadió al citado art. 18 que no se puede castigar por un resultado distinto del querido y que no haya podido ser previsto por el agente.

Como viene de verse, el tramo subjetivo del tipo penal es crucial para efectuar la necesaria imputación subjetiva al tipo penal y se presume que todos los delitos son atribuibles si existe el dolo, así como la culpa pero solo en los casos que exista previsión legal específica. Ese nivel en la *imputatio* es un requisito fundamental en la atribución de reproche, pues no habrá responsabilidad penal sin que se cumplan estos aspectos determinantes del tipo

penal subjetivo. El juicio de reproche efectuado en la culpabilidad se referirá a la motivación en la norma, la exigibilidad o no de otra conducta ajustada a Derecho que pudo realizar el agente y que no la llevó a cabo, así como la autodeterminación por parte del ciudadano que despliega un hacer o no hacer descrito en el tipo penal objetivo. En Derecho penal se imputan conductas y el disvalor, a mi entender, radica en el acto en vez de en el actor. De allí que la conducta para ser desvalorada tiene que ser expresión de la finalidad contraria a Derecho.

El art. 1 de la ley de responsabilidad penal del empleador no hace ninguna referencia a aspectos subjetivos del tipo. Podría sostenerse que no es necesario, dado que se debe interpretar su tenor al compás de los antes mencionados arts. 18 y 30 del Código Penal. Ello sería de recibo si no fuese tan estricta como es la letra del primer artículo de esta ley, pues ella no deja margen para el subjetivismo típico cuando reza tajantemente que el delito se constituye por la no adopción de medios tendientes a la seguridad del trabajador que ponga en peligro la vida, salud o integridad de éste. La fórmula empleada es fulminante: no permite lucubraciones ni desvíos al respecto. Ya de por sí se dirige a una responsabilidad estrictamente objetiva que prescinde de la subjetividad del agente de la conducta omisiva.

Aún con esta redacción, el penalista podría argumentar y fundamentar que, en virtud del art. 18 del Código Penal, debe integrarse la faz subjetiva a pesar de su aparente exclusión en el tipo en cuestión. Sin embargo, el art. 2 de la ley n.º 19.196 da la estocada final y liquida la faena cuando, en cuestiones ajenas al Derecho penal, utiliza en dos párrafos las expresiones *dolo o culpa grave del empleador*. Cuando el legislador quiso incluir al dolo y la culpa lo hizo en dos ocasiones en la misma ley, en forma expresa y textual, mientras que en el tipo penal del art. 1 no utilizó esas palabras ni incluyó tales conceptos. A mayor abundamiento, en el momento de estudio en el Senado, previo a la sanción de la ley, se dijo de añadir el requisito del dolo en el artículo de referencia, pero no prosperó. Por lo tanto, muy a pesar de los penalistas, sin duda no se contempló la existencia del indispensable elemento subjetivo del tipo penal y, en definitiva, se plasmó una lamentable responsabilidad penal objetiva que, a todas luces, torna inconstitucional el delito de marras.

Ello no obsta que – factible y sensatamente – los operadores del sistema penal, entiéndase abogados, fiscales y jueces, nos rijamos por buenas razones de política criminal, nos fundemos en los irrenunciables principios cardinales del Derecho penal de rango Constitucional y reduzcamos el tremendo espacio abierto de este tipo contrario a la Constitución de la República, interpretando el Derecho e integrando el tipo abierto con los ausentes aspectos subjetivos como forma de cerrar este tipo penal y adecuarlo artificialmente a los dictados de la razón jurídica para así cumplir con aquello que ha dado pie a la Jurisprudencia: ¡la prudencia de lo justo!

Si bien no existe definidamente un aspecto subjetivo del tipo aquí estudiado, se constata otro inconveniente derivado de la deficitaria estructura legislada en cuanto a que se ocasiona una distorsión para el caso de que el empleador hubiere generado el peligro y éste luego se realice en una lesión o

homicidio fruto de la imprudencia de ese empleador. En ese supuesto surge la problemática para imputar el delito culpable debido a que la conducta ya no tendría un arranque lícito por no ser jurídicamente indiferente, tal como requiere el delito culposo en el art. 18 del Código Penal. El punto es que no concurren ambas conductas por el régimen de concurso de delitos previsto en los arts. 54 y siguientes del Código referenciado, pues sería como pretender hacer concurrir las lesiones que prodiga quien quiere matar y para ello infringe a la víctima una sucesión de puñaladas que juntas ocasionan la muerte. Cada acto de lesión constituye el todo del homicidio, sin perjuicio de luego ponderar la forma de dar muerte bajo la lupa de las agravantes (art. 47 del CP). A fin de cuentas, la solución a esto es que el delito de daño (el homicidio o las lesiones) absorbe al de peligro y elimina la posibilidad de imputar este último, permitiendo así interpretar lo atinente a la imprudencia sin ubicar en la antesala un acontecer ilícito. Esta solución arroja dudas, pues es el fruto de la mala ingeniería jurídica del art. 3 de la ley 19.196.

10. Peligrosismo delictual.

Los delitos de peligro –citando a Raúl Zaffaroni y Sebastián Soler– tienen una particularidad: son peligrosos. Hay que procurar no legislar delitos de peligro y menos cuando la nota del peligro es su abstracta cualificación. Esa es una sugerencia que desde la Academia se ha dicho repetidamente, aunque sin demasiado éxito. Se debe reconocer que en la actualidad resulta difícil identificar un sistema legislativo-penal que no contenga algunas conductas peligrosas elevadas al rango de delito. En cuya hipótesis, deben ser restringidas al máximo, dado que, entre otras cosas, según lo dispuesto por el inc. 2.º del art. 21 del Código Penal, en delitos así se presume el dolo y la culpa, aunque admita prueba en contra por ser una presunción relativa.

En este caso, el tipo penal del art. 1 plantea supuestamente un peligro específico o concreto, pero aunque en un primer momento me guié por la textuales palabras de la ley que mencionan un peligro *grave y concreto*, el estudio más preciso de la letra del art. 1 lleva desgraciadamente a concluir que estableció uno abstracto e inconstitucional, porque no surgen criterios normativos que permitan reducir el espacio de imputación del peligro ni elementos para determinar su entidad. Máxime cuando se debe remitir a leyes y reglamentaciones de la más diversa y dispar contextura jurídica.

Es entonces cuestionable sostener que, pese a mencionarse un peligro concreto, sea de esa entidad, sino que –por el contrario– es de rango presunto o abstracto. Este es, como antes mencioné, un rasgo definitorial en cuanto a la inconstitucionalidad del tipo penal que gobierna esta ley n.º 19.196.

Si fuese un delito de peligro concreto no es recomendable legislar en un terreno tan álgido como este del ámbito laboral utilizando delitos de peligro, porque ya existían desde tiempos pretéritos otras instancias penales y administrativas de contención y prevención adecuadas para estas mismas conductas; cuestión que luego desarrollaré aunque sea someramente.

Por otra parte, no se distingue el ámbito de trabajo ni el alcance de la

relación laboral, dejando un espacio vacío que debe integrarse mediante criterios interpretativos no delimitados. Razón por la cual, el peligro deviene en abstracto más allá de la aparente literalidad de la ley.

11. Acción nuclear del tipo penal objetivo.

En el tipo penal objetivo descrito por el artículo 1 la acción o conducta nuclear consiste en no adoptar los medios de resguardo y seguridad laboral previstos en la ley y su reglamentación. Ese es el comportamiento que establece el cerne del delito. Quien efectúa esa conducta lo hace llevando a cabo un comportamiento diverso del esperado. El mandato jurídico es cumplir las reglamentaciones sobre seguridad. La omisión a ese mandato constituye, sin más, el delito de marras. Es, por tanto, una conducta omisiva definida como tal en la propia letra del tipo y, por ende, deviene en una omisión propia o delito de pura omisión. Al legislarse de la forma que se ha hecho, se transforma a esa conducta en una omisión propia por el imperio de la ley, pues es característico de éstas estar descritas en la ley penal como tales.

Sobre este tópico, corresponde indicar que es anodino elaborar una omisión propia cuando ya estaba contemplada la estructura de las omisiones impropias o delitos de comisión por omisión en el art. 3 del Código Penal al abordar la relación de causalidad. Desde la implementación de nuestro Código en 1934, se hallan consagrados en nuestra nomenclatura jurídica los delitos de omisión impropia o comisión por omisión. Es una cláusula de equivalencia por la que, quien está en situación de evitación de un posible daño o peligro y no lo hace, equivale a haberlo efectuado en forma activa.

La novel ley transformó lo que ontológicamente sería –en algunos supuestos– una omisión impropia merced a la cláusula de equivalencia prevista en el Código Penal, siendo a partir de ella una omisión propia a texto expreso de dicha ley 19.196. En tal sentido, se asemeja a la omisión de asistencia, pero con la salvedad de que esta última es materialmente un delito de pura omisión (un no hacer), mientras que la omisión del empleador es un hacer diferente al esperado, por el cual debería responder en calidad de garante estatutario o necesario merced al art. 3, siempre y cuando derivase una lesión efectiva al bien jurídico en vez de un peligro definido como grave, pero no caracterizado en su entidad material.

Una vez más se legisla superfetando leyes sin mantener la dosimetría legal ni la tan afectada armonía del Corpus Juris uruguayo. Al respecto, lo importante ya estaba legislado de una forma aceptable e idónea, además de acorde a la prioridad de no establecer intervenciones punitivas del Estado en espacios donde no es indispensable hacerlo.

La conducta nuclear típica sujeta a estudio pretende dar un mensaje social centrado en la advertencia dirigida a los empleadores en cuanto a cumplir las reglamentaciones concernientes a la seguridad del trabajador. El “mensaje a los navegantes” es correcto, pero no así la forma de darlo, pues para ello son mucho más apropiados los ámbitos administrativo, laboral y civil en general sin necesidad de recurrir a la amenaza penal. Se vislumbra el empleo de

las teorías prevencionistas de la pena en su expresión general negativa en un ámbito excesivamente prematuro. Esto es, en el campo del peligro y reduciendo el umbral de tolerancia penal, así como ensayando una pena pretendidamente simbólica, pues será de prisión (no rebasando los veinticuatro meses como máximo) y, por ende, es excarcelable así como procesable sin prisión.

Uruguay no necesita más figuras penales, sino mejores criterios de imputación y la ordenación del elenco de delitos a través ambos de un moderno Código Penal. Esto se enraba con un también indispensable Código del Proceso Penal que democratice los juicios en esa materia para que los expedientes judiciales sean expresión de la democracia que poseemos, en vez de seguir siéndolo de la dictadura que en 1980 impuso el rechazable proceso penal vigente. Sobran delitos mientras falta armonizar nuestras reglas de imputación y el camino hacia la sentencia.

El exceso de Derecho penal no conlleva mayor eficacia, sino que incrementa el desprestigio de la Justicia y el descreimiento ciudadano en los propios operadores del sistema penal. Pese a las pocas semanas de vigencia de la ley en cuestión, ya se puede avizorar que el flujo de accidentes y siniestros laborales no parece ceder ni alterarse, en cambio se genera —como decía Winfried Hassemer— una *huída selectiva hacia el Derecho penal* para denunciar hechos que eran correctamente abordables con las disposiciones preexistentes.

Una vez más, se legisla ocasionando contradicciones con el Código que no solucionan los problemas para los que se ha construido la ley, pero en cambio alteran negativamente la operatividad penal real.

El art. 1 de la ley n.º 19.196 establece un delito de consumación instantánea al momento de ocasionarse el peligro. Por ello se agota a la vez que se consume y, en consecuencia, elimina asimismo la posibilidad de un desistimiento válido. A lo sumo, el empleador omiso puede adoptar de allí en más los medios tendientes a proteger la seguridad para el trabajador. Tampoco podría imputarse el delito en el grado de tentativa por no haber la posibilidad de fraccionar la conducta omisiva de marras.

12. Tipo penal en blanco o abierto.

En apariencia, en el art. 1 de la ley aquí tratada se está ante un tipo penal parcialmente en blanco. Entiéndase, una descripción legal que carece de algún elemento que debe ser integrado por otras disposiciones. Esas estructuras son imperfectas e incompletas y, por esa razón, deben recurrir a otras para concretarse la descripción del tipo. Para saber si se ha llevado a cabo la conducta nuclear descrita en el tipo penal de la presente ley, habrá que recurrir a diversas leyes, reglamentos, decretos y ordenanzas vigentes sobre seguridad laboral, con todo lo que implica, porque —entre otras cosas— las reglas al respecto difieren según las actividades hasta llegarse a una escasa existencia de las mismas en lo concerniente a los domicilios de las personas.

También es sustentable afirmar que las disposiciones complementarias del *blankett* que sean posteriores serán inaplicables e inconstitucionales en virtud del estricto sentido del caro principio de legalidad.

Por lo tanto, el mero pasaje del tiempo y la cancelación de un permiso de los extinguidores que exige Bomberos en un organismo del Estado — por poner un ejemplo— podría implicar que el empleador fuere penalmente responsable por esa objetiva caducidad, ya que la inoperancia del objeto en cuestión puede significar un grave peligro en caso de un incendio.

El inconveniente de tener una ley penal parcialmente en blanco consiste en que ese espacio vacío o *blankett* debe ser llenado por disposiciones legales que no suelen ser penales. Este es un problema en la legislación uruguaya, pues se recurre a normas que no se hallan armonizadas ni encastran con las penales. Por eso, hay que restringir al máximo la creación de tipos penales parcialmente en blanco. Sin duda, no son recomendables ni adecuados para un sistema penal democrático, sin perjuicio de que se puedan tolerar algunos pocos y muy acotados en su *blankett*. En cuanto a este delito específico se refiere, de ninguna manera había razón para recurrir a dispersas disposiciones creando la eventual hipótesis de un delito parcialmente en blanco.

Sin embargo, el tema no se agota allí, sino que se va tornando más complejo aún, dado que el espacio vacío puede ser llenado con otras leyes que, pese a no ser penales (lo que ya es un inconveniente) por lo menos son de igual jerarquía y ofrecen ciertas garantías, pues son disposiciones del mismo rango y existe una cierta equiparación aunque sea teóricamente.

Durante la Roma Imperial los *edicta* eran el medio del cual se valían los jueces de entonces para decir las reglas. Su validez duraba mientras el magistrado tuviera la *potestas*. Pues bien, el tipo penal del art. 1 edicta que el delito se consuma al no adoptarse *los medios de resguardo y seguridad laboral previstos en la ley y su reglamentación*. El primer enunciado se encuentra en el tramo de la mencionada equiparación legal, en tanto que la última parte genera un espacio grande y laxo que abre el espectro de múltiples disposiciones de inferior jerarquía y menos garantías, tales como ordenanzas, decretos y reglamentos. El *blankett* se complementará con normas administrativas de baja escala, elevadas en ese momento frente al juez penal hasta el punto de artificiosamente integrar una ley y, en ocasiones, pudiendo menguar las garantías del justiciable. Por supuesto que lo decretado por la Administración puede ser justo y pertinente. No se puede *a priori* atribuir un disvalor sobre lo que se decreta, pero igualmente hay que señalar que en la elaboración de tales disposiciones de inferior jerarquía no se han cumplido los requisitos de la sanción de una ley. Por lo cual, la estructura jurídica las ubica debajo de las leyes tal como debe ser.

Como se sabe, la usina de las leyes de un país democrático es el Poder Legislativo a través de sus Cámaras. Los requisitos para promulgar una ley son distintos y más exigentes que los necesarios para disposiciones de inferior grado, acarreado como consecuencia la también menor tutela de garantías formales y posiblemente materiales.

Esto lleva a concluir que la imputación de delito dependerá en buena medida de las rápidas mutaciones de disposiciones reglamentarias adoptadas sin mayores requisitos que la autoridad y competencia de ciertas jerarquías dentro de la Administración sin más consideraciones y, por cierto, distante del

tracto que ha de seguir un proyecto para luego ser ley en el seno del Poder Legislativo. Está demás añadir que esas disposiciones complementarias y de menor jerarquía pueden crearse con premura, sin control adecuado de las consecuencias que podrían aparejar y, al final del trayecto, converger hacia la atribución de delito.

Hasta aquí he expresado argumentos para rechazar la instauración de un tipo penal parcialmente en blanco. Al efectuar los primeros estudios al texto del art. 1 del entonces proyecto de ley arribé a la inicial conclusión de que se trataba de una construcción que albergaba ese mencionado *blankett*. Empero, al proseguir analizando la ingeniería jurídica constaté la ambigüedad de conceptos, la difuminación del tipo penal en varios extremos, la imprecisión de la descripción del tipo que permite una muy amplia gama de conductas subsumibles en él, el gran espacio interpretativo que deja librado, la ausencia de límites claros para formar la decisión judicial, la descripción imprecisa de la conducta (acotada a una omisión ambigua), la preeminencia de supuestos fácticos discutibles, indefinidos y peligrosistas. Esto me ha llevado a concluir que estamos ante un tipo penal abierto y, por ende, es inconstitucional su aplicación, dado que –por lo recién enunciado– no se cumplen adecuadamente los principios de legalidad ni de tipicidad que deben cobijar todo tipo penal para poder imputarse. La conducta descrita en el tipo no es ontológicamente delito, sino infracciones administrativas y laborales que deberían ser ajenas al acotado campo del Derecho penal y tender a un limitado y necesario –pero no excesivo– poder punitivo del Estado.

13. Punibilidad.

El artículo 1 contempla una pena de dos a veinticuatro meses de prisión. En consecuencia, sería potencialmente excarcelable, pero el parámetro fundamental es que se deberá cumplir la regla del procesamiento sin prisión, salvo cuando se dé alguno de los requisitos para disponer la reclusión preventiva por razones de grave alarma pública, riesgo de abstraerse del proceso, obstaculizar la prueba o continuar delinquiendo. Se ha marcado un criterio político-criminal de punición tendiente a la mínima expresión. Esto coadyuva a la falta de necesidad de construir un tipo penal de peligro grave, con espacio abierto o en blanco, con responsabilidad objetiva y un amplio espectro para el ámbito del sujeto activo, para luego fijar un guarismo de pena reducido. Lleva a concluir que, a todas luces, lo más anhelado es dar el mensaje más que establecer la pauta de conducta penal con una conminación representativa de ese tan llamativo peligro calificado por su supuesta gravedad y concreción. Lo que parece ocurrir es que, a fin de cuentas, la pena legislada es más racional que la conducta criminalizada; y así parece haberlo corroborado el propio legislador al establecer un bajo baremo punitivo. No se debe aumentar esta pena, sino suprimir el tipo penal recientemente legislado.

Como es notorio, la concreción del peligro en daño implica lesiones, enfermedades y la pérdida de la vida. Verbigracia, el delito de lesiones personales o leves tiene prevista en el Código Penal la pena de tres a doce

meses de prisión; el de lesiones graves posee veinte meses de prisión a seis años de penitenciaría; y las lesiones gravísimas van de veinte meses de prisión a ocho años de penitenciaría. Por su parte, el delito de homicidio tiene una pena mínima de veinte meses de prisión y el máximo de doce años de penitenciaría. Especificado esto, se constata que asistimos al espectáculo de penas desarmonizadas, al punto que el peligro de una lesión puede implicar igual o aún mayor pena que la efectiva lesión física.

Como si esto fuera insuficiente, existe a estudio de los mismos legisladores actuales un proyecto de Código Penal que derogaría varios aspectos de esta ley aquí analizada. Debió tratarse como un todo en el mismo proyecto del Código o llanamente no distorsionar la sistémica penal a través de una ley con tantos aspectos objetables, como en su momento se le señaló al legislador, y otros que van aflorando a partir de su vigencia.

14. Persigüibilidad de oficio.

El art. 1 de la ley comentada hace alusión al peligro sobre, concretamente, la integridad física. Hete aquí que el Código Penal en lo concerniente a los delitos de lesiones personales y lesiones graves culposas son solo castigables a denuncia de parte; por ende requiriendo la instancia del ofendido. Surge una situación particular, porque si ocurre una lesión efectiva (arts. 316, 317, 321 y 322 del CP), se actúa a instancia del ofendido y no de un tercero denunciante. Sin embargo, para el delito de peligro (sin daño efectivo) del art. 1 de la ley y su complementación con el art. 3 de la misma, que sin duda alguna es de menor entidad que la lesión física, la instancia es de oficio y alcanza con que la denuncia la formule un tercero sin que sea determinante la decisión de la víctima real para que se inste o no.

Se produce un desfase que altera la armonía de la operatividad penal. No es aceptable que un delito de peligro que no lesiona efectivamente el bien jurídico tutelado sea perseguible de oficio, mientras que el correspondiente a ese bien jurídico con lesión a éste sea a instancia del ofendido. En ambos casos la denuncia debía estar sujeta a la libre decisión de la víctima o quien hiciera sus veces.

15. Algunos comentarios acerca del art. 2 de la ley n.º 19.196.

El art. 2 modifica al art. 7 de la ley n.º 16.074. La figura del empleador del art. 1 no coincide con la del art. 2. Las referidas en los arts. 1 y 2 son situaciones distintas en varios aspectos. Entre otras cosas, expresa el segundo artículo que el funcionario actuante del Banco de Seguros del Estado debe dar cuenta al Inspector General de Trabajo y de la Seguridad Social para que éste denuncie al juzgado penal los hechos de apariencia delictiva contra la vida o integridad física del trabajador.

Aquí se aparta conceptualmente de lo establecido en el art. 1 de la misma ley, tratando accidentes de trabajo o enfermedades profesionales acaecidas. No

son los meros peligros requeridos por el art. 1, sino acontecimientos lesivos, dado que al comienzo del párrafo se expresa que han de ser accidentes o enfermedades profesionales. Además, viene al punto señalar que unos y otras no necesariamente son el fruto de no adoptarse los medios de resguardo y seguridad requeridos en el art. 1.

Se observa una imprecisa forma de decir el Derecho, con un lenguaje ambiguo y contradictorio o, cuando menos, que da pie a confusiones.

Allende lo dicho, el Código Penal uruguayo contempla en su art. 177 la responsabilidad penal del funcionario público que omite o retarda denunciar los hechos de apariencia delictiva conocidos por razón de su función. El concepto de funcionario público es más amplio en el Derecho penal que en el administrativo. En consecuencia, en materia penal son abarcados como funcionarios públicos los de entes autónomos, paraestatales y de hecho o meritorios.

Vale decir, que el mentado art. 177 del Código Penal establece lo que la ley n.º 19.196 reitera, pero introduciendo ésta algunas variantes inapropiadas desde el punto de vista penal.

16. Cuestiones procesales.

En relación al art. 3 de la ley n.º 19.196 cabe efectuar alguna acotación en virtud de su contenido procesal penal. En estos momentos hay sometido a estudio del Poder Legislativo un proyecto de Código Procesal Penal diverso de lo contenido en la ley aquí analizada. En caso de aprobarse tal como está, el mencionado proyecto de Código modificaría la presente ley. El art. 3 dispone una nueva redacción completa del art. 83 del Código procesal vigente. En efecto, éste rezaba: *El damnificado y el responsable civil no tendrán más intervención ni facultades que las que establecen los artículos precedentes.* Los arts. 80 al 82 disponen algunas actuaciones e intervenciones del damnificado y del tercero responsable civilmente, tales como solicitar al juez durante el sumario providencias para la comprobación del delito y la determinación de culpabilidad, así como comparecer el damnificado y promover la adopción de medidas cautelares.

Como puede observarse, bajo el rótulo de “denunciante”, el art. 3 de la ley aludida utiliza primero un criterio amplio, pero luego se complica desde el punto de vista técnico, porque define como denunciante a toda persona que comunica al juzgado competente la noticia de hechos que a su juicio constituyen delito. La utilización de la expresión “denunciante” en este punto no parece correcta o, al menos, es imprecisa, puesto que queda en situación de denunciante quien da al juez una mera *notitia criminis*, consistente en poner en conocimiento de la justicia penal un hecho de apariencia delictiva para que el magistrado competente disponga la indagatoria si eventualmente fuere pertinente.

El segundo párrafo del art. 3 pauta requisitos que contrarían la idea de que sea un mero informante o comunicador a la justicia sobre un hecho aparentemente delictivo. Los requisitos consisten en que la denuncia debe ser

presentada por escrito, lo cual se repite en nuestro sistema penal y es correcto tratándose de denuncias. A su vez, deben relatarse los hechos, lo que es obvio y correcto. Luego aparecen dos aspectos de mayor dificultad que se distancian del sistema habitual. Uno de ellos es que se agregarán los elementos de prueba de que se disponga. Al respecto, la persona que da la *notitia criminis* puede no poseer elementos probatorios que aportar y, en tal extremo, conforme a lo edictado por dicho artículo queda eximido de la obligación de aportación probatoria debido a que no dispone de ella. Por último, establece la posibilidad del denunciante de solicitar el diligenciamiento de la prueba si correspondiere. Estas expresiones no son objetables pensando en un denunciante, pero resultan ajenas a un dador de la *notitia criminis*. El desdibujamiento del rol de mero informador de un acontecimiento de apariencia delictual llevándolo a situación de denunciante y de parte procesal debe tratarse de otra forma, si es que es eso lo que se quería, dotando a la totalidad del proceso de facultades de actividad procesal paritaria para los intervinientes. Aquí se produce un cambio considerable sin armonizarlo con los demás artículos del Código del Proceso Penal atinentes a las posibles actuaciones de los ciudadanos en el desarrollo del proceso.

Por último, el párrafo final del art. 3 de la ley sobre responsabilidad penal del empleador recurre a tres figuras: damnificado, denunciante y civilmente responsable, diciendo que *tendrán acceso al expediente durante todo el desarrollo del presumario [y que] podrán proponer el diligenciamiento de pruebas*. Lo cual se acompasa con una serie de cambios estructurales en el proceso penal que son nítidamente compartibles. Sin duda, es lo mejor que se ha consagrado en esta ley deficitaria. Esto es, que de una buena y definitiva vez se abran los expedientes penales desde su mera existencia presumarial durante la indagatoria para que de veras se democratice el proceso penal conforme al Estado de Derecho característico de Uruguay los denunciantes puedan revisar el expediente, así como debería el justiciable o denunciado tener el mayor acceso posible a las actuaciones como garantía de un debido proceso. La reserva presumarial es un vestigio de la dictadura (aunque le haya precedido) que no debe anidar en nuestro sistema jurídico. Si se entendiera que existe alguna y excepcional situación para tal pesquisa secreta, entonces debería someterse a la prohibición constitucional al respecto y, asimismo, restringir el tiempo de reserva, explicitar las razones debidamente fundadas, noticiar a la brevedad al justiciable que existe una indagación sobre él aunque no se le aporten por un breve lapso inicial (y estrictamente excepcional) la información de la investigación primaria, pero luego rápidamente disponer el total y libre acceso al expediente por parte del indagado y su abogado defensor.

Es indiscutible que la redacción del último párrafo del mencionado art. 3 dispone el anhelado acceso al expediente *durante todo el desarrollo del presumario* por parte del damnificado, el denunciante y el tercero civilmente responsable, además de consagrarles la debida posibilidad de diligenciar prueba.

17. Inconstitucionalidad.

El tema de la inconstitucionalidad ya ha sido perladamente tratado en esta comunicación. El art. 3 de la ley de responsabilidad penal del empleador contiene algunos aspectos que llevan a concluir que se trata de una disposición contraria a la Constitución.

El Derecho penal debe ser una clara expresión de la Constitución o llanamente la Constitución aplicada. En ella se consagran los fundamentales bienes jurídicos, así como los principios cardinales que dan pie al Derecho penal. Así, principios como tipicidad, realidad, mínima intervención, inocencia presunta, culpabilidad, legalidad, certeza jurídica, proporcionalidad, oportunidad y lesividad son de nítida raigambre constitucional y deben encontrar su plasmación en la ley penal a fin de ser aplicados en la práctica.

Como expresé *supra* tales extremos de inconstitucionalidad se dan en la ley n.º 19.196 merced a tratarse de un tipo penal indeterminado en su alcance, carente de precisión para ser interpretado, con bienes jurídicos cuyos niveles de tutela no quedan bien definidos, penando conductas que no ameritan relevancia penal, dejando de lado la subjetividad de la conducta y con un adelantamiento de la barrera punitiva que contradice el principio constitucional de necesidad de la ley. Por lo indicado antes, se ven así afectados los principios también de legalidad, igualdad, presunción de inocencia y *ultima ratio legis*, tornando a la mentada disposición en franca inconstitucionalidad.

18. Conclusiones.

a) Dadas las características exhibidas por el art. 1 de la ley n.º 19.196, la forma de que el empleador no sea pasible de imputación penal ante una relación de trabajo es que objetivamente cumpla a rajatabla las disposiciones legales y de inferior jerarquía contempladas en el ordenamiento jurídico nacional para resguardo y seguridad del trabajador.

b) El Derecho positivo uruguayo poseía una vasta gama de tipos penales utilizables ante conductas transgresoras para la correcta tutela penal de la vida, salud e integridad física de los ciudadanos, sin importar si se tratare de una relación afectiva, familiar, laboral o de mera convivencia social.

c) Era por lo tanto innecesario legislar sobre este asunto y peor aún haciéndolo con un tipo penal peligrosista e incompleto como el art. 1 de la ley n.º 19.196.

d) Preocupa la siniestralidad evitable en el terreno del trabajo. Nadie debe ser ajeno a esa legítima problemática ni al compromiso social que nos compete como ciudadanos, pero ello no justifica legislar de la manera inapropiada como se ha hecho.

e) Lejos de mejorar el sistema penal, esto afecta la estructura de un Derecho de actos, centrado en el elemento subjetivo del autor y renuente a elaborar tipos peligrosistas.