

# **Delitos imprudentes de resultado (homicidio y lesiones) en el ámbito laboral. Deber de seguridad del empresario, imprudencia del trabajador y autopuesta en peligro**

**Por Patricia Gallo<sup>1</sup>**

**Resumen:** En este trabajo se intenta delimitar la responsabilidad penal del empresario frente a los accidentes laborales, en los casos en que se configuró imprudencia por parte del trabajador (víctima). Se trata en definitiva de determinar adecuadamente los límites del deber de seguridad del empleador y del alcance del principio de confianza en el ámbito del trabajo. Para ello, debe tenerse en cuenta el deslinde entre la imprudencia temeraria y la imprudencia profesional del trabajador.

**Palabras clave:** deber de seguridad, imprudencia profesional, imprudencia temeraria, autopuesta en peligro, principio de confianza, consentimiento.

## **1. Introducción**

La situación relativa a la producción de los “accidentes de trabajo”, es decir cuando el “riesgo laboral” se concreta en la lesión o muerte del trabajador, se torna particularmente difícil de resolver desde el punto de vista del Derecho penal, en los casos en que el trabajador se ha comportado imprudentemente y esta conducta ha contribuido al resultado dañoso.

En efecto, la intervención de la víctima (trabajador) en el resultado lesivo adquiere singulares connotaciones en el sector de las imprudencias laborales debido a la especial posición de garante que ostenta el empleador, al atribuírsele un especial deber de seguridad respecto de la salud y vida de los trabajadores. Si bien es cierto que el trabajador no es deudor de seguridad frente a nadie, y es el empresario quien adeuda y garantiza esa seguridad, está claro que ello no significa establecer en el ámbito de los accidentes de trabajo un principio de responsabilidad penal objetiva del empleador o

---

<sup>1</sup> Docente Ayudante de Derecho Penal (Universidad de Buenos Aires). Doctora en Derecho (Universidad Autónoma de Madrid). Secretaria Letrada de la Cámara de Apelaciones Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal (Buenos Aires, Argentina).  
Artículo publicado en la revista “Perspectiva Penal Actual” de la Universidad Mayor de Santiago de Chile, edición 2016.

delegados de seguridad, de forma que una vez constatado el resultado lesivo pudiera ya atribuírsele automáticamente la responsabilidad penal al empresario.

En este contexto, se impone una primera aproximación (debido a limitada extensión del presente trabajo) a la determinación de los límites del deber de garante del empresario frente a la conducta negligente del trabajador y al abordaje sobre la posibilidad de que se configure -y bajo qué presupuestos-, en el marco de las lesiones laborales, la “autopuesta en peligro del trabajador.”

## **2. Deber de seguridad del empresario**

El deber de seguridad del empresario en el marco de la actividad laboral surge como expresión del general *neminem laedere* en relación a la creación de riesgos propios del proceso productivo. La “puesta” del riesgo fundamenta el deber de cuidado, pero su contenido se ha de deducir de la concreta naturaleza y características del riesgo creado.<sup>2</sup>

En este sentido, debemos atender a la particular naturaleza del riesgo creado por el empleador. En el “riesgo de empresa” pueden distinguirse dos momentos: la *apertura* de la empresa, momento de la creación del riesgo y el *ejercicio* de la empresa, proceso en el que se mantiene y desarrolla el riesgo creado y que puede crecer o disminuir.<sup>3</sup>

Se impone aclarar que la idea del riesgo juega un papel diferente en la responsabilidad civil y la penal. Respecto de la segunda, la idea de la creación del riesgo sirve para fundamentar la imputación de deberes de cuidado y de garante a quien es creador del riesgo, lo que constituye solamente el primer paso para proceder a imputar a éste la responsabilidad penal por el hecho lesivo. En el orden civil, la creación del riesgo es el fundamento de la imputación de la responsabilidad, a diferencia de lo que ocurre en el penal, donde es el presupuesto necesario para fundamentar la imputación de dicha responsabilidad.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> ARROYO ZAPATERO (1981): p. 136 y ss.

<sup>3</sup> ARROYO ZAPATERO (1981): p. 136 y ss. En contra: AGUADO LÓPEZ, quien no está de acuerdo en que pueda diferenciarse tan radicalmente esos dos momentos a la hora de fundamentar los deberes de seguridad del empresario, sino que por el contrario se confunden -momento de apertura de la empresa y momento del ejercicio del poder de dirección- (2002): p. 298.

<sup>4</sup> ARROYO ZAPATERO (1981): p. 136 y ss.

Es demostrativo de esta diferencia, el desarrollo de la “teoría del riesgo” respecto de la responsabilidad civil del empleador (a partir del art. 1113, segundo párrafo, del Código Civil argentino). En este sentido se sostiene que la imputación derivada de la responsabilidad (civil) por riesgo no se basa en la causación; carece de valor el mero concepto de la responsabilidad por el resultado basado en la relación causal

La más elemental exigencia de cuidado derivada del *neminem laedere* es la de abstenerse de crear riesgos, de actuar de tal modo que no se ponga en peligro la vida y la salud de otras personas. Pero esta prohibición no es absoluta, pues cede cuando la actividad peligrosa es útil y necesaria y como tal valorada por el ordenamiento jurídico.

La utilidad social de las actividades laborales, junto con los peligros que muchas de ellas conllevan, determina que el Derecho deba aceptar ciertos riesgos. Será *riesgo permitido* todos aquellos peligros inevitables, dado el estado de conocimientos, y aquellos que, aun siendo evitables, sería excesivamente costoso excluir.<sup>5</sup>

En este contexto, cabe preguntarse ¿bajo qué condiciones va a responder el empresario por los resultados lesivos con causa en las fuentes de peligro de la empresa?

En primer lugar debe destacarse que la permisión del riesgo no libera al agente de todo deber de cuidado, sino que simplemente *desplaza* el núcleo de lo prohibido.

En otras palabras, la “permisión del riesgo” no exime del cumplimiento de ciertos presupuestos a la creación del mismo y del sometimiento de la “vida” del riesgo a determinadas condiciones. Este condicionamiento conlleva a la aplicación de un especial cuidado dirigido a mantener el riesgo en su nivel mínimo inevitable para la obtención del bien socialmente necesario.

A esta altura del análisis, se puede concluir que la fuente del deber de garante del empresario frente a la vida y salud de los trabajadores será la *injerencia*.

---

material. No es tampoco una forma de responsabilidad derivada de la acción u omisión, porque surge y se concreta aun cuando medie un hecho, no debido a la conducta del obligado a indemnizar, pues lo relevante es quien sea *el titular en la esfera de riesgos dentro de la cual sobreviene el daño*. La responsabilidad (civil) por riesgo considera la coacción vital y social que coloca al trabajador en la necesidad de insertarse en una zona de riesgos ajena y tolerarla; el trabajo es una realidad social generalizada que tiene carácter ineludible para el trabajador, con efectos coactivos, pues el trabajo por cuenta ajena es el único medio que dispone para obtener sus ingresos. También se sostiene que el fundamento de la responsabilidad civil por riesgo (en el ámbito laboral) no radica en la antijuridicidad de la actividad del empleador, sino en las exigencias de la justicia conmutativa, porque quien persigue su propio interés, aun lícito, y daña el derecho de otro, debe indemnizar al perjudicado (SCHICK (2010): p. 220 y ss.).

<sup>5</sup> El criterio del riesgo permitido supone una ponderación de intereses cuya solución será distinta en cada momento histórico. Los avances tecnológicos, junto a un cada vez mayor respeto por la vida y la salud, están llevando a limitar progresivamente el ámbito del riesgo permitido (CORCOY BIDASOLO (2009): p. 361 y ss.).

Ha sido muy discutida la cuestión de si, para fundamentar la posición de garante, la conducta previa tiene que ser contraria al deber o ilícita ya como tal, con independencia de la puesta en peligro.<sup>6</sup>

La actividad de abrir una empresa es parte del riesgo permitido. Ese actuar precedente peligroso está permitido, pero no porque se trate de una injerencia “conforme a derecho”, se excluye la imputación al empresario del deber de garantía.<sup>7</sup>

El deber de garante consiste en la *acción que tienda a evitar que el riesgo inicialmente creado se eleve por encima del riesgo permitido*, el estrictamente necesario para lograr la producción del bien o servicio socialmente deseado. La conducta tendente a *evitar la elevación del riesgo será la conducta cuidadosa exigida*. De aquí se desprende, que el deber primario del garante de no elevación del riesgo derivado de una fuente de peligro es *la vigilancia sobre la fuente de peligro* para detectar las posibles alteraciones en la misma. *El deber de cuidado es el contenido concreto del deber de garante*. Cuando el sujeto actúa corrigiendo o neutralizando las elevaciones del riesgo lo que está haciendo es cumplir con las exigencias de la posición de garante en que está situado desde antes.<sup>8</sup>

Entonces, la correcta relación entre injerencia y conducta antijurídica es así: para fundamentar la posición de garante del ingerente y la equiparación al hacer activo no es necesario que la acción precedente sea contraria al deber, sin embargo, sí es necesario que lo sea la conducta *subsecuente*. Es decir, para fundamentar la posición de garante, la conducta del que por su injerencia se obligó como garante ha de ser contraria al deber objetivo de cuidado, por tolerar la elevación del riesgo por encima del nivel permitido. La antijuridicidad no se produce al momento de abrir la empresa, sino posteriormente al no vigilar. *Hay pues en la injerencia de riesgo permitido, una exigencia de antijuridicidad, pero referida a la conducta posterior y no a la precedente.*<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Al principio, ni la jurisprudencia ni la doctrina conocían tal restricción. Hoy, en cambio, aquella cuestión se contesta predominantemente de modo afirmativo (STRATENWERTH (2005): p.466.

<sup>7</sup> ARROYO ZAPATERO (1981): p. 136 y ss.

<sup>8</sup> En sentido similar, LASCURAÍN SÁNCHEZ sostiene que en los supuestos de riesgo permitido, la creación de éste es, por definición, acorde con el deber objetivo de cuidado, pero implica la atribución tanto de deberes de garantía como de deberes especiales de cuidado al que crea aquel o lo mantiene en su dominio. Si el sujeto crea un peligro nuevo o adicional no permitido infringe el deber de cuidado; si no adopta los medios prescritos de control del riesgo y permite que éste rebase las barreras de lo permitido, infringe el deber de garantía (1994): p. 261 y ss.

<sup>9</sup> ARROYO ZAPATERO, (1981): p. 136 y ss. Hasta aquí, el deber de garante es fundamentado por ARROYO ZAPATERO en la injerencia, sin embargo, al tratar la situación de los “riesgos ajenos” fundamenta esa especial posición del empresario en el poder de dirección.

El trabajador, en la medida que se pone al servicio del empresario, queda sometido inevitablemente y *de iure* a los riesgos -permitidos- de la actividad laboral. En este sentido, la víctima depende tanto de la prestación de las medidas de seguridad complementarias a la acción de riesgo permitido, como de la no realización de la acción peligrosa prohibida y en esa igual dependencia -igual indemnificación- radica la equiparación del omitir la acción evitadora del resultado, con la producción activa del mismo. El resultado lesivo es aquí obra del ingerente, pues él es el creador de la situación de dependencia, y sólo de él depende la evitación del resultado lesivo a través de las medidas de seguridad complementarias y de salvamento, ya que la permisión de la actividad genéricamente peligrosa no es permisión de la concreta peligrosidad de la misma, sino precisamente, mandato de evitar tal peligro concreto y más aún, la lesión.<sup>10</sup>

### **3. Límites al deber de seguridad del empresario**

El cuidado del empresario no tiene, en principio, que extenderse a la previsión de los peligros que otros puedan crear. Es decir, rige el principio de confianza en el comportamiento cuidadoso de terceros que intervienen en el proceso de trabajo.

Sin embargo, ese principio sufre una inversión radical cuando se trata de ciertos peligros que los trabajadores puedan generar contra sí mismos.

---

En efecto, sostiene el autor citado que el empresario es garante de la vida y salud del trabajador que actúa en el ámbito de la actividad empresarial laboral y bajo la dependencia material y jurídica de aquel, o sea, cuando el que directamente actúa lo hace en el ámbito y bajo el señorío del empresario. Ese señorío se concreta en el poder de dirección empresarial.

El contenido específico del deber de garantía del empresario sobre los riesgos ajenos (de sus subordinados), se resuelve fundamentalmente en una función de vigilancia y control sobre la actividad de éstos, en la adopción de todas las medidas de coordinación entre él y su subordinado y de los subordinados entre sí, y en la suspensión de los subordinados en su actividad cuando aprecie que la selección efectuada en la apertura de la empresa no fue acertada, o se deteriore la aptitud de estas personas posteriormente. Recapitulando, ARROYO ZAPATERO sustenta el deber de garante del empresario en dos fundamentos distintos. Con relación a los riesgos que el empresario introduce en la empresa -en el momento de la apertura de la empresa o en un momento posterior- es responsable por injerencia. Respecto de los riesgos que introducen personas o elementos distintos del empresario que intervienen en la empresa y que carecen de poder de decisión -trabajadores, animales, etc.-, el empresario sería responsable por ser el titular de un poder fáctico y jurídico -poder de dirección- de organizar los elementos materiales y personales de la empresa. Este desdoblamiento del sustento del deber de garante ha generado la crítica de AGUADO LÓPEZ. En opinión de la autora, el deber de garante del empresario se apoya en un sólo fundamento: la injerencia, ya que la titularidad del poder de dirección no es un fundamento distinto o independiente de la idea de injerencia, sino que deriva de la misma (2005): p. 310 y ss.

<sup>10</sup> ARROYO ZAPATERO (1981): p. 136 y ss.

La doctrina ha elaborado una teoría particular de la responsabilidad en lo que se ha denominado “trabajos propensos al riesgo”. Estos trabajos son aquellos que, bien como un todo o en fases del mismo, o en particulares formas de su realización imponen al trabajador la tendencia a prescindir del cuidado “normal” en el desarrollo de su actividad y a incurrir en descuidos que provocan situaciones de peligro y resultados lesivos. Estas circunstancias ocasionan en el trabajador excesos de fatiga y familiarización con el riesgo, y el consiguiente desprecio del mismo.<sup>11</sup>

Sin embargo, hay que distinguir entre distintos niveles de esa negligencia: la negligencia profesional -omisión de diligencia media- y la negligencia temeraria -omisión de la diligencia elemental-.

Admitir la existencia -y relevancia- de la negligencia profesional, como un efecto de los trabajos propensos al riesgo, tiene una doble consecuencia: por un lado se reduce el ámbito de responsabilidad criminal del trabajador por daños, lesiones y homicidios imprudentes que pueda producir. Por otra parte, se produce una ampliación del deber objetivo de cuidado del empresario, que ha de extenderse a prever y neutralizar los riesgos derivados de tales “imprudencias de los trabajadores.”<sup>12</sup>

El fundamento de la limitación de la responsabilidad del trabajador finca en que esas circunstancias favorecedoras de la conducta incorrectamente arriesgada son inevitables para el trabajador dependiente en la medida en que está sometido al poder de dirección y decisión -exclusivo- del empresario, sobre las condiciones de prestación del trabajo y en ese sentido, los presupuestos de su conducta y los riesgos derivados de ella no pueden ser considerados como propios.<sup>13</sup> Sólo quien trabaja por cuenta propia y autónomamente puede ser considerado en estas circunstancias como señor de su propio

---

<sup>11</sup> ARROYO ZAPATERO (1981): p. 136 y ss.

<sup>12</sup> ARROYO ZAPATERO (1981): p. 136 y ss. En igual sentido SIERRA HERNAIZ sostiene que los trabajadores tienen responsabilidades específicas (previstas en la reglamentación de las diferentes actividades laborales), ya que sin su colaboración la labor preventiva del empresario podría perder parte de su eficacia. No obstante ello, estos preceptos no tienen entidad suficiente para considerar al trabajador como sujeto responsable sino únicamente para tener en cuenta su conducta de cara a la atenuación, o en su caso exoneración de la responsabilidad del empresario (2009): p. 177 y ss.

<sup>13</sup> La relación jurídico laboral se caracteriza por la desigual posición entre los sujetos -empresario y trabajador- desigualdad no sólo formal, sino también material, puesto que el empresario posee los medios de producción y emite órdenes, lo que le permite organizar la actividad productiva y también sancionar al trabajador en caso de incumplimiento de sus directivas, ya que detenta el poder disciplinario. Por lo tanto, sobre él recae no sólo la efectividad de la medida sino también la solvencia de su cumplimiento, lo que implica que pasa a ser el sujeto principal responsable del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales en virtud de su deber de garante (SIERRA HERNAIZ (2009): p. 177 y ss.).

riesgo. En conclusión, el cuidado que le es exigible al empresario debe ser tal que tome en cuenta las hipotéticas conductas imprudentes de sus trabajadores. Las medidas de seguridad a adoptar y el grado de vigilancia a prestar deben tender a asegurar al trabajador frente a sus propias imprudencias.<sup>14</sup>

El estudio sobre los límites del deber de seguridad del empresario es complejo, ya que requiere ciertas precisiones previas en torno a la determinación del riesgo permitido en el desarrollo de su función, que dependerá no sólo de una exégesis adecuada de la normativa extrapenal general, sino también de la reglamentación de la actividad laboral específica.

Recapitulando: el deber de seguridad del empresario se extiende a la previsión de la imprudencia, pero no a cualquier comportamiento descuidado del trabajador, sino sólo a aquellos asociados a la “imprudencia profesional”.

En esta exégesis, la “imprudencia temeraria” del trabajador configura el *límite del deber de seguridad del empresario*.

#### **4. Imprudencia del trabajador**

##### **4.1. Introducción**

Antes de abordar la relevancia de la imprudencia del trabajador en el ámbito de la seguridad laboral, corresponde analizar el origen de los posibles riesgos que pueden concretarse en el resultado dañoso, consecuencia del eventual accidente laboral.

En este contexto, cabe hacer la distinción dentro de las medidas de seguridad impuestas por las normas de prevención de riesgos laborales, entre las que están destinadas a la protección general y las que consisten en elementos de protección individuales.

Con esta óptica, puede afirmarse sin duda que la omisión del empresario de instalar las medidas de seguridad generales o colectivas,<sup>15</sup> introduce un riesgo no permitido<sup>16</sup>, pero

---

<sup>14</sup> ARROYO ZAPATERO (1981): p. 136 y ss.

<sup>15</sup> Por ejemplo, en Argentina, en el ámbito de la actividad laboral de la construcción, el art. 52 del decreto n° 911/96 (que reglamenta dicha actividad), establece como medidas de seguridad colectivas que “*El riesgo de caída de personas se debe prevenir como sigue: a) las aberturas en el piso se deben proteger por medio de:..barandas de suficiente estabilidad y resistencia en todos los lados expuestos..dichas barandas serán de 1 m de altura con travesaños intermedios y zócalos de 15 cm de altura ...c) cuando no*

no resulta tan simple llegar a la misma conclusión respecto de las medidas de seguridad individuales.<sup>17</sup> Con relación a estas últimas, surge el interrogante acerca de si la función de seguridad a cargo del empleador se satisface poniendo éstas a disposición de los trabajadores o si se le impone además, el deber de vigilar que los operarios efectivamente las utilicen.

Sobre el punto, se ha dicho que para el cumplimiento de las medidas de seguridad es necesario que la orden se ponga en conocimiento de los interesados y que se vigile su cumplimiento. En ocasiones, el deber de cuidado obliga a que se exija coactivamente el cumplimiento de las medidas de seguridad. La jurisprudencia española fundamenta ese deber de vigilancia en dos principios: por un lado la inversión del principio de confianza, que supone que los cargos directivos y mandos intermedios no pueden confiar en la actuación correcta de los trabajadores, sino que por el contrario, responderán por su actuación incorrecta -contracara de la posición de garante por los riesgos propios de su ámbito de dominio-. El otro principio radica en la “imprudencia profesional”: se acepta que la habituación y práctica del trabajo crea costumbres y actuaciones profesionales que pueden ser imprudentes.<sup>18</sup>

La distinción planteada conduce también a la siguiente pregunta: ¿en qué consiste la conducta *imprudente* del trabajador? ¿se configura con la mera aceptación de efectuar su tarea laboral sin que estén cumplidas las medidas de seguridad colectivas? Si en esas condiciones, él decide no utilizar las medidas de protección individuales que tiene *a su disposición*, ¿introduce un riesgo diferente al que implicaba la ausencia de las medidas generales?

---

*se utilicen barandas, travesaños y zócalos como protección contra la caída de personas, se instalaran redes protectoras por debajo del plano que deben cubrir todas las posibles trayectorias de caídas”.*

<sup>16</sup> En el Derecho penal español, ese hecho es considerado *per se* como delito cuando en esa situación se haya puesto en peligro concreto la vida o salud o integridad física de los trabajadores, conforme al art. 316 del CP español que dispone que: “*Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses*”.

<sup>17</sup> Para seguir con el mismo ejemplo, el art 56 del decreto nº 911/96, dispone: “*Todas las medidas anteriormente citadas se adoptarán sin perjuicio de la obligatoriedad por parte del empleador de la provisión de elementos de protección personal acorde al riesgo y de acuerdo a lo estipulado en el capítulo “Equipos y elementos de protección personal”.* Son elementos de protección individual el cinturón de seguridad o arnés, el casco, los guantes, etc.

<sup>18</sup> CORCOY BIDASOLO (2009): p. 363 y ss.

Por otra parte, también cabe preguntarse si alguna de esas conductas del trabajador es penalmente relevante, es decir, si interrumpe el nexo de imputación del resultado al incumplimiento del deber de cuidado del empleador, y en este sentido, si puede éste invocar el principio de confianza respecto de la conducta correcta del trabajador o si, por el contrario, le compete el *control* de ese riesgo introducido por su dependiente, al no usar los elementos de protección personal.

Todas estas cuestiones pueden abarcarse formulando la siguiente pregunta: el desarrollar el trabajador su tarea laboral en ausencia de las medidas de seguridad previstas -colectivas e individuales-, ¿puede considerarse una *autopuesta en peligro* a él imputable?

#### **4.2. Autopuesta en peligro del trabajador.**

Para que la actuación “a propio riesgo” de la víctima excluya la imputación del tercero, deben reunirse ciertos presupuestos básicos:

En el esquema desarrollado por CANCIO MELIÁ, cuando el titular de un bien jurídico (víctima) emprende conjuntamente con otro (autor) una actividad que puede producir una lesión de ese bien jurídico, la actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima, en la medida en que:

- a. la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima
- b. la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor, por carecer ésta de la responsabilidad o de la base cognitiva necesarias para poder ser considerada (auto-)responsable
- c. el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima.<sup>19</sup>

Dicho esto, el análisis debe orientarse ahora a determinar si estos presupuestos generales son aplicables a las relaciones laborales.

##### 4.2.1 Autoorganización y consentimiento de la víctima.

---

<sup>19</sup> (1998): p. 284. En igual sentido, LÓPEZ DÍAZ (2006): p.397 y ss.

Respecto de los dos primeros requisitos, cabe decir en primer lugar, que no hay organización conjunta cuando el contexto imputable a la víctima sea distinto e inferior en potencial lesivo al contexto imputable al tercero autor.<sup>20</sup>

Quien se coloca a sí mismo, consciente y voluntariamente en peligro, debe tener capacidad para valorar el significado de su conducta, las consecuencias y en especial la importancia del bien jurídico que pone en peligro. La doctrina suele usar el instituto jurídico del *consentimiento* como criterio encaminado a excluir la responsabilidad del tercero.<sup>21</sup> En este sentido, se exige que la víctima tenga capacidad jurídica para disponer del bien y para comprender la situación en la que consiente, y que el consentimiento no tenga vicios, esto es, no debe provenir de error, ni haber sido obtenido mediante engaño, amenaza o coacción.<sup>22</sup>

Sobre el punto, se señala que el trabajador debe actuar con absoluta conciencia del riesgo que está asumiendo, aun cuando no prevea ni asuma el posible resultado lesivo.<sup>23</sup> En este sentido, se ha sostenido que una consecuencia jurídica de considerar a la “seguridad en el trabajo” como configuración autónoma respecto de los bienes jurídicos penales vida, integridad física y salud, es precisamente la falta de eficacia del consentimiento prestado por el trabajador con relación a la asunción de riesgos

---

<sup>20</sup> CANCIO MELIÁ (1998): p. 370.

<sup>21</sup> CANCIO MELIÁ (1998): p. 397 y ss. Discute la doctrina si el consentimiento así planteado suscita un problema de tipicidad (atribución de comportamientos y resultados) o de justificación de una conducta típica (LASCURAIN SÁNCHEZ (2005): p. 565 y ss.). GEERDS fue el primero en mantener la necesidad de distinguir dos institutos jurídicos independientes dentro del fenómeno de la voluntad aquiescente del lesionado, diferenciando entre consentimiento excluyente de la antijuridicidad de la acción típica y consentimiento excluyente de la tipicidad, que podemos denominar “conformidad”. En ese contexto, el consentimiento propiamente dicho excluye la antijuridicidad porque elimina “la grave inmoralidad que acompaña al hecho”, para ello el lesionado debe tener capacidad de consentir, lo que implica madurez y discernimiento necesarios para comprender la antijuridicidad del hecho. Por su parte, la conformidad opera excluyendo la tipicidad, lo cual es posible siempre que el tipo penal presuponga expresamente o conforme a su naturaleza que el autor actúa contra o sin la voluntad efectiva del lesionado, o sea “*invito laeso*” (DE LA GÁNDARA VALLEJO (1995): p. 75, con cita de GEERDS).

Para determinar el ámbito de aplicación del consentimiento, la doctrina distingue entre bienes jurídicos colectivos o supraindividuales y bienes jurídicos individuales. Los colectivos son indisponibles, porque pertenecen a un colectivo y por lo tanto uno o varios no pueden decidir por todos. Los individuales son en principio disponibles, excepto aquellos que por ser fundamentales son irrenunciables como la vida, que es un bien jurídico esencial reconocido por la Constitución Nacional como derecho fundamental y garantía frente al Estado. Es indisponible, pues el Estado está obligado a proteger la vida humana con independencia de la voluntad del ser humano. La integridad física y salud son también bienes jurídicos fundamentales reconocidos por la CN. A diferencia de la vida pueden ser renunciables si se ponen en conexión con otros principios constitucionales, por ejemplo: el del libre desarrollo de la personalidad, que hacen que aquellos sean disponibles pero con ciertos límites, es decir siempre que con ello no se vulneren otros principios constitucionales como la dignidad de la persona (AGUADO LÓPEZ (2006): p. 135 y ss.).

<sup>22</sup> CANCIO MELIÁ (1998): p. 397 y ss.

<sup>23</sup> CORCOY BIDASOLO (2009): p. 56 y ss.

inherentes a su puesto de trabajo. En esa dirección, la jurisprudencia española mayoritaria entiende que el derecho de los trabajadores a unas condiciones de trabajo seguras no es disponible, de ahí que resulte irrelevante el consentimiento del trabajador o la aceptación fáctica o explícita del riesgo, por eso no cabe hablar de una “autopuesta en peligro” de un trabajador que “acepta” el riesgo de una obra ilegalmente peligrosa como la de la polémica SAP Barcelona 2.9.2003.<sup>24</sup> Por su parte, CORCOY BIDASOLO entiende que no es cierto que en este ámbito nunca pueda afirmarse la autopuesta en peligro del trabajador porque se trate de bienes jurídicos indisponibles por la víctima.<sup>25</sup>

Ahora bien, más allá de las diferentes posiciones doctrinarias que puedan asumirse sobre la disponibilidad del bien jurídico, este primer presupuesto en el que se sustenta la imputación a la víctima, -autoorganización y condiciones esenciales de conocimiento y voluntad para autoorganizarse- no se configura normalmente (aunque en casos remotos puedan existir algunas excepciones) en el ámbito de las relaciones laborales.<sup>26</sup>

En primer lugar, porque el trabajador que actúa en el ejercicio de su prestación laboral no se autoorganiza, sino que ayuda a otro a organizarse: trabaja por cuenta ajena y bajo dirección ajena.<sup>27</sup> Lo que hace es más *asunto de otro* que suyo y por eso, precisamente el ordenamiento configura en ese otro una posición de seguridad para preservarle a él de

---

<sup>24</sup> En ese fallo tan cuestionado, la Audiencia Provincial de Barcelona, absolvió del delito de lesiones imprudentes al empresario y al arquitecto de una obra, en la que no se encontraba ninguna medida de seguridad de cerramiento del hueco de una fachada, desde donde cayó al vacío un operario. El tribunal no niega la conducta negligente de los acusados, por no haber proporcionado al trabajador las adecuadas y debidas medidas de seguridad, pero estima que éste último, al aceptar trabajar en esas condiciones, realizó una conducta “clamorosamente imprudente”, por lo que debe ser considerado el único responsable de las lesiones que sufrió. Se destacó que “*El empresario omitió las más elementales medidas de seguridad, pero ante su ausencia, el obrero debió adoptar las medidas necesarias para evitar el accidente, teniendo en cuenta la situación real*”. Se consideró que la imprudencia del trabajador interrumpió el nexo de imputación del riesgo creado por el empresario, ya que la infracción del deber de cuidado del operario fue mayor que la de éste y fue el obrero quien determinó en exclusiva la forma y circunstancias de su realización, determinando en última instancia el accidente. En la sentencia criticada se reconoce que tanto el empresario como el trabajador infringieron normas de cuidado, pero la razón para imputar al comportamiento del obrero la creación del riesgo que se concretó en el resultado, radica en la consideración de que el resultado *era más previsible para él que para el empresario*. Este razonamiento ha merecido muchas críticas de la doctrina española, y se aparta de una jurisprudencia unánime del Tribunal Supremo, que siempre ha mantenido que “*no puede ser excusa para no condenar al empresario imprudente la evidente existencia de un descuido de la víctima en la realización de su trabajo*” (ver CASTIÑEIRA PALOU, LLOBET ANGLÍ y MONTANER FERNÁNDEZ (2005).

<sup>25</sup> CORCOY BIDASOLO (2009): p. 56 y ss. HORTAL IBARRA (2005): p. 56 y ss.

<sup>26</sup> LASCURÁIN SÁNCHEZ (2005): p. 565 y ss.

<sup>27</sup> En los accidentes laborales, no es la víctima la que se introduce voluntariamente, asumiendo el riesgo existente en el peligro ya creado previamente por el empleador. Es el empleador el que crea el peligro sobre la víctima (STS, 19/10/2000 (59), citada por MARAVER GÓMEZ (2009): p. 110).

los riesgos que se derivan de la actividad productiva y para preservar a otros de los riesgos que genere el trabajador.<sup>28</sup>

En efecto, en el marco laboral la “organización conjunta” de una actividad generadora de riesgos es llevada a cabo bajo la dirección de uno de los sujetos intervinientes y en interés de éste. El orden legal atribuye la organización de la actividad productiva al empresario y como correlato de tales facultades de dirección, el ordenamiento impone al empresario o responsable de la actividad productiva generadora de riesgos, la función de velar por el cumplimiento de las reglas de seguridad en el trabajo.

En segundo término, puede decirse que en general el consentimiento prestado por el operario no es válido por defectos de *conocimiento* y de *voluntad*.

Los primeros consisten en el desconocimiento del ciclo completo de producción y en la engañosa evaluación de los riesgos de quien está familiarizado con ellos.<sup>29</sup>

La falta de conocimiento exacto del riesgo que se está asumiendo, no sólo puede deberse a la habituación al peligro del trabajador, sino también a su falta de preparación y formación.<sup>30</sup>

Por otra parte, el concepto “autopuesta en peligro” requiere, junto con el conocimiento exacto del riesgo, la asunción *libre* de éste. Ello conduce a que muchas veces no pueda afirmarse que haya asumido, no ya conscientemente, sino *libremente* el riesgo, por haber actuado coaccionado en base a la precariedad de su puesto de trabajo, aun cuando no pueda sostenerse que el trabajador actúe *siempre* coaccionado.<sup>31</sup> Es en este contexto, en el que debe insertarse la cuestión acerca de si puede considerarse imprudencia relevante el sólo hecho de *aceptar* trabajar en condiciones antirreglamentarias que puedan poner en peligro la vida e integridad física del operario.<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> MARAVER GÓMEZ (2009): p. 110.

<sup>29</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ (1994): p. 565 y ss. Se le ha asignado tanta importancia a la habituación al riesgo, que ha sido tomada en consideración por el legislador español a través del llamado “deber de vigilancia” del empleador, que se tratará más adelante.

<sup>30</sup> CORCOY BIDASOLO (2009): p. 56 y ss.

<sup>31</sup> CORCOY BIDASOLO (2009): p. 56 y ss.

<sup>32</sup> La jurisprudencia española ha dicho que “*ocurrido un accidente de trabajo... no cabe apreciar una culpa autónoma del trabajador que se limitó a trabajar en las condiciones facilitadas por el empresario pues no se puede extraer del ordenamiento jurídico una obligación exigible al trabajador de no trabajar, aunque tal posibilidad o facultad se pudiese construir como derecho*” (TS Murcia, sentencia del 3/4/2006, citada por PÉREZ CAPITÁN (2009): p. 323 y ss.).

La invalidez del consentimiento, por una u otra causa, conlleva que, en principio, no pueda hablarse de autorresponsabilidad del trabajador eficaz para excluir la responsabilidad de los empleadores. Sin embargo, ello no debe plantearse como presunción, ni siquiera *juris tantum*, por lo que deberá examinarse cada caso en particular.<sup>33</sup>

Por otra parte, debe considerarse también que los defectos de voluntad pueden provenir, además, de la limitada capacidad de reclamación a la empresa de medidas de seguridad que puedan ser costosas o porque su uso puede implicar un ritmo de trabajo más lento.<sup>34</sup>

En conclusión, aun frente al principio de autorresponsabilidad, que comportaría que el empleador no responda por las imprudencias de un trabajador respecto de sí mismo, debe admitirse que en gran parte de los casos (que es cuando se configuran los defectos de voluntad y conocimiento), el consentimiento del trabajador en su propio riesgo es inválido y en consecuencia el empresario y sus delegados tienen el deber de impedir, con los medios razonables a su alcance, que el operario realice su prestación de un modo peligroso para su persona. No aceptar esta postura conduciría a aumentar la siniestralidad laboral, ya que quien necesita trabajar asumirá grandes riesgos para sí.

#### 4.2.2 Posición de garantía del empleador

El tercer presupuesto para la autopuesta en peligro también está ausente en el ámbito de las relaciones laborales. En efecto, tal como se desarrolló anteriormente, el empresario es un garante que tiene a su cargo un foco de peligro y debe mantener ese foco dentro del riesgo permitido y evitar los efectos dañosos que se originan si se rebasa ese nivel. De lo que se trata ahora es de determinar *cuándo* ese foco se convierte en prohibido, o en otras palabras, ¿cuáles son los límites del deber de garante del empleador? Creo que ese deber no está restringido a los supuestos en que los operarios se comporten

---

En el ámbito de los accidentes laborales de la construcción es prácticamente imposible que la víctima no actúe imprudentemente cuando se presta a trabajar en una obra donde el empresario, también imprudentemente ha infringido las normas de prevención de riesgos laborales. Es decir, junto a la negligencia del empresario, tiene que concurrir, *necesariamente*, la imprudencia consciente o inconsciente del obrero que aceptó trabajar en esas condiciones (GIMBERNAT ORDEIG (2003).

<sup>33</sup> CORCOY BIDASOLO (2009): p. 56 y ss. En contra LASCURAÍN SÁNCHEZ, quien habla de una presunción no irrefragable sobre la invalidez del consentimiento del trabajador. Señala el autor que: “*La responsabilidad del empresario y delegados decae si resulta que en la situación concreta el trabajador actuó con plena autonomía y con suficiente conocimiento y voluntad, por ejemplo los casos de dolo - actitud suicida- o cuando actúe en la empresa más para asuntos propios que ajenos*”. (2005): p. 565 y ss.).

<sup>34</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ (2005): p. 565 y ss.

correctamente, ya que los casos más frecuentes que pueden amenazar la estabilidad conforme a derecho de un foco de peligro, son aquellos que tienen su origen, *precisamente* en la actuación negligente de éstos. Y en este sentido, buena parte de los accidentes de trabajo sobrevienen por la resistencia de los trabajadores a emplear los medios de protección y las medidas de seguridad exigidas en su propio beneficio.<sup>35</sup>

Esta interpretación amplia de la posición de garante está asociada a la existencia de los llamados “deberes de vigilancia” a cargo del empleador.

Sostiene la doctrina española que de la posición de garante del empresario derivan una serie de deberes: de protección, de prevención, de formación, de elección y de vigilancia.<sup>36</sup> Ello implica, que para el cumplimiento de las medidas de seguridad, es necesario que la orden se ponga en conocimiento de los interesados de forma fehaciente y que además, se vigile su acatamiento.<sup>37</sup> El fundamento del deber de vigilancia tiene en España un origen legal.<sup>38</sup>

En otro nivel de análisis, y a favor de esta interpretación, debe tenerse en cuenta el razonamiento expresado por una corriente jurisprudencial española, que señala que la relación laboral no es horizontal o simétrica, sino vertical o asimétrica, al conferirse en exclusiva al empresario el poder de dirección y organización de la estructura empresarial donde se inserta la prestación laboral. De ahí cabe extraer la obligación de

---

<sup>35</sup> CANCIO MELIÁ (1998): p. 309 y ss.

<sup>36</sup> ARROYO ZAPATERO señala como “deberes relativos a las personas que van a intervenir en la actividad laboral”, a cuatro obligaciones básicas:

a) La prohibición de emplear a mujeres o jóvenes en los trabajos a éstos prohibidos o en los tiempos prohibidos.

b) La de seleccionar a las personas a quienes el empresario encomienda funciones de dirección del trabajo. La infracción a este deber da lugar a la *culpa in eligendo*, tan frecuente en los accidentes de trabajo.

c) La de seleccionar adecuadamente a los trabajadores, para cada puesto de trabajo.

d) La de instruir al personal. La infracción de este deber se materializa con frecuencia en las llamadas órdenes de trabajo incompletas, por ej. Orden de ejecutar un trabajo si la advertencia de que se debe usar el cinturón de seguridad. (La protección penal, p. 143 y ss.).

<sup>37</sup> CORCOY BIDASOLO menciona jurisprudencia española en la que se sostuvo un criterio más amplio aun, en el sentido de que en ciertos casos no basta con dar las órdenes y vigilar, sino que es necesario exigir imperativa y coactivamente el cumplimiento de las medidas de seguridad (Siniestralidad laboral y responsabilidad penal, p. 56 y ss.).

<sup>38</sup> La legislación española, concretamente en el artículo 15.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, dispone que “*la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador...*” (1981): p. 136 y ss.

control y de verificación del cumplimiento por parte de los trabajadores de las medidas de seguridad.<sup>39</sup>

La doctrina española recurre a dos argumentos para sustentar la existencia del deber de vigilancia. En primer lugar, se centra en lo especialmente previsible que resulta la conducta incorrecta del trabajador: su general falta de cualificación y su propensión al comportamiento descuidado en trabajos en los que resulta complicado mantener la atención, permite afirmar que la conducta incorrecta más que meramente previsible, es prácticamente segura. El segundo argumento, se refiere a la posición jerárquica del trabajador, pues en la medida en que se encuentra subordinado a las decisiones del empleador sobre la forma en la que debe realizar su trabajo, no se le puede considerar “señor de su propio riesgo.”<sup>40</sup>

La consecuencia dogmática de afirmar la existencia de este deber de vigilar, es la imposibilidad de invocar el principio de confianza por parte del empleador, en el comportamiento correcto del operario. Ello, porque el deber de vigilar (para prevenir o evitar la conducta incorrecta del trabajador) resulta incompatible con posibilidad de confiar. Desde esta óptica, se sostiene más bien la aplicación en este ámbito, de un “principio de desconfianza”.<sup>41</sup>

Debe interpretarse entonces que, ¿le corresponde al empleador proteger al trabajador de sí mismo?, y si es así, ¿entonces no se considera al operario un sujeto autorresponsable?

Cuando se trata de un sector en el que existen este tipo de obligaciones de control de posibles conductas de las propias potenciales víctimas, queda limitada la aplicación de las reglas generales de reparto de ámbitos de responsabilidad; una conducta de la víctima que en otras circunstancias hubiera conducido a la imputación de la actividad arriesgada, puede generar un comportamiento típico del sujeto obligado.<sup>42</sup>

No se trata de equiparar al trabajador con un incapaz, sino que en este ámbito, una de las partes está en una situación de superioridad que determina que sea la única que

---

<sup>39</sup> SAP Madrid, Penal Sec. 23, 15/11/2003, (citada por CASTIÑEIRA PALOU, LLOBET ANGLÍ, y MONTANER FERNÁNDEZ (2005).

<sup>40</sup> MARAVER GÓMEZ (2009): p.107 y ss.

<sup>41</sup> MARAVER GÓMEZ (2009): p.107 y ss.

<sup>42</sup> CANCIO MELIÁ (1998): p. 309 y ss., quien agrega que en las situaciones especiales de garantía, una razón normativa específica desplaza al principio de autorresponsabilidad.

conoce exactamente los riesgos, la única que tiene capacidad real para adoptar las medidas de seguridad y que tiene el poder de decisión de seleccionar trabajadores más o menos capacitados.<sup>43</sup>

Sin embargo, ello no puede conducir a que se establezca un deber de vigilancia -bajo pena de responder por los daños que puedan generarse- respecto de *cualquier* conducta imprudente de los trabajadores. No sólo porque no existe en el plano empírico la posibilidad de evitación, sino porque las obligaciones de tutela deben encontrar sus límites, a su vez, en el principio de autorresponsabilidad.<sup>44</sup> Es decir, aun cuando se sostenga una *atenuación* en la aplicación del principio de autorresponsabilidad, se recurre a éste para delimitar el alcance del deber de supervisión del empleador.

Por eso algunos autores rechazan, acertadamente, la postura que sostiene la vigencia de un principio de desconfianza general o que no rige el principio de confianza en el ámbito de las relaciones laborales.<sup>45</sup>

En esta dirección, es cierto que las diferencias de conocimiento y poder de decisión fundamentan la posición de garante del empresario. Sin embargo, ello sólo le obliga a tener un cuidado especial respecto de los trabajadores, pero no a tratarlos como menores de edad, enajenados o incapaces. Si existiera un principio de desconfianza ilimitado ni siquiera se podría contratar trabajadores para tareas peligrosas.<sup>46</sup>

Existe entonces un *deber de confianza limitado*.<sup>47</sup>

Es difícil marcar con exactitud el límite del deber de vigilancia,<sup>48</sup> pero resulta útil a tales efectos, tener en cuenta la distinción entre imprudencia profesional y temeraria.

---

<sup>43</sup> CORCOY BIDASOLO (2009): p. 56 y ss.

<sup>44</sup> CANCIO MELIÁ (1998): p. 312, en igual sentido CORCOY BIDASOLO (2009): p. 56 y ss.

<sup>45</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ (2000): p. 37 y ss.

<sup>46</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ (2000): p. 37 y ss.

En este sentido cabe destacar que no en todo supuesto en que un empleador encarga a un subordinado un trabajo debe instruirlo (deben excluirse los casos de trabajadores especialistas o experimentados en tareas arriesgadas, es decir cuando el empresario ha seleccionado adecuadamente al trabajador para la tarea arriesgada, ARROYO ZAPATERO (1981): p. 143).

<sup>47</sup> El alcance del principio de confianza depende de cómo se defina el Estado. En un Estado social, el principio de confianza no tiene un alcance tan amplio, porque el límite de este principio depende de consideraciones estrictamente normativas. Dichos límites -al igual que el del riesgo permitido- no son fijos ni permanentes, varían de acuerdo al ámbito social y al contexto histórico. En ámbitos como el laboral, consideraciones de tipo social o de solidaridad pueden afectar la determinación de los límites de la confianza permitida (FEIJÓO SÁNCHEZ (2000): p. 37 y ss.).

Se ha definido a la “imprudencia temeraria” como aquella en que incurre el trabajador que consciente y voluntariamente contraría las órdenes recibidas del patrón, o las más elementales normas de precaución, prudencia y cautela exigibles a toda persona normal.<sup>49</sup> Por otro lado, la “imprudencia profesional”, es la opuesta a la temeraria, y consiste en la negligencia en la que incurre el trabajador cuando, ante la inminencia del riesgo que acompaña a su actuación, se cree capaz de superarlo con su propia capacidad y habilidad personal, o no ha prestado la debida atención al riesgo por hallarse atenuados sus movimientos reflejos, por la repetición del mismo acto, la facilidad con que en otras ocasiones lo ha superado felizmente, o porque confiaba en que su suerte le permitiría superarlo, sin daño personal (automatismo inconsciente).<sup>50</sup> La familiarización con el riesgo y la habituación a los ámbitos de peligro derivan en un desprecio por las situaciones arriesgadas, que debe ser previsto y vigilado por el empresario. Ello, porque la imprudencia profesional es inherente y habitual a los trabajadores, ya que son como la segunda naturaleza del trabajo, que permanentemente se realiza.<sup>51</sup>

La propia dedicación a la tarea encomendada, concentra la mente del obrero en esa actividad y si tiene un descuido debe estar protegido para evitar, pese a ello, el accidente. El empresario *se vale* de esa concentración mental del trabajador en la tarea asignada y que le reduce la posibilidad de percibir posibles riesgos, por eso el empresario debe protegerlo de sus propios descuidos, ya que esos descuidos no son tan “propios” del trabajador.

## 5. Conclusiones

Luego de este desarrollo, cabe distinguir entonces dos riesgos claramente diferenciables: el asociado al incumplimiento de las medidas colectivas -introducido por el empleador- y el inherente a la no utilización de los elementos de protección personales -introducido por el trabajador, ya que decide no usarlo a pesar de tenerlo a su disposición-.

---

<sup>48</sup> La cualificación del trabajador es relevante en orden a determinar el alcance del deber de vigilancia (CORCOY BIDASOLO, CARDENAL MONTRAVETA y HORTAL IBARRA (2003): p. 40 y ss.).

<sup>49</sup> PÉREZ CAPITÁN (2009): p. 323 y ss.

<sup>50</sup> PÉREZ CAPITÁN (2009): p. 323 y ss.

<sup>51</sup> CORCOY BIDASOLO (2009): p. 56 y ss.

Si en ese contexto se produce un accidente, con el consiguiente resultado dañoso para el operario, en el que se concretan *ambos* riesgos<sup>52</sup>, ¿debe imputarse ese resultado a los comportamientos de la víctima y del empleador?

Responder afirmativamente implicaría resolver el problema ubicándolo exclusivamente en el ámbito causal. En efecto, tan causal será la ausencia de las medidas de seguridad generales como el no uso de los elementos de protección individuales, sin embargo ello no representa un criterio que permita solucionar adecuadamente un problema *normativo*.

En esa línea de pensamiento, debe incluirse en el análisis, además de consideraciones propias de la imputación objetiva, circunstancias que fueron destacadas a lo largo de este trabajo y que son características del ámbito de las relaciones laborales.

En primer lugar, debe recordarse que el empleador tiene dos deberes a su cargo, proveer las medidas de seguridad -colectivas e individuales-, y vigilar el cumplimiento de ellas. En esta interpretación, si la conducta del trabajador, aunque imprudente, puede

---

<sup>52</sup> Una situación altamente frecuente se produce cuando en el ámbito de una obra en construcción, no están instaladas las bandejas de seguridad para impedir la caída de los trabajadores y por otro lado éstos tampoco usan el arnés o cinturón de seguridad. Si en ese panorama, el operario cae al vacío y se lesiona o muere, se habrán concretado en el resultado ambos riesgos, ya que sólo la ausencia de ambas medidas explican la caída. En las causas judiciales originadas en esas situaciones, es común que los empresarios imputados aleguen el principio de confianza en el comportamiento correcto de la víctima -uso del arnés-. En la jurisprudencia argentina, la Cámara Nacional de Casación Penal, ha tenido oportunidad de resolver un caso así (fallo “E, D y otro”, Sala IV, del 22/5/2006. Un comentario a este fallo puede verse en GALLO (2010): p. 371 y ss.). En el supuesto allí tratado, un obrero de la construcción cayó al vacío desde un octavo piso, mientras trabajaba en un edificio que no contaba con las bandejas de seguridad (medida colectiva) y tampoco llevaba puesto el cinturón de seguridad anclado a punto fijo (medida de seguridad individual). La defensa del imputado (encargado de obra) alegó que si el damnificado hubiera usado el arnés, que había sido puesto a su disposición por su defendido, hubiera salvado su vida. Ante tal argumento el Juez Hornos (voto en minoría) respondió que las básicas medidas de seguridad colectivas resultan ineludibles en la obra, y se deben adoptar sin perjuicio de la obligatoriedad por parte del empleador de la provisión de elementos de protección personal acorde al riesgo. De manera que el hecho de que la víctima no llevara puesto el cinturón, en modo alguno exime de responsabilidad al imputado por el suceso acaecido. El juez nombrado continuó señalando que en cualquier caso, no debe ignorarse que la obligación de usar el cinturón de seguridad o arnés habría surgido, en definitiva, justamente por la ausencia de las básicas medidas de seguridad que debían implementarse (las mencionadas bandejas, barandas, o redes salvavidas). Ese fue el grosero incumplimiento que ya anteriormente conllevó a la definición de la situación de riesgo de caída a distinto nivel; por lo que se presenta por completo arbitrario achacar al mismo operario la responsabilidad de su propia muerte en razón de no haber utilizado ante tal situación un elemento de seguridad personal que, según se alega hubiese evitado su caída, cuando antes debían colocarse, prioritariamente, las medidas de seguridad colectivas contra la caída de personas, y cuyo total incumplimiento, en forma absolutamente paradójica e injusta, se alega ahora para fundar la obligación de colocación del cinturón de seguridad por parte de la víctima. Finalmente, el juez agregó que más allá de lo expresado, lo sustancial es que no se advierte, ni lo argumenta la defensa de un modo mínimamente fundado, que en las circunstancias del caso, le incumbiese a la víctima su autoprotección.

encuadrarse en la “imprudencia profesional”, debe ser incluida en la competencia del empleador (deber de vigilancia).

En estos términos, la conducta imprudente del operario no interrumpe el nexo de imputación del resultado a la conducta del empresario (de no cumplir con las medidas de prevención generales), ni tampoco conduce a una concurrencia de riesgos, porque ese riesgo -por no usar los elementos personales de seguridad-, que se concretó también en el resultado, es un riesgo que éste debe controlar y en esta exégesis, la falta de observancia del cuidado debido por parte del trabajador debe considerarse como un *comportamiento del empleador*. Es decir, no se trata estrictamente de un riesgo imputable a la víctima, aunque ella lo haya introducido (desde un punto de vista fáctico).<sup>53</sup>

Entonces, para que se configure un caso de autopuesta en peligro del trabajador, que excluya (o disminuya) la responsabilidad del empleador, no es suficiente con que el trabajador conozca y consienta el peligro que crea con su conducta,<sup>54</sup> sino que es necesario además, que el curso lesivo *escape del ámbito de competencia del empresario* (obligado por un deber de control directo del riesgo inherente a la imprudencia profesional).

Es decir, debe descartarse que los riesgos creados o *no controlados* por el empresario sean los que efectivamente se realizaron en el resultado.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> Tampoco debe perderse de vista que el empresario (además de no vigilar el cumplimiento del uso de los elementos personales de seguridad) ha infringido un deber más esencial, esto es, no cumplir con las medidas de seguridad colectivas. A los fines de determinar la gravedad de la imprudencia del empresario, se sostiene que es más grave no implementar las medidas de seguridad en absoluto, que no vigilar el cumplimiento de éstas, por parte de los trabajadores (BOLEA BARDÓN (2009): p. 281 y ss.).

Por otra parte, también puede sostenerse que la omisión de cumplir con las medidas generales de seguridad, funda de manera autónoma el deber de vigilar el uso de las individuales, si en el caso concreto éstas últimas pueden evitar el resultado dañoso.

<sup>54</sup> Partiendo de la base de que el trabajador tiene la formación suficiente, tenga a su disposición las medidas de seguridad requeridas, se le advierta suficientemente de los riesgos y de su deber de adoptar las medidas de seguridad. (CORCOY BIDASOLO, CARDENAL MONTRAVETA y HORTAL IBARRA (2003): p. 40 y ss.).

<sup>55</sup> En un fallo muy cuestionado, la Audiencia Provincial de Barcelona del 2 de septiembre de 2003, absolvió del delito de lesiones imprudentes al empresario y al arquitecto de una obra, en la que no se encontraba ninguna medida de seguridad de cerramiento del hueco de una fachada, desde donde cayó al vacío un operario. El tribunal no niega la conducta negligente de los acusados, por no haber proporcionado al trabajador las adecuadas y debidas medidas de seguridad, pero estima que éste último, al aceptar trabajar en esas condiciones, realizó una conducta “clamorosamente imprudente”, por lo que debe ser considerado el único responsable de las lesiones que sufrió. El empresario omitió las más elementales medidas de seguridad, pero ante su ausencia el obrero debió adoptar las medidas necesarias para evitar el accidente, teniendo en cuenta la situación real. Se consideró que la imprudencia del trabajador

Para reconducir normativamente el resultado al comportamiento del empresario es necesario también, que el riesgo que se ha realizado en éste, sea uno de los que el deber objetivo de cuidado trataba de evitar. Esto es, la norma infringida por el empresario debe tener como finalidad impedir el resultado que efectivamente se ha producido.

En este esquema, en el que pueden distinguirse un riesgo *creado* por el empleador y un riesgo introducido por el trabajador, pero *no controlado* por el empresario, que se concretaron en el resultado, debe descartarse una concurrencia de riesgos e imputarse el resultado al comportamiento de este último (de no cumplir con las medidas de prevención generales y no controlar el uso de las individuales).<sup>56</sup> Ello por cuanto, el empresario no es un “partícipe sin más” en la autopuesta en peligro del obrero, sino un garante que responde frente a la sociedad de que el foco de peligro que tiene a su cargo (empresa) no va a rebasar el riesgo permitido, provocando consecuencias lesivas a terceros, a cuyos efectos es irrelevante que los terceros se hayan comportado negligentemente.<sup>57</sup> Se trata de un partícipe-*garante* cuyo foco peligroso ha rebasado el riesgo permitido desde el momento que no cumplió con los preceptos sobre la seguridad de la actividad productiva, de ahí que como garante responda penalmente de las consecuencias lesivas que sufrió el operario, aun cuando éste se haya comportado imprudentemente (imprudencia profesional).<sup>58</sup>

## BIBLIOGRAFÍA

---

interrumpió el nexo de imputación del riesgo creado por el empresario, ya que la infracción del deber de cuidado del operario fue mayor que la de éste y fue el obrero quien determinó en exclusiva la forma y circunstancias de su realización, determinando en última instancia el accidente. En la sentencia criticada se reconoce que tanto el empresario como el trabajador infringieron normas de cuidado, pero la razón para imputar al comportamiento del obrero la creación del riesgo que se concretó en el resultado, radica en la consideración de que el resultado *era más previsible para él que para el empresario*. Este razonamiento ha merecido muchas críticas de la doctrina española, y se aparta de una jurisprudencia unánime del Tribunal Supremo, que siempre ha mantenido que “*no puede ser excusa para no condenar al empresario imprudente la evidente existencia de un descuido de la víctima en la realización de su trabajo*” (ver comentarios de esta sentencia en: CASTIÑEIRA PALOU, LLOBET ANGLÍ y MONTANER FERNÁNDEZ (2005) y GIMBERNAT ORDEIG (2003).

<sup>56</sup> Si el riesgo creado por el trabajador es uno de los riesgos que el empresario debe controlar, ese riesgo se atribuye al empresario ya en el momento *ex ante*. Es decir, la conducta imprudente del trabajador forma parte de la infracción del deber de cuidado del empresario y en ningún caso puede imputarse *ex post* al propio trabajador. En este supuesto el deber de cuidado que infringe el empresario es el deber de vigilancia y control de riesgos en su propio ámbito de dominio (CORCOY BIDASOLO, CARDENAL MONTRAVETA y HORTAL IBARRA (2009): p. 40 y ss.).

<sup>57</sup> También forma parte de ese control, el correspondiente a la actividad peligrosa de los trabajadores no sólo para sí mismos, sino además, para los otros trabajadores, destacándose la identidad estructural de ambos supuestos: la víctima es otro trabajador, la víctima es el trabajador agente.

<sup>58</sup> GIMBERNAT ORDEIG (2003): p. 341 y ss.

AGUADO LÓPEZ, Sara, El delito contra la seguridad en el trabajo. Arts. 316 y 317 del Código Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

ARROYO ZAPATERO, Luis. La protección penal de la seguridad en el trabajo, Servicio de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Madrid, 1981.

BOLEA BARDÓN, Carolina, Imputación de resultados lesivos en accidentes laborales: cuotas de responsabilidad, Protección penal de los derechos de los trabajadores, MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dir), B de F, Bs As, 2009.

CANCIO MELIÁ, Manuel, Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal, Bosch, Barcelona, 1998.

CASTIÑEIRA PALOU, Teresa, LLOBET ANGLÍ, Mariona y MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, Accidentes de trabajo, medidas de seguridad y concurrencia de culpas: criterios jurisprudenciales, InDret, 2/2005.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, CARDENAL MONTRAVETA, Sergi y HORTAL IBARRA, Juan, Protección penal de los accidentes laborales, Revista del Poder Judicial, nº71, 2003.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, Siniestralidad laboral y responsabilidad penal, Protección penal de los derechos de los trabajadores, MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dir), B de F, Bs As, 2009.

DE LA GÁNDARA VALLEJO, Beatriz, Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva, Colex, Madrid, 1995.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal, [www.foros.uexternado.edu.co](http://www.foros.uexternado.edu.co), vol.21, num. 69 (2000).

GALLO, Patricia, El caso Escudero, Daniel y otro, en Jurisprudencia de Casación Penal, ZIFFER (Dir), Hammurabi, Bs. As., 2010, tomo II.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Accidentes laborales y derecho penal, en: [www.ElMundo.es/diario/opinion/3/12/2003](http://www.ElMundo.es/diario/opinion/3/12/2003).

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida, en “Estudios Penales en recuerdo del Profesor RUIZ ANTÓN”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan, La prevención penal de los riesgos laborales: cinco preguntas, en “Estudios penales en homenaje al Profesor COBO del ROSAL”, Dykinson, Madrid, 2005.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan, La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo, Civitas, Madrid, 1994.

LÓPEZ DÍAZ, Claudia, Acciones a propio riesgo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

MARAVÉR GÓMEZ, Mario, El principio de confianza en Derecho penal, Civitas, Pamplona, 2009.

PÉREZ CAPITÁN, Luis, La imprudencia del trabajador accidentado y su influencia en la responsabilidad, en Protección penal de los derechos de los trabajadores, MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dir), B de F, Bs As, 2009.

SCHICK, Horacio, Riesgos del trabajo, David Grimberg, Bs.As., 2010.

SIERRA HERNÁIZ, Elisa, La determinación del sujeto responsable en el marco de las infracciones administrativas en materia de prevención de riesgos laborales, en Protección penal de los derechos de los trabajadores, MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dir), B de F, Bs As, 2009.

STRATENWERTH, Günter, Derecho penal- parte general, Hammurabi, Bs As, 2005.