

EL CONTAGIO DEL COVID-19 COMO RIESGO LABORAL EN MÉXICO: RESPONSABILIDAD PENAL DEL EMPRESARIO

COVID-19 Contagion as An Occupational Hazard in Mexico: Criminal Liability of The Employer

Patricia GALLO*

Sumario:

I. Posición de garante del empresario II. Riesgo permitido III. Deber de seguridad del empresario IV. Deberes de aseguramiento y deberes de salvamento V. Responsabilidad penal del empresario frente al peligro y al resultado VI. Responsabilidad del empresario por el riesgo de contagio del COVID-19 VII. Responsabilidad del empresario por contagios efectivos VIII. Conclusión y propuesta de solución IX. Bibliografía

Resumen: *En el presente trabajo se analiza la posición de garante del empresario-empleador frente a los riesgos propios de las actividades laborales asignadas a sus trabajadores dependientes, partiendo del concepto de “riesgo permitido” en el proceso productivo peligroso y del deber de seguridad que la normativa de prevención de riesgos laborales asigna al empresario, como “organizador” del foco de peligro. Este esquema general necesita un análisis específico frente al riesgo de contagio del COVID-19 (en tanto “riesgo laboral”). Como corolario de ese estudio, se presentan aquí determinadas precisiones sobre la posible responsabilidad penal del empleador ante este nuevo riesgo vírico del que todavía se desconocen muchas características.*

Palabras clave: *Riesgos laborales, criterio de gravedad, criterio de inminencia, riesgo permitido.*

Abstract: *This paper analyzes the position of guarantor of the employer-employer against the risks inherent in the work activities assigned to their dependent workers, based on the concept of "allowed risk" in the dangerous production process and the duty to ensure that the regulations occupational risk prevention assigns the employer, as "organizer" of the focus of danger. This general scheme requires a specific analysis against the risk of contagion of COVID-19 (as "occupational risk"). As a corollary of this study, certain details*

* Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Magíster en Derecho penal por la Universidad de Sevilla. Docente en la carrera de post grado de Derecho penal en la Universidad de Buenos Aires (y en otras universidades de España y de Latinoamérica). Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Penal Económico y de la Empresa (AIDPEE). Secretaria Letrada en la Cámara Federal de Apelaciones Criminal y Correccional de la Capital Federal (Buenos Aires). Ha publicado diversos libros y artículos científicos en España, Italia, Argentina, Brasil, México, Chile, Costa Rica, Colombia, Perú, Uruguay y otros países.

are presented here regarding the possible criminal liability of the employer in the face of this new viral risk, for which many characteristics are still unknown.

Keywords: *Occupational Risks, Severity Criteria, Imminence Criteria, Allowed Risk.*

I. Posición de garante del empresario

El empresario, en tanto organizador exclusivo del foco de peligro que constituye la empresa¹, ostenta la posición de garante frente a sus dependientes (trabajadores en relación de dependencia) por los riesgos laborales que emanan del desarrollo de las tareas asignadas, en el marco del contrato de trabajo. La expresión “contrato de trabajo” aquí usada, lo es en sentido material y no formal, ya que el empresario tiene la misma posición de garante frente a sus trabajadores informales o “en negro”.

El fundamento y alcance del deber de garante que pesa sobre el empresario, están determinados por la “competencia por organización”. La posición de garantía del titular de la empresa surge, en efecto, como contrapartida de la libertad fundamental de que goza para organizarla del modo en que mejor se ajuste a su propio interés (libertad de empresa). En este punto, el empresario en nada se diferencia de cualquier otro individuo, pues todos tenemos esa misma libertad para configurar nuestra esfera de actividad del modo que prefiramos, pero esa libertad tiene como reverso la responsabilidad porque la propia esfera de actividad quede organizada de tal forma que de ella no se desprendan riesgos irrazonables de daño para terceras personas.

En esta lógica, el empresario, en tanto garante de la fuente de peligro representada por el proceso productivo en un ámbito de relaciones jerarquizadas como la empresa, es responsable de dicho ámbito de organización por ser el legitimado para configurarlo con exclusión de otras personas².

El empresario individual que gestiona por sí mismo su negocio tiene el deber de omitir comportamientos nocivos para terceros en el curso de su actividad y también el de contener los riesgos que de ella pudiesen desprenderse para bienes jurídicos ajenos (de los trabajadores). Lo determinante no es que se trate de acciones u omisiones, sino del deber de mantener la organización configurada de modo no dañoso para los trabajadores o el deber de neutralizar determinados peligros que ya salen de su ámbito de organización, lo cual

¹ En este sentido, no debe soslayarse que muchas veces el trabajo implica actividades peligrosas, como por ejemplo la industria de la construcción y la minería, entre otras.

² HORTAL IBARRA, J., *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Barcelona, Atelier, 2005, p. 241.

requerirá acciones u omisiones; estas últimas, en el caso en que la organización propia esté orientada hacia el salvamento³.

II. Riesgo permitido

A pesar de que normalmente el proceso productivo conlleva peligros para los trabajadores, esas actividades se autorizan, siempre y cuando no se rebase el margen de *riesgo permitido* fijado por la norma administrativo-laboral.

La utilidad socioeconómica que reportan dichas actividades explica la admisión de un determinado umbral de riesgo tolerado, cuya frontera se fija, entre otros factores, en atención a la importancia de los intereses en juego y las posibilidades técnicas de controlarlos. Se trata, en definitiva, de una “decisión política” expresada en una norma.

Puede definirse al riesgo permitido como “todos aquellos peligros inevitables, dado el estado de conocimientos y aquellos que, aun siendo evitables, sería excesivamente costoso excluir”⁴.

Esa normativa de prevención de riesgos laborales que fija el riesgo permitido asigna al empresario/empleador, el *deber de seguridad laboral*.

III. Deber de seguridad del empresario

El deber de seguridad del empresario es *complejo* o *mixto* y está compuesto por dos niveles: a) brindar las condiciones seguras de trabajo y b) vigilar el acto del trabajador para que este cumpla con las medidas de seguridad.

El primer nivel de deber de seguridad (“estándar de seguridad”) impone al empleador: adoptar las medidas de prevención (físicas y organizativas) y sobre todo formar e informar adecuadamente al trabajador, para que este pueda asociar las medidas de seguridad con el riesgo (y así brindarle el “fondo de conocimientos” necesario para su protección). Una vez cumplido este primer nivel de prevención, se activa para el empresario el “deber de vigilancia” cuyo objetivo es supervisar que su dependiente interactúe con el riesgo (laboral) de acuerdo con los parámetros legales y correctamente transmitidos por la autoridad (empleador), es decir, que cumpla adecuadamente con las medidas de seguridad previstas (normativamente) y provistas (por el empresario)⁵.

³ JAKOBS, G., “La imputación penal de la acción y de la omisión”, en *ADPCP*, 1996, t. 49, fasc. III, p. 872; LASCURÁIN SÁNCHEZ, J., *Los delitos de omisión: fundamentos de los deberes de garantía*, Madrid, Cívitas, 2002, p. 50.

⁴ CORCOY BIDASOLO, M., “Delitos laborales. Ámbito y eficacia de la protección penal de los derechos de los trabajadores”, en CONDE-PUMPIDO TOURÓN (dir.), *Derecho Penal Económico, Cuadernos de Derecho Judicial*, 2, 2003, pp. 107-08.

⁵ GALLO, P., *Riesgos Penales Laborales*, Buenos Aires, BdeF, 2018, pp. 358 y ss.

La infracción —por parte del empresario— del deber de seguridad así definido, puede ser alcanzada por el derecho penal de diferentes modos. En ese sentido, cabe hablar de los tipos penales de resultado (cuando el accidente o enfermedad laboral se produce efectivamente, es decir, el riesgo laboral no permitido se concreta en la lesión o muerte del trabajador) y del “delito de riesgos laborales” (delito de peligro) que configura la intervención adelantada del derecho penal y que sanciona al empresario cuando, con infracción de las medidas legales de prevención, coloca a sus dependientes en una situación de *peligro grave*.

De este modo, cuando el empresario incumple el deber de seguridad, puede ser responsable tanto por los riesgos que genera —peligro grave— como por los resultados lesivos y esto se relaciona con los deberes de *aseguramiento* y los de *salvamento*.

IV. Deberes de aseguramiento y deberes de salvamento

El empresario tiene el deber de disponer de la propia organización de modo inocuo para terceros (trabajadores) antes de que de la misma haya salido un curso causal peligroso (*deberes de aseguramiento*). Cuando la situación no es controlable mediante estos deberes, la organización correcta exige *deberes de salvamento*, cuya infracción da lugar a la *comisión por omisión por injerencia*. De acuerdo con esta idea, no cabe responder en comisión por omisión por no evitar algo que no se ha organizado. Lo decisivo entonces, no es un actuar precedente causal o peligroso, sino si los riesgos son *objetivamente imputables a la organización del empresario*⁶.

Cuando se trata de los deberes de aseguramiento, el titular de la organización es garante de que la misma no sea peligrosa para la víctima y resulta indiferente si para ello son necesarias conductas activas u omisivas⁷. En este caso, la posición de garante del autor deriva del hecho de que administraba de forma exclusiva el ámbito de organización en el que se encontraba la fuente de peligro; en cambio en el marco de los deberes de salvamento, la posición de garante corresponde a quien ha organizado algo que resulta peligroso para terceros, es decir, que ha usurpado parcialmente la organización ajena. Ambos deberes, tras injerencia, tienen origen en la *competencia por organización*: “salvar” el bien que uno ha puesto en peligro es un deber derivado del mismo fundamento que obligaba a no generarlo (peligro).

En este sentido, la conducta típica de irrogación del daño siempre contiene —además del elemento primario de la conducta de “no aseguramiento” del riesgo— también un elemento secundario consistente en un momento de “no-salvamento”. Independientemente de los problemas de concreta ejecución, solo se fundamenta la responsabilidad *por el resultado* si se

⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Derecho penal de empresa e imputación objetiva*, Madrid, Cámara, 2007, p. 73.

⁷ REQUENA JULIANI, J., *Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio: posición de garante e imputación objetiva*, Madrid, Dykinson, 2010, pp. 263-64 y 184.

genera el riesgo efectivamente y después *no se salva efectivamente*. Ese segundo momento es derivado del primero. El salvamento se trata de la revocación de los riesgos que surgen de la propia esfera autónoma⁸.

Veremos más adelante que este esquema no se configura de ese modo en el marco del riesgo que implica la probabilidad de exposición al COVID-19, en el centro de trabajo (en tanto riesgo laboral)

V. Responsabilidad penal del empresario frente al peligro y al resultado

De acuerdo a lo expresado antes, el empresario responde en comisión por omisión imprudente por la producción de los resultados lesivos (accidentes/enfermedades laborales) como consecuencia de una transformación, por ausencia de medidas de prevención — normas extrapenales de seguridad laboral— (infracción de deberes de aseguramiento) de un foco de peligro lícito (proceso productivo) en uno prohibido, cuando *además* ese riesgo —ya ilícito— se concreta en una lesión o muerte de un trabajador (infracción de deberes de salvamento).

Estos dos “momentos” relativos a los deberes de aseguramiento, por un lado, y de salvamento, por otro, tienen su representación en la doble dirección de la respuesta penal frente a los posibles estadios en que puede traducirse la afectación de los bienes jurídicos vida y salud de los trabajadores: configurando un delito de peligro —o delito de “riesgos laborales” o “contra la seguridad laboral”— como el art. 316 del CP español⁹ y otras manifestaciones en Latinoamérica (por ejemplo, el art. 168 A del CP peruano¹⁰ y el art. 1 de la ley uruguaya

⁸ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 777-8 y ss.

⁹ Art. 316, CP español: “Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”.

¹⁰ El art. 168 A, CP de Perú, dispone que: “El que, deliberadamente, infringiendo las normas de seguridad y salud en el trabajo y estando legalmente obligado, y como consecuencia directa de dicha inobservancia, ponga en peligro inminente la vida, salud o integridad física de sus trabajadores, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años”.

“Si, como consecuencia de la inobservancia deliberada de las normas de seguridad y salud en el trabajo, se causa la muerte del trabajador o terceros o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años en caso de muerte y, no menor de tres ni mayor de seis años en caso de lesión grave”.

n°19.196, de “Responsabilidad penal del empleador”¹¹), por un lado y los delitos imprudentes de resultado de lesiones y homicidio, por otro.

VI. Responsabilidad del empresario por el riesgo de contagio del COVID-19

La infracción de los deberes de aseguramiento del empresario, ¿es abarcada en México por algún tipo penal?

El orden jurídico mexicano no cuenta con un auténtico delito de “riesgos laborales”, pero en la “Ley General para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia de las víctimas de estos delitos” se contempla el delito de explotación laboral *stricto sensu*, que no tiene las connotaciones de delito grave como las otras tres modalidades (esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso), definida por el art. 21, en los siguientes términos:

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

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

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

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

III. Salario por debajo de lo legalmente establecido.

¿Puede aplicarse este precepto a las infracciones del empresario de las normas de prevención respecto del COVID-19? Antes de responder a este interrogante es necesario hacer ciertas aclaraciones previas.

En primer lugar hay que señalar que el decreto que declaró la emergencia sanitaria en México (decreto del 30/3/2020) permitía solo el desarrollo de determinadas actividades: las esenciales. De este modo, hubo una nueva valoración de intereses en juego: “brindar servicios y productos de los que no se puede prescindir” versus “correr el riesgo de contagio masivo”, cuando lo indicado es el aislamiento o confinamiento, pero no establecía un protocolo de seguridad específico contra el COVID-19 a nivel nacional o general; es decir, redefinió de

¹¹ El art. 1 de la ley 19.196 de Uruguay, establece que: “El empleador, o en su caso, quien ejerciendo efectivamente en su nombre el poder de dirección en la empresa, no adoptaren los medios de resguardo y seguridad laboral previstos en la ley y su reglamentación, de forma que pongan en peligro grave y concreto la vida, salud o la integridad física del trabajador, serán castigados con tres a veinticuatro meses de prisión”.

algún modo el riesgo permitido pero solo parcialmente (solo había protocolos o medidas concretas dispuestas por los gobiernos de algunas entidades federativas).

Una cuestión que generó ese decreto es la duda acerca de si era lo suficientemente claro sobre qué actividades laborales eran consideradas “esenciales”. Esta cuestión es relevante porque si hay lagunas que permiten cierto margen de discrecionalidad en el empresario, el concepto de riesgo permitido se subjetiviza, deja de ser objetivo —normativo— y comienza a depender de una valoración de los particulares (los empresarios), que siempre tiene una componente subjetiva. En este sentido, cabe traer a colación que el decreto consideró como esencial a la “manufactura de insumos, equipamientos médicos y tecnología para la atención de la salud” y esa fórmula resulta lo suficientemente “porosa” (vaga) como para que se filtren actividades productivas que no están directamente relacionadas con la labor médica (por ejemplo, haciendo una exégesis extensiva de dicha expresión alguien podría intentar justificar que una fábrica de plumas se mantenga operativa, por entender a este producto como un “elemento necesario para la labor de los médicos durante la pandemia”).

Luego de ese primer momento de estrictas restricciones a la acción productiva, México ha pasado a una segunda etapa que implica la reapertura de actividades económicas, respecto de cual, la Secretaría de Salud ha establecido “Lineamientos Técnicos Específicos”, es decir un protocolo de seguridad —a nivel nacional— que parte de la categorización del centro de trabajo (teniendo en cuenta el tipo de actividad, nivel de riesgo epidemiológico del municipio, tamaño y características internas del centro de trabajo).

Ahora bien, la organización peligrosa del empresario por incumplir esas medidas de prevención concretas, esto es, *regulaciones administrativas* (ya que no pasan por un proceso legislativo) ¿es encuadrable en ese tipo penal? (art. 21, Ley de trata).

Ello dependerá de qué interpretación se dé a la expresión “legislación laboral y normas existentes para el desarrollo de una actividad o industria”, en otras palabras, si se exige una norma en sentido *formal* o *material*.

Los tipos penales que pretenden garantizar la seguridad laboral frente a comportamientos empresariales que rebasen el riesgo permitido recurren a la ley penal en blanco por ser la técnica legislativa adecuada, ya que este ámbito de riesgo supone una realidad muy compleja y debido a la cantidad y especificidad de la normativa de prevención, sería imposible contemplarlas a todas en el tenor literal del tipo.

Esta técnica es cuestionada porque puede afectar el principio de legalidad (mandato de certeza) por dejar en manos del Poder Ejecutivo la delimitación de la conducta típica. Pero no es problemática la remisión a una norma de menor jerarquía, siempre que el precepto, además de señalar la pena, contenga el “núcleo esencial” de la prohibición. Asimismo, el reenvío normativo puede generar otro problema relacionado también con la eventual afectación del principio de legalidad, y tiene que ver con una posible *delegación subrepticia*

en la toma de decisiones penales básicas, a favor del juez, cuando no está clara la conducta típica (por ejemplo la expresión “condiciones peligrosas” da un amplio margen de interpretación al juzgador).

En efecto, el requisito de que el tipo penal debe contener el “núcleo” de la conducta prohibida conlleva un mandato doble para el legislador y consiste en el impedimento de delegar su potestad legislativa no solo al Poder Ejecutivo —teniendo en cuenta que remite también a reglamentaciones—, sino también al Judicial. En este contexto, una ley con una “remisión total” es *indeterminada* porque lleva implícita una renuncia del legislador a su misión de definir los comportamientos punibles y *una posible remisión al juez para que proceda a tal labor*.

Ahora bien, no puede decirse que el art. 21 aquí analizado respete estas pautas. No solo no se describe totalmente la conducta en el tipo, sino que tampoco exige una situación de “peligro grave” necesario para justificar un adelantamiento de la intervención penal previa al resultado lesivo. Pero no debe soslayarse que el eje de la protección del tipo está en la explotación más que en la seguridad laboral, es decir en la “obtención del beneficio injustificable”.

Más allá de estas críticas, superados los obstáculos y admitiendo una exégesis flexible de esa fórmula, este delito podría aplicarse, bajo ciertas condiciones y si se reúne el resto de los elementos típicos, cuando el empresario incumpla el protocolo de prevención específico del COVID-19 (por ejemplo, entrega de barbijos, de alcohol en gel, distancia entre trabajadores, etc.).

VII. Responsabilidad del empresario por contagios efectivos

Fuera de la restringida posibilidad de aplicar este delito de peligro (art. 21 de la ley de trata), el gran problema que se plantea en este caso es que estamos ante un escenario de riesgo (vírico) laboral totalmente nuevo y el protocolo solo establece medidas muy básicas, ya que aún no sabemos a ciencia cierta la *dinámica de la infección* que es crucial para diseñar un nuevo *estándar de seguridad efectivo* frente a este nuevo riesgo.

En este contexto, puede suceder que aun en cumplimiento de tales medidas, se configure en el centro de trabajo un supuesto de “foco casi seguro o muy probable” de contagio, como lo sería el caso de que algún trabajador haya contraído el virus, aunque no se pueda constatar que se haya contagiado en el trabajo o cuando haya un caso sospechoso (durante la espera del resultado de la prueba que lo confirme o descarte). Lo que corresponde en esa situación, para evitar la exposición al COVID-19 del resto de los trabajadores (compañeros de tareas

del contagiado) es *interrumpir o paralizar* las actividades laborales de estos, para preservar su salud (ello, cuando el trabajo en casa no sea una opción)¹².

Esto es lo que reclaman los trabajadores de algunas maquilas al norte de México (Ciudad Juárez, Tijuana, Mexicali y Reynosa) que se han convertido en un foco de infección del nuevo virus y donde un alto porcentaje de los fallecidos por el virus eran trabajadores de esas fábricas.

En estos casos se configura un riesgo *grave e inminente* para los trabajadores que asistan al centro de trabajo.

El significado de “grave”, según el Diccionario de la Real Academia Española es “Que tiene mucha entidad e importancia. Serio”. De acuerdo con las estadísticas con las que se cuenta, la severidad del daño producido por el virus dependerá de cuestiones como la edad del trabajador, de que tenga afecciones crónicas, de que haya tenido complicaciones respiratorias, etc. Creo que en esos supuestos la gravedad es clara, pero el interrogante surge con relación a los casos donde no se dan esas condiciones: ¿podría plantearse la gravedad del mero contagio? Pienso que no sería descabellado considerar que estamos ante un riesgo grave, teniendo en cuenta que se trata de un virus totalmente nuevo, del que se desconocen todavía las secuelas que puede dejar (aun en pacientes que lo superan).

Asimismo, se trata un riesgo “inminente”. Existen diferentes criterios de “inminencia” dependiendo de las características del riesgo: no es lo mismo la inminencia en el caso del riesgo que implica, por ejemplo, la caída de un cielo raso porque está mal colocada la viga, que la de un posible contagio del COVID-19. En el primer supuesto puede *verse* el “elemento” (techo) que probablemente producirá el daño con su caída —y hasta puede hacerse un cálculo estimativo de la dimensión del daño; en el segundo caso, lo que puede es *percibirse* un eventual estado de exposición a un “agente susceptible de causar un daño en la salud” (por ejemplo, estar cerca de un enfermo), pero no puede observarse al *elemento mismo* que producirá el daño: el virus (microscópico), una especie de “enemigo invisible”. Que no pueda visualizarse el agente, hace más difícil el control de la situación, y por ende, la protección frente a él, por eso la *inminencia se produce antes* (esta falta de control se potencia, si tenemos en cuenta que es posible la transmisión del *coronavirus* por contagiados asintomáticos). En esta lógica, existirá un riesgo inminente cuando sea probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato una exposición a dicho agente (virus) de la que puedan derivarse daños graves para la salud (y no que sea probable la producción del daño). Por ello debe evitarse la concurrencia de los trabajadores al centro de trabajo.

¹² Claro que habrá supuestos donde *ese* riesgo de exposición al virus será *permitido* por ser inherente a la actividad laboral; por ejemplo el caso de los médicos, y en la medida en que se les provea de los elementos de protección necesarios.

Ahora bien, si las tareas no se suspenden y el empresario obliga a sus dependientes a asistir al trabajo en las condiciones descritas, se dará la siguiente paradoja: los trabajadores estarán en peligro grave e inminente de exposición al virus, pero no puede decirse que haya infracción a la norma de seguridad y salud (normativa general) y las medidas especiales para prevenir el contagio del COVID-19, por lo que no podría imputarse el delito de peligro al empresario (art. 21, ley de trata), aunque se configure el resto de los elementos típicos.

Por otra parte, si el contagio de alguno de los trabajadores expuestos se produce efectivamente (resultado de lesión) en las condiciones señaladas (“foco casi seguro o muy probable”), se consumará un delito de lesiones culposas, imputable al empresario.

La explicación de esta paradoja está en el modo en que se delimita el *riesgo permitido* en este caso. En efecto, no debe soslayarse que estamos ante un riesgo (vírico) laboral totalmente nuevo, excepcional y respecto del que, las medidas de prevención se van diseñando “sobre la marcha” (por ejemplo a través de protocolos) pero lo cierto es que no está previsto aún en las normas generales de prevención de riesgos laborales. De ello se sigue que el riesgo permitido es todavía un poco “difuso” o “impreciso”.

La consecuencia de esta imprecisión es que se *desdibuja* la línea que distingue el concepto “riesgo no permitido” de la “probabilidad razonable de contacto con el virus”, ya que en definitiva la permisión de la actividad, depende en gran parte de una evaluación de dicha probabilidad (aun cuando se trate de una actividad esencial). En otras palabras, la frontera del riesgo permitido tiene que ver con *qué tan probable sea la exposición al contagio*; y de este modo, como se señaló antes, se subjetiviza en parte, un concepto que por definición debe ser objetivo (porque responde a una decisión normativa).

Ante el desconocimiento de este virus —del que aún muy poco se sabe, sobre todo acerca de las formas de contagio y supervivencia fuera del cuerpo humano— solo tenemos “protocolos tentativos”; ahora bien, la contracara de permitir actividades productivas sin un método seguro de prevención es que ante un foco probable o seguro de contagio corresponde no permitir (interrumpir).

En un contexto de pandemia como la que estamos sufriendo, en un estadio de “transmisión comunitaria sostenida generalizada” del virus, creo que el empresario no puede garantizar suficientemente la seguridad laboral respecto del contagio del virus, en caso de “foco casi seguro o muy probable”, no tiene control de la situación, ya que gran parte de las medidas de prevención necesarias depende de los terceros —otros trabajadores y/o público en general que asiste al lugar de trabajo— (higiene personal, no asistir a trabajar en caso de sospecha de tener el virus, etc.). En esos supuestos, aun partiendo de que en el centro de trabajo se cumple con las medidas sanitarias recomendadas, habrá “probabilidad razonable” de estar expuesto al COVID-19 y ante ese riesgo grave e inminente, lo que corresponde es

que el empresario recurra a una medida de *salvamento*: paralizar la actividad laboral, ya que no tiene otro modo de garantizar la preservación de la vida y salud de sus dependientes.

Como puede verse, en el caso tratado no se configura el esquema descrito anteriormente respecto de la relación deberes de aseguramiento/deberes de salvamento. Esto, por cuanto la organización del empresario se ha vuelto peligrosa para terceros (trabajadores) aun cuando su “organizador” no ha incumplido deberes de aseguramiento (normas generales de seguridad y salud) y sin embargo, surge para él el deber de salvamento: paralizar las actividades laborales. Es decir, debe salvar el bien jurídico que *no ha puesto en peligro* (por no infringir deberes de aseguramiento) y responde en comisión por omisión por no evitar algo que *no ha organizado* (si se produce el resultado de lesión por contagio).

VIII. Conclusión y propuesta de solución

Lo que subyace a la excepcionalidad de esta situación es que la “permisión” se salta un paso: definir los deberes de aseguramiento. Tradicionalmente el concepto de riesgo permitido supone la previsibilidad *ex ante* del riesgo y cierto nivel de controlabilidad. Pero en este caso, el riesgo permitido pasa, justamente, por la no previsibilidad y supone la no controlabilidad. El riesgo de contagio de COVID-19 es incontrolable por ahora.

Ello ocurre porque ante este inédito riesgo (COVID-19), es necesario redefinir el “riesgo permitido”: mientras no se modifique y se adapte ese concepto a la nueva realidad, la organización del empresario cumplirá normativamente con el margen de riesgo que la legislación administrativo/laboral vigente permite, pero fácticamente podrá implicar un peligro grave e inminente para los trabajadores.

Con este telón de fondo no puede proponerse una solución normativa, ya que no se trata de una laguna legislativa por una omisión del legislador, sino de una *imposibilidad* de redefinir el riesgo permitido y de rediseñar los deberes de aseguramiento por un déficit cognoscitivo a nivel médico/científico, que sustente dichas decisiones. Así las cosas, y frente al escenario descrito, la única solución posible mientras el desconocimiento (sobre el virus) del que padecemos nos impida imponer al empresario nuevos deberes de aseguramiento que garanticen un umbral aceptable de riesgo frente a los casos de “foco casi seguro o muy probable” de contagio, será no permitir al empresario el “desarrollo de industria lícita”, en tanto *derecho condicionado* al respeto de ese nivel de riesgo (permitido) que todavía no podemos redefinir.

IX. Bibliografía

CORCOY BIDASOLO, M., Delitos laborales. “Ámbito y eficacia de la protección penal de los derechos de los trabajadores”, en CONDE-PUMPIDO TOURÓN (dir.), *Derecho Penal Económico, Cuadernos de Derecho Judicial*, 2, 2003.

- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Derecho penal de empresa e imputación objetiva*, Madrid, Cámara, 2007.
- GALLO, P., *Riesgos Penales Laborales*, Buenos Aires, BdeF, 2018.
- HORTAL IBARRA, J., *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Barcelona, Atelier, 2005.
- JAKOBS, G., “La imputación penal de la acción y de la omisión”, en *ADPCP*, 1996, t. 49, fasc. III.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, J., *Los delitos de omisión: fundamentos de los deberes de garantía*, Madrid, Cívitas, 2002.
- REQUENA JULIANI, J., *Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio: posición de garante e imputación objetiva*, Madrid, Dykinson, 2010.