



ESCUELA DE GRADUADOS

LA RESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIAL Y LOS DELITOS LABORALES

Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Penal de Los negocios y
de La Empresa

Alumno: FLORENCIO PARDO MONTENEGRO

Profesor Guía: Vivian Bullemore Gallardo

Santiago, Chile, diciembre de 2012

DEDICATORIA

A mis padres y amistades

por ser luz que

siempre ilumina.

Agradecimientos

Es necesario en estas líneas expresar mis más sinceras gratitudes al profesor Vivian Bullemore, por haber aceptado orientar la presente tesis con todo el esfuerzo que ello siempre conlleva, la que hoy ya después de varios años, con avances y retrocesos, y con un sinfín de imperfecciones, está lista para la crítica del lector y como elemento para el desarrollo de la discusión. Agradecer al profesor John Mackinnon, quien siempre estuvo dispuesto con la palabra adecuada tanto en la corrección como en la reflexión para la presente investigación. Asimismo agradecer, a mi compañera Carolina Vera Sáez, quien encontró el tiempo necesario, para corregir una y otra vez, los apuntes investigativos de ayer, que hoy se transforman en tesis o al menos así lo ambicionan y por último agradecer a todos aquellos dirigentes sindicales que tuvieron la bondad de compartir sus experiencias del día a día y de toda una historia de lucha reivindicando los derechos de la clase trabajadora.

Los hombres del nitrato

Yo estaba en el salitre, con los héroes oscuros,
con el que cava nieve fertilizante y fina
en la corteza dura del planeta,
y estreché con orgullo sus manos de tierra.

Ellos me dijeron: "Mira,
hermano, cómo vivimos,
aquí en «Humberstone», aquí en «Mapocho»,
en «Ricaventura», en «Paloma»,
en «Pan de Azúcar», en «Piojillo»".

Y me mostraron sus raciones
de miserables alimentos,
su piso de tierra en las casas,
el sol, el polvo, las vinchucas,
y la soledad inmensa.

Yo vi el trabajo de los derripiadores,
que dejan sumida, en el mango
de la madera de la pala,
toda la huella de sus manos.

Yo escuché una voz que venía
desde el fondo estrecho del pique,
como de un útero infernal,
y después asomar arriba
una criatura sin rostro,
una máscara polvorienta
de sudor, de sangre y de polvo.

Y ése me dijo: "Adonde vayas,
habla tú de estos tormentos,
habla tú, hermano, de tu hermano
que vive abajo, en el infierno".

Pablo Neruda

ÍNDICE

	Pág.
RESUMEN.....	1
INTRODUCCIÓN	2
CAPÍTULO I: LA PROTECCIÓN ACTUAL DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL.....	11
1. 1 Protección por la vía de la tutela legal	14
1. 2 Protección por la vía de la tutela administrativa	22
1. 3 Protección por la vía judicial.....	24
1. 4 Protección por la vía de la tutela colectiva, mediante la regulación convencional y la acción sindical.	32
CAPÍTULO II: LOS DELITOS LABORALES O LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES EN EL DERECHO COMPARADO.....	38
2.1 DELITOS LABORALES EN LA LEGISLACIÓN ITALIANA	39
2.2 DELITOS LABORALES EN LA LEGISLACIÓN FRANCESA	47
2.3 DELITOS LABORALES EN LA LEGISLACIÓN ALEMANA	52
2.4 DELITOS LABORALES EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA	54
2.5 DELITOS LABORALES EN LA LEGISLACIÓN PERUANA	62
2.6 DELITOS LABORALES EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA	72
CAPÍTULO III: LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES Y SU FUNDAMENTACIÓN.....	75
CAPÍTULO IV: PROPUESTA DE TIPOS PENALES QUE SANCIONAN CONDUCTAS EMPRESARIALES LESIVAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES.....	108
CAPÍTULO V: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 411 <i>QUATER</i> DEL CÓDIGO PENAL DE CHILE, QUE TIPIFICA EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS Y QUE CONTIENE ENTRE SUS FINALIDADES LA EXPLOTACIÓN LABORAL.....	145
CONCLUSIONES	156
BIBLIOGRAFÍA CITADA	167
Artículos de Revista y monografías	171

RESUMEN

La presente investigación tiene por objeto desde una perspectiva teórico-jurídica, analizar la problemática de las graves lesiones a los derechos fundamentales de los trabajadores acometidas por parte de los empleadores o empresarios en Chile y lo insuficiente que ha resultado la legislación nacional existente para su prevención y sanción. Proponiéndose a modo de alternativa de solución, la criminalización o penalización de determinadas conductas empresariales que lesionan gravemente derechos fundamentales de los trabajadores.

INTRODUCCIÓN

En esta pesquisa se analiza y expone la problemática de las graves lesiones que sufren los trabajadores en sus derechos fundamentales por parte de sus empleadores. Planteándose la interrogante inicial: ¿la actual protección legal que reciben los derechos fundamentales de los trabajadores, sólo de índole laboral-administrativa, es suficiente para su real protección? La normativa nacional vigente en Chile, de índole administrativa y laboral, a la luz de los antecedentes que se exponen, no ha sido capaz de establecer una debida tutela para los derechos de los trabajadores, siendo incapaz de prevenir la ocurrencia de los “mal denominados accidentes del trabajo” (puesto que muchas veces son consecuencia de un actuar imprudente que podría constituir delito) y las graves vulneraciones de los derechos más importantes de los trabajadores.

La alta tasa de siniestralidad laboral, es decir, de muertes y lesiones graves de trabajadores, ocasionada por la conducta imprudente y carente de controles y medidas de seguridad adecuadas, así como la permanente violación de los derechos fundamentales de los asalariados por parte de sus empleadores, entre los cuales se encuentran el derecho a la

vida, a la salud, el derecho a sindicalización, a la huelga y de igualdad ante la ley, lleva a plantearse si es eficaz y pertinente la actual protección legal laboral-administrativa que reciben los trabajadores, o si es válido emprender el camino hacia una protección penal de los derechos de los trabajadores, criminalizando conductas atentatorias de su derechos. Agregándose a lo recientemente expuesto que se ha entendido por un sector empresarial, lo costoso que resulta la inversión en prevención y seguridad laboral y la conveniencia de pagar las multas que contempla la legislación nacional.

Frente a esta problemática actual, se plantea como hipótesis, que la criminalización de determinadas conductas empresariales atentatorias contra derechos fundamentales de los trabajadores, resulta una herramienta eficaz para conducir a un mayor respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores; así la tutela penal de los derechos de los trabajadores, impediría o disminuiría la imposición de condiciones laborales abusivas, tendiendo a elevar los estándares de seguridad y protección laboral, reduciendo las elevadas cifras oficiales de muertes y lesiones graves en el desempeño laboral, con toda la carga y el gran drama familiar y social que esto genera. Minimizando la discriminación laboral que sufren trabajadores

de pueblos originarios, personas de pocos ingresos, mujeres, discapacitados, sindicalizados, inmigrantes, homosexuales etc., garantizando la libertad y efectividad de la acción sindical y el derecho a la huelga.

Cabe mencionar que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) calcula que cada año se producen 337 millones de accidentes y 2,3 millones de muertes en el lugar de trabajo, es decir, alrededor de 6.300 muertes por día, de los cuales según la OIT, a lo menos el 80% resultaban del todo evitables. Estas cifras son elocuentes al respecto, y dan cuenta de la alta y trágica cantidad de trabajadores muertos en el ejercicio de su trabajo. Las estadísticas publicadas por la Superintendencia de Seguridad Social de Chile (SUCESO) sobre accidentabilidad laboral en Chile durante los años 2009, 2010 y 2011, han arrojado cifras estremecedoras respecto a la cantidad de trabajadores muertos en el ejercicio de su trabajo, y estimándose ser mayores dichas cifras y sin estadísticas claras sobre los lesionados gravemente.

Cabe tener presente lo señalado recientemente por la OIT en su nuevo Informe Global sobre la Igualdad en el Trabajo 2011, expresando:

“...que a pesar de los continuos avances en legislación antidiscriminatoria, la crisis económica y social mundial ha llevado a un aumento en el riesgo de discriminación que sufren ciertos grupos, como por ejemplo los trabajadores migrantes”.

Por lo que resulta del todo legítimo analizar la pertinencia de que el derecho penal pueda expresar su fin preventivo respecto de las conductas lesivas de los derechos de los trabajadores, no obstante, respetando los principios de un Estado democrático de derecho como lo son el principio de intervención mínima, de lesividad y de *ultima ratio* entre otros, es que “los fundamentos sobre la pertinencia del derecho penal contra los derechos de los trabajadores, debe pues centrarse en analizar la relevancia de los bienes jurídicos afectados (principio de lesividad). La trascendencia de los ataques que sufren (carácter fragmentario del derecho penal) las limitaciones de los instrumentos pre-penales de protección (principio de *ultima ratio*) y finalmente, las características propias del ámbito laboral

que pueden aconsejar un tratamiento penal específico de los comportamientos nacidos en su seno (principio de prevención)”¹.

El objetivo general de la investigación es determinar la pertinencia de avanzar hacia una protección penal de los derechos fundamentales de los trabajadores en Chile, instando a la incorporación en la normativa por parte del poder legislador, de una tipificación que reproche las conductas empresariales que atenten en forma grave contra los derechos fundamentales de los trabajadores, con una respectiva sanción penal, la cual pueda inhibir el acometimiento de dichos delitos y obteniendo como fin primordial, el que los derechos fundamentales de los trabajadores sean realmente respetados y protegidos.

Son objetivos específicos de la pesquisa, el proponer la creación de un catálogo de tipos penales que reproche las conductas de los empleadores y sus órganos que impongan condiciones abusivas a sus trabajadores, alentar la protección penal del derecho a la libertad sindical y al derecho de huelga, la creación de delitos para la protección penal de la seguridad e higiene laboral de los trabajadores, penalizando su

¹ BAYLOS, A. y TERRADILLOS, J. Derecho penal del trabajo: una reflexión general a partir de la experiencia normativa española.. Biblioteca Jurídica Virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM de México. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlads/cont/7/art/art1.pdf>

insuficiencia u omisión grave y tutelar la igualdad ante la ley, impidiendo y por ende penalizando la discriminación laboral persistente.

En el curso de la presente investigación, CAPÍTULO I, se analiza la protección actual que reciben los trabajadores en la legislación nacional. Luego en el CAPÍTULO II, se analizan los delitos laborales o la protección penal de los derechos de los trabajadores en algunas legislaciones extranjeras. Es en el CAPÍTULO III, donde la presente investigación, en razón de la problemática planteada, analiza la pertinencia de la protección penal de los derechos de los trabajadores y su fundamentación. En el CAPÍTULO IV, y luego de haber tomado postura en base a los antecedentes recopilados en la investigación, se realiza propuesta de tipos penales que sancionan conductas empresariales lesivas de los derechos fundamentales de los trabajadores. Casi finalizando la investigación realizada, en el CAPÍTULO V, se aborda el análisis del artículo 411 *quáter* del Código Penal de Chile, que tipifica el delito de trata de personas, el que contiene entre sus finalidades para su consumación la explotación laboral, entendiéndose en virtud de ello y de una serie de datos recolectados, el indicio de un camino en Chile hacia la protección penal de los derechos de los trabajadores. Finalizando la presente pesquisa,

con las CONCLUSIONES alcanzadas respecto a la responsabilidad penal empresarial y los delitos laborales.

METODOLOGÍA UTILIZADA

El tipo de investigación emprendida se caracteriza por ser cualitativa,² descriptiva y bibliográfica. El método empleado es el de inducción analítica, utilizando además para el desarrollo de esta tesis, el propio de la dogmática jurídica, y el método comparativo.

La técnica de investigación ha sido la generación de hipótesis, desde la perspectiva *lege ferenda*, pretendiendo a través de un análisis crítico a la legislación vigente, analizar la pertinencia de incorporar nuevas normas penales al ordenamiento nacional, estableciendo un sistema protector penal de los derechos de los trabajadores, para su adaptación a las necesidades de tutela que demandan los derechos fundamentales de los trabajadores. Asimismo se realizó el análisis de la legislación extranjera, y se consultaron y compararon distintos ordenamientos jurídicos del derecho comparado, en lo que respecta a la tutela penal de los trabajadores,

2 La investigación cualitativa es un arte. Dado que los métodos cualitativos no son tan refinados y estandarizados como los cuantitativos, el investigador interviene activamente en la creación de su propio método. Para ello cuenta con lineamientos orientadores, pero no reglas como aquellas que estipulan como debe diseñarse el formulario de una encuesta o la guía de una entrevista. El investigador cualitativista es un artífice que sale al encuentro de su objeto de estudio con reglas laxas y sin pretensiones de hallar la verdad, pero con el compromiso que supone diseñar el camino en el curso de la travesía. KUNZ, Ana y CARDINAUX, Nancy. Investigar en derecho. Guía para estudiantes y tesis. Departamento de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires, 2005. Pág. 151.

especialmente de Perú y Venezuela en la región, y algunos ordenamientos de Europa, en lo específico, el italiano, francés, español y alemán. Analizando la forma de resolver y regular la protección penal de los trabajadores, los cuales servirán de referencia para esta tesis.

Para la obtención de datos se relevaron especialmente, fuentes documentales o secundarias, analizando sentencias laborales e investigaciones de connotados autores del derecho penal y laboral, publicaciones y revistas técnicas especializadas en derecho penal económico y derecho penal del trabajo, así como artículos e informes elegidos a partir de una investigación de material disponible en internet y válidos por sus contenidos para ser aplicados en la temática de este estudio. También se utilizaron estadísticas relacionadas con la presente investigación, realizadas por distintos organismos públicos y privados de Chile y el extranjero.

CAPÍTULO I: LA PROTECCIÓN ACTUAL DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

“Las noticias que los obreros daban del accidente calmó un tanto aquella excitación. El suceso no tenía las proporciones de las catástrofes de otras veces: Sólo había tres muertos de quienes se ignoraban aún los nombres.

Por lo demás, y casi no había necesidad de decirlo, la desgracia, un derrumbe, había ocurrido en la galería del Chiflón del Diablo”.

Baldomero Lillo.³

La protección legal de los derechos de los trabajadores en Chile, se ha mantenido fuera de la legislación penal, es decir, sólo reciben protección extra penal. No obstante de aquello, recientemente se ha incorporado al Código Penal el artículo 411 *quáter*, que viene a establecer reproche penal a la trata de personas y que contiene entre sus finalidades para su consumación, la explotación laboral. Es así que en la legislación nacional existe protección a los derechos de los trabajadores principalmente en el Código del Trabajo, en algunas leyes especiales, como la ley N° 16.774 sobre Seguro Social Contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y

3 LILLO, Baldomero. *SubTerra*. Editorial Nacimiento. Santiago, Chile. 1972. Pág. 81.

Enfermedades Profesionales, en la Constitución Política de la República, y en tratados y convenios internacionales de derechos humanos suscritos por Chile.

El profesor español de derecho laboral, Antonio Baylos, señala que el derecho del trabajo es “un derecho especial de los trabajadores subordinados, producto del Estado y de la autotutela de los propios trabajadores para corregir y remediar la desigualdad socioeconómica y jurídica realmente existente”.⁴ Así para Baylos, el rasgo básico de la intervención estatal que desde principios del siglo XX dio origen al derecho del trabajo, tuvo una finalidad protectora del trabajador. Es así que la enorme disparidad económica entre los contratantes y la consecuente asimetría de los poderes negociadores, dio lugar a una reacción del Estado, que intervino legislativamente la relación entre particulares, mirados como iguales bajo la concepción dogmática de la codificación civil, dando como resultado la denominada legislación social o laboral, cuyo objeto fundamental vino a ser equiparar, en el plano jurídico, a las partes de las nuevas relaciones laborales de la era industrial.⁵

4 BAYLOS, Antonio. Derecho del Trabajo: un modelo para armar. Editorial Trotta. Madrid. 1991. Pág. 32

5 BAYLOS, Antonio. Derecho del Trabajo: un modelo para armar. Editorial Trotta. Madrid. 1991. Pág. 33

Resulta apropiado clasificar la protección o tutela legal de los derechos de los trabajadores en Chile, siguiendo la clasificación realizada por los autores Feres, Henríquez y Ugarte.⁶ La cual se presenta por la vía de un marco regulatorio mínimo, **tutela legal**, por la vía del control estatal de su efectiva aplicación, **tutela administrativa**, por la vía de la resolución de conflictos en sede especial, **tutela judicial** y por la vía de superar los mínimos de protección mediante la regulación convencional y la acción sindical, **tutela colectiva**.

Atendiendo la clasificación otorgada por los mencionados autores, se debe intentar dotar de contenido a cada una de estas tutelas dentro del ordenamiento jurídico nacional en un acercamiento a una sistematización, para una mejor comprensión sobre la protección legal actual de los derechos de los trabajadores en Chile y en miras de poder comprobar la hipótesis de la protección penal de los mismos que se reclama.

6 FERES, M., HENRIQUEZ, H. y UGARTE, J. Protección de los trabajadores. Estudio nacional de Chile. OIT. Agosto 1999. Pág.3.

1.1 Protección por la vía de la tutela legal

Esta protección se puede encontrar en forma general en el Código del Trabajo (CT), pero es en sus artículos 2 y 5 donde se encuentra el marco específico de su protección, los cuales establecen importantes derechos laborales. Así en el artículo 2 del CT se establece la función social del trabajo, la no discriminación y el trato compatible con la dignidad de la persona que debe recibir el trabajador, definiendo además el acoso sexual (“aquel requerimiento de carácter sexual sin consentimiento, derivándose de este hecho, que perjudique su situación laboral a sus oportunidades en el empleo”).⁷ En el artículo 5 del CT, se viene a limitar el poder disciplinario y de dirección que tiene el empleador, límites que se confrontan con las garantías constitucionales de la carta fundamental, reconocidas al trabajador en su doble condición, de persona de la especie humana y de trabajador. Asimismo, este artículo 5 en su inciso segundo, contempla el carácter y principio de irrenunciabilidad de las normas

⁷ Artículo 2 del Código del Trabajo de Chile. “Reconócese la función social que cumple el trabajo y la libertad de las personas para contratar y dedicar su esfuerzo a la labor lícita que elijan. Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona. Es contrario a ella, entre otras conductas, el acoso sexual, entendiéndose por tal el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo. Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.

laborales, lo que se encuentra implícito en su contenido, pues de no existir tal carácter, todas sus normas podrían quedar sin efecto por el acuerdo entre los contratantes en la relación laboral, situación que el legislador quiso evitar por la importante función social del derecho del trabajo y por la evidente desigualdad de las partes. “Los contratos individuales y colectivos de trabajo podrán ser modificados, por mutuo consentimiento, en aquellas materias en que las partes hayan podido convenir libremente”, como consecuencia de este principio, cualquier acuerdo entre trabajador y empleador que signifique una renuncia a los derechos establecidos en el Código (ejemplo: se pacten beneficios inferiores a los legales o se acuerden jornadas diarias que excedan los límites permitidos por la ley) carecerán de todo valor, habilitando a la parte afectada, para exigir el cumplimiento de sus derechos, aún cuando haya consentido en el pacto o acuerdo.

En el libro II, título I del Código del Trabajo, se establecen expresamente normas generales de la protección a los trabajadores y los deberes impuestos a los empleadores, artículos 184 al 211 j. Es en base a lo señalado en el artículo 184 del CT, esto es: “el empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y

manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales”, que emana la calidad de garante del empleador, con el deber de establecer y mantener condiciones seguras de trabajo y de prevenir consecuentemente la ocurrencia de circunstancias fácticas peligrosas o materialmente lesivas en la realización de las labores de sus empleados.⁸ Deber de protección por el cual, tanto los empleadores y/o sus órganos (directivos) pueden en la actualidad responder civil y penalmente, de las lesiones y muertes ocasionadas a los trabajadores en el trabajo,⁹ por los “mal denominados accidentes del trabajo”, expresiones que sólo resultan acertadas en el plano jurídico, cuando la muerte y lesiones derivadas de los mismos se han producido fortuitamente, pero no, como sucede habitualmente, cuando son imputables al incumplimiento,

8 KÜNSEMÜLLER, Carlos. Responsabilidad penal de los directivos de empresas; en particular, la vinculada a su condición de garantes. Apuntes de clases año 2009. Magíster en Derecho Penal de los Negocios y de la Empresa. U. de Chile.

9 “No obstante que el empleador cumplió con una serie de obligaciones tendentes a prevenir accidentes del trabajo, como la constitución de comité paritario de faena, charlas sobre derecho a saber, dictación de reglamento interno de higiene y seguridad o la entrega de implementos de seguridad, de todas formas fallo en prevenir el accidente que es materia del juicio, por no haber contado con los elementos adecuados de trabajo. A saber, el trabajador usaba un caballete de madera en vez de una escalera de tijera, que era la adecuada para el tipo de trabajo que realizaba. En esas circunstancias, poco importa que en el accidente se pueda atribuir descuido al trabajador, puesto que la herramienta –por su característica- exponía al trabajador a un riesgo. Considerandos 3º, 4º y 5º Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, en Causa Rol N° 2.839-2010.

normalmente imprudente de las normas laborales,¹⁰ pudiendo ser reprochables sus conductas activas y omisivas.

Para la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, se encuentran los artículos 485 y 486 del Código del Trabajo,¹¹ y respecto de la aplicación de sanciones para las infracciones a

10 HORTAL, Juan. En MIR Puig y CORCOY Bidasolo. Protección penal de los derechos de los trabajadores. Edit. B de f, 2009. Argentina. Pág. 74.

11 Artículo 485 del Código del Trabajo.- El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1º, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4º, 5º, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6º, inciso primero, 12º, inciso primero, y 16º, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.

También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2º de este código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto.

Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales.

Interpuesta la acción de protección a que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política, en los casos que proceda, no se podrá efectuar una denuncia de conformidad a las normas de este Párrafo, que se refiera a los mismos hechos.

Artículo 486 del Código del Trabajo. Cualquier trabajador u organización sindical que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídicas cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción laboral, podrá requerir su tutela por la vía de este procedimiento.

Cuando el trabajador afectado por una lesión de derechos fundamentales haya incoado una acción conforme a las normas de este Párrafo, la organización sindical a la cual se encuentre afiliado, directamente o por intermedio de su organización de grado superior, podrá hacerse parte en el juicio como tercero coadyuvante.

Sin perjuicio de lo anterior, la organización sindical a la cual se encuentre afiliado el trabajador cuyos derechos fundamentales han sido vulnerados, podrá interponer denuncia, y actuará en tal caso como parte principal.

La Inspección del Trabajo, a requerimiento del tribunal, deberá emitir un informe acerca de los hechos denunciados.

Podrá, asimismo, hacerse parte en el proceso.

Si actuando dentro del ámbito de sus atribuciones y sin perjuicio de sus facultades fiscalizadoras, la Inspección del Trabajo toma conocimiento de una vulneración de derechos fundamentales, deberá denunciar los hechos al tribunal competente y acompañar a dicha denuncia el informe de fiscalización correspondiente.

los derechos de los trabajadores existe el artículo 503 del Código del Trabajo entre otras normas.

A nivel constitucional se encuentra protección para los derechos de los trabajadores, en el artículo 19 numerales 16 y 19 de la Constitución Política de la República (CPR). La Constitución protege los derechos fundamentales de los trabajadores, cuales son aquellos que detenta toda persona de la especie humana en relación o con ocasión de la relación laboral. Relación contractual que no es entre iguales. Ahora bien, “los derechos fundamentales propiamente laborales aluden al derecho al trabajo, a la seguridad social y a la higiene y seguridad en el trabajo, y genéricamente a toda la protección de las condiciones de trabajo, libertad sindical, derecho a huelga, acceso a la formación profesional y tutela laboral especial para la maternidad, los menores y los discapacitados, habitualmente denominados como ciudadanía laboral, forman parte protagónica de los llamados derechos económicos y sociales, de bienestar o

Esta denuncia servirá de suficiente requerimiento para dar inicio a la tramitación de un proceso conforme a las normas de este Párrafo. La Inspección del Trabajo podrá hacerse parte en el juicio que por esta causa se entable.

No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, la Inspección del Trabajo deberá llevar a cabo, en forma previa a la denuncia, una mediación entre las partes a fin de agotar las posibilidades de corrección de las infracciones constatadas.

La denuncia a que se refieren los incisos anteriores deberá interponerse dentro de sesenta días contados desde que se produzca la vulneración de derechos fundamentales alegada. Este plazo se suspenderá en la forma a que se refiere el artículo 168.

garantes del acceso a medios de vida digna para sí mismos y su familia”.¹² Así las cosas, el artículo 19 N° 16 de la CPR consagra el derecho al trabajo como una de las garantías constitucionales “la libertad de trabajo y su protección”. Asegura: a) La libre contratación; b) La libre elección del trabajo, c) La prohibición de discriminación y d) Justa remuneración. Agrega este artículo 19 de la carta fundamental que por regla general “ninguna clase de trabajo puede ser prohibida”, y sus límites son la moral, la seguridad o salubridad pública, o el interés nacional.¹³ Asimismo,

12 LÓPEZ, Diego. 2004. Derechos, Trabajo y Empleo. Santiago, Chile. LOM Ediciones. Citado por María Zanzo García, en Libertad sindical en la relación laboral: ¿el trabajador contra el empresario? Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, U. de Chile, Santiago, 2010. Pág. 93.

13 Artículo 19 N° 16 CPR.- establece La libertad de trabajo y su protección.

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir único la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos.

La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas. Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros. Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley.

La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella.

No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso.

encuentran protección también los otros derechos fundamentales, de origen constitucional, protegidos por la acción de tutela como menciona el profesor de derecho laboral, Juan Ugarte,¹⁴ mediante la cual se protege el derecho a la integridad física y psíquica (artículo 19 N° 1 de la CPR); derecho de igualdad y de no discriminación (artículo 19° N° 2 y N° 16 de la CPR); el derecho y respeto a la protección de la vida privada y pública y a la honra de su persona y familia (artículo 19 N° 4 de la CPR); la libertad de conciencia y religión (artículo 19 N° 6 de la CPR); la inviolabilidad de las comunicaciones (artículo 19 N° 5 de la CPR); libertad de opinión, expresión e información (artículo 19 N° 12 de la Constitución); derecho de reunión (artículo 19 N° 13); derecho de sindicalizarse (artículo 19 N° 19), así como los derechos y garantías consagradas y reconocidas por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se han incorporado al derecho interno, en virtud del artículo 5 inciso 2° de la Constitución. Asimismo el artículo 19 N° 17 protege la admisión a todas las funciones y empleos,¹⁵ el mismo artículo 19 de la CPR, en su numeral 18 protege el

14 UGARTE, Juan. La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502007000200003&script=sci_arttext

15 Artículo 19 N° 17 CPR.- La admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes.

derecho a la seguridad social¹⁶ y en su numeral 19 el derecho a la sindicalización.¹⁷ Así es posible constatar que, “la empresa ya no es un espacio entregado única y soberanamente al ejercicio de los poderes empresariales, sino que es un ámbito en el que también tiene cabida y reconocimiento la ciudadanía de los sujetos que interactúan en ella”.¹⁸

Cabe mencionar que también se encuentran diseminadas en leyes especiales una serie de normas protectoras de los derechos de los trabajadores en general, como la ley N° 16.774 sobre Seguro Social Contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales y otras que regulan áreas específicas de actividades laborales, como lo es la Ley N° 20.001, que regula el peso máximo de carga humana.

16 Artículo 19 N° 18 CPR.- El derecho a la seguridad social.

Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado.

La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias.

El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social;

17 Artículo 19 N° 19 CPR.- El derecho de sindicarse en los casos y forma que la ley.

La afiliación sindical será siempre voluntaria.

Las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley.

La ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones. Las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político partidistas.

18 ZANZO, María. Libertad sindical en la relación laboral: ¿el trabajador contra el empresario? Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, U. de Chile, Santiago, 2010. Págs. 96 y 97.

1.2 Protección por la vía de la tutela administrativa

En Chile esta vía de control y de protección de los derechos de los trabajadores la ejerce generalmente la Dirección del Trabajo,¹⁹ (DT) pero también los Servicios de Salud²⁰ y otros organismos públicos establecidos en reglamentaciones específicas, por ejemplo el SERNAGEOMIN (Servicio Nacional de Geología y Minería), que puede fiscalizar y llegar a sancionar con multas a empleadores o empresas por incumplir la normativa relacionada con los derechos de los trabajadores por comisión o por omisión.

Entre las principales funciones de la Dirección del Trabajo, están el fiscalizar las condiciones de salud y seguridad en el trabajo, las obligaciones incorporadas por la Ley de Subcontratación, la fiscalización del respeto a los derechos fundamentales y la igualdad salarial entre hombres y mujeres, establecida en Ley N° 20.348 y en general, la

19 Artículo 505 del Código del Trabajo “La fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación corresponde a la Dirección del Trabajo, sin perjuicio de las facultades conferidas a otros servicios administrativos en virtud de las leyes que los rigen”.

20 Artículo 190 del Código del Trabajo “Los Servicios de Salud fijarán en cada caso las reformas o medidas mínimas de higiene y seguridad que los trabajos y la salud de los trabajadores aconsejen. Para este efecto podrán disponer que funcionarios competentes visiten los establecimientos y faenas respectivos en las horas y oportunidades que estimen conveniente, y fijarán el plazo dentro del cual deben efectuarse esas reformas o medidas. Dicha visita podrá motivarse, también, en una denuncia realizada por cualquier persona que informe de la existencia de un hecho o circunstancia que ponga en grave riesgo la salud de los trabajadores”.

realización de toda acción tendiente a prevenir y resolver los conflictos del trabajo.

Las facultades de los fiscalizadores de la DT son:

- a) Facultades de control o inspectivas: por ejemplo, constituirse como ministros de fe, entrevistas, verificación de documentos y suspensión de faenas.
- b) Facultades punitivas: clausura y aplicación de multas administrativas.

Las Multas Generales que puede imponer la Dirección del Trabajo, por infracciones al Código del Trabajo y sus leyes complementarias, de acuerdo al tipo de empresa,²¹ sin sanción especial, son:

- 1- Empresas de 1 a 49 trabajadores: 1 a 10 UTM. (Micro y pequeña empresa).
- 2- Empresas con 50 ó más trabajadores: 2 a 40 UTM. (Mediana empresa).

21 Artículo 505 bis. CT. Para los efectos de este código y sus leyes complementarias, los empleadores se clasificarán en micro, pequeña, mediana y gran empresa, en función del número de trabajadores. Se entenderá por micro empresa aquella que tuviere contratados de 1 a 9 trabajadores, pequeña empresa aquella que tuviere contratados de 10 a 49 trabajadores, mediana empresa aquella que tuviere contratados de 50 a 199 trabajadores y gran empresa aquella que tuviere contratados 200 trabajadores o más.

3- Empresas con 200 ó más trabajadores: 3 a 60 UTM. (Gran empresa).

Las Multas Especiales que puede imponer la DT, entre otras son:

- Multas por infracciones al fuero sindical: 14 a 70 UTM.
- Multas por simulación en la contratación de trabajadores del artículo 507 del Código del Trabajo: 5 a 100 UTM.
- Multas por eludir el cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales: utilizando cualquier subterfugio, ocultando, disfrazando o alterando su individualización: Multas de 10 a 150 UTM.
- Multas por prácticas antisindicales o desleales: 10 a 150. En caso de tratarse de una reincidencia, se sancionará con multas de 100 a 150 UTM.

Otras de las funciones de mayor relevancia de la Dirección del Trabajo son la de interpretar y resolver conflictos laborales, esto en el ámbito de la extensión de sus competencias como lo son en la aplicación de normas laborales, normas de seguridad social y normas de salud y seguridad en el trabajo.

1.3 Protección por la vía de la tutela judicial

Esta modalidad de protección de los derechos de los trabajadores encargada de la resolución de conflictos del orden laboral, a un tercero imparcial, está entregada a los Juzgados de letras del Trabajo, en virtud de lo establecido en el artículo 420 del Código del Trabajo.²² Ahora bien, los procedimientos establecidos para el resguardo de la normativa laboral se asientan principalmente en tres procedimientos; el de aplicación general u ordinario, monitorio y de tutela de derechos fundamentales.

Esta modalidad de protección, interviene generalmente con posterioridad a la lesión de derechos de los trabajadores, por lo que su

²² Artículo 420. Serán de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo:

- a) las cuestiones suscitadas entre empleadores y trabajadores por aplicación de las normas laborales o derivadas de la interpretación y aplicación de los contratos individuales o colectivos del trabajo o de las convenciones y fallos arbitrales en materia laboral;
- b) las cuestiones derivadas de la aplicación de las normas sobre organización sindical y negociación colectiva que la ley entrega al conocimiento de los juzgados de letras con competencia en materia del trabajo;
- c) las cuestiones derivadas de la aplicación de las normas de previsión o de seguridad social, planteadas por pensionados, trabajadores activos o empleadores, salvo en lo referido a la revisión de las resoluciones sobre declaración de invalidez o del pronunciamiento sobre otorgamiento de licencias médicas;
- d) los juicios en que se demande el cumplimiento de obligaciones que emanen de títulos a los cuales las leyes laborales y de previsión o seguridad social otorguen mérito ejecutivo;
- e) las reclamaciones que procedan contra dictadas por autoridades administrativas en materias laborales, previsionales o de seguridad social;
- f) los juicios en que se pretenda hacer efectiva la responsabilidad del empleador derivada de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales, con excepción de la responsabilidad extracontractual a la cual le será aplicable lo dispuesto en el artículo 69 de la ley N.º 16.744, y
- g) todas aquellas materias que las leyes entreguen a juzgados de letras con competencia laboral.

efectiva protección y por ende los fines de prevención general en materia de accidentes del trabajo o protección de derechos fundamentales, resulta cuestionable, pues generalmente se traduce en fines retributivos, es decir, con reparaciones o sanciones económicas mas bien ínfimas, y esto último, condicionada además a una posible judicialización del conflicto laboral y de una eventual sentencia condenatoria indemnizatoria del perjuicio que podría recibir el trabajador.

Pero no solamente puede intervenir el Juzgado de Letras del Trabajo, puesto que al ocurrir un “accidente del trabajo” con resultado de lesiones o de muerte para el trabajador, podría llegar a conocerse en sede penal, es decir, por un Tribunal de Garantía, siempre que pueda establecerse un incumplimiento grave respecto del empleador en el cumplimiento de los reglamentos de seguridad o de la normativa laboral, siéndole imputable, ya sea por acción u omisión, el resultado y responder en base a los clásicos tipos penales de cuasidelito de homicidio o lesiones, del artículo 490 del Código Penal²³ o del artículo 492 inciso primero del mismo código castigador.²⁴

23 Artículo 490.- El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas, será penado:

1° Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos a medios, cuando el hecho importare crimen.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la reforma procesal laboral el año 2006 mediante la Ley N° 20.164 y de la dictación de la Ley N° 20.087, además de establecer un nuevo procedimiento en materias laborales, basado en los principios de oralidad, publicidad, concentración, inmediación, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad,²⁵ se introdujo en la legislación laboral, la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, mediante el procedimiento de “Tutela Laboral”. Que siguiendo al profesor Ugarte,²⁶ se trata de un conjunto de reglas de tutela cuyos rasgos principales serían:

1. Los titulares de la acción de tutela son el trabajador afectado, la organización sindical que tenga interés legítimo y la Inspección del

2° Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, cuando importare simple delito.o por el artículo 492 inciso primero por infracción de reglamentos.

24 Artículo 492.- Las penas del artículo 490 se impondrán también respectivamente al que, con infracción de los reglamentos y por mera imprudencia o negligencia, ejecutare un hecho o incurriere en una omisión que, a mediar malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas.

25 Artículo 425.- Los procedimientos del trabajo serán orales, públicos y concentrados. Primarán en ellos los principios de la inmediación, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad.

Todas las actuaciones procesales serán orales, salvo las excepciones expresamente contenidas en esta ley.

Las actuaciones realizadas oralmente, por o ante el juez de la causa, serán registradas por cualquier medio apto para producir fe y que permita garantizar la fidelidad, conservación y reproducción de su contenido. Se considerarán válidos, para estos efectos, la grabación en medios de reproducción fonográfica, audiovisual o electrónica. La audiencia deberá ser registrada íntegramente, como asimismo todas las resoluciones, incluyendo la sentencia que dicte el juez fuera de ella.

26 UGARTE, Juan. La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: De erizo a zorro. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502007000200003&script=sci_arttext

Trabajo, luego de la mediación. En el caso específico de que la vulneración corresponda al despido del trabajador, la titularidad de la acción sólo corresponde al trabajador afectado.

2. La pretensión de la acción de tutela es la protección y el resguardo de cierto tipo de derechos de los trabajadores: los doctrinariamente denominados fundamentales inespecíficos, buscando el restablecimiento en el ejercicio del derecho lesionado y la reparación del daño producido por su vulneración, cuando dicha afectación provenga del ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador.²⁷

Así “los derechos fundamentales contemplados en esa enumeración taxativa de la ley, y por tanto protegidos por la acción de tutela, son de dos tipos, según su origen: los de fuente constitucional, previstos todos en el artículo 19 del texto fundamental, y los de fuente legal, en rigor, un solitario derecho que corresponde al derecho a no ser objeto de represalias laborales, derecho a la indemnidad laboral, creado de algún modo por la propia Ley 20.087, esto es el derecho a no ser objeto de

²⁷ UGARTE, Juan. La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: De erizo a zorro. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502007000200003&script=sci_arttext

represalias en el ámbito laboral por el ejercicio de acciones administrativas o judiciales, conocida técnicamente como garantía de indemnidad”.²⁸

Los derechos fundamentales protegidos por el procedimiento de tutela laboral son el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica de las personas; el derecho al respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia; el derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada; el derecho a la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público; el derecho a la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquiera de las formas y por cualquier medio; y, en fin, el derecho a la libre elección del trabajo y de contratación laboral.

3. La prueba aliviada, se trata en rigor, de una técnica más débil: hay una alteración del objeto de la prueba (*themaprobandi*), en que la víctima o denunciante no está completamente liberado de prueba, pues debe acreditar al menos la existencia de "indicios suficientes" de la existencia de la conducta lesiva, para que en ese caso, y sólo en ese caso, se traslade al

²⁸ Ídem.

demandado el deber de probar que su conducta se debió a motivos objetivos y razonables.

Frente a la aportación de los indicios suficientes, el empleador tiene la opción, como señala el artículo 493 del Código del Trabajo, de "explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad". El empleador debe aportar la prueba que acredite que la conducta denunciada obedece a motivos razonables y que la misma no tiene relación con la vulneración de derechos fundamentales del trabajador.

4. La sentencia como acto complejo: la sentencia de los derechos fundamentales debe determinar, en primer lugar, si existió o no la conducta lesiva de derechos fundamentales. En caso de acoger la denuncia y declarar existente la conducta lesiva de los derechos fundamentales del trabajador, el juez debe adoptar, por exigencia expresa del artículo 493 del Código del Trabajo, un haz de decisiones: el cese del comportamiento jurídico, la nulidad del acto lesivo, y la reparación de las consecuencias de la conducta lesiva, más específicamente el juez laboral debe ordenar las medidas concretas "a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la

reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, incluidas las indemnizaciones que procedan".²⁹

No obstante, las buenas motivaciones que pueden haber albergado la introducción de esta tutela de derechos fundamentales de los trabajadores, y de ser un avance en su efectiva protección, en lo medular sigue siendo insuficiente y no ha quedado exenta de críticas. Puesto que la nulidad sólo opera para un sólo caso de despido lesivo, el discriminatorio grave, la estructura procedimental no sea sino un reenvío al procedimiento ordinario, desprovista de la necesaria rapidez propia de la tutela que requiere este tipo de derechos.³⁰ Asimismo es criticable la taxatividad y clausura a los precisos derechos fundamentales enumerados en el artículo 485 del CT, por lo que no contempla protección para los derechos fundamentales de la libertad sindical o el derecho a huelga, dentro de los derechos fundamentales de contenido específicamente laboral.³¹

29 UGARTE, Juan. La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: De erizo a zorro. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502007000200003&script=sci_arttext

30 Ídem.

31 FERRADA, Juan Carlos y WALTER, Rodolfo. La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral. Rev. Derecho (Valdivia). [online]. Dic. 2011, vol.24. N°2. P.91-111. Disponible en: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502011000200004&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950.

“Ante la pregunta sobre en qué modo la reforma procesal laboral se hizo cargo de la necesidad de proteger los derechos fundamentales de las/los trabajadores en la empresa, habría que responder que no sólo por medio del nuevo procedimiento de tutela pues, lamentablemente, este procedimiento no ha cumplido todas las expectativas que en él se habían depositado”.³²

1.4 Protección por la vía de la tutela colectiva, mediante la regulación convencional y la acción sindical.

Esta es una forma de auto protección por parte de los trabajadores, realizándose, mediante la propia organización sindical de los trabajadores. Ahora bien, en virtud del actual escenario que atraviesa el movimiento sindical chileno, la atomización de los sindicatos, la pluralidad de sindicatos dentro de una misma empresa, la escasa sindicalización de los trabajadores chilenos, un derecho restringido a negociación colectiva desarrollada sólo al interior de la empresa, en virtud de impedirse la

³² MARZI, Daniela ¿Quién le teme a los derechos fundamentales? Sobre el procedimiento de tutela de la Reforma Laboral. Disponible en: <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/11487/11848>

negociación colectiva interpresa o por rubros o ramas de producción por mera voluntad de los trabajadores y asimismo con un derecho a huelga totalmente conculcado por su restricción sólo a una etapa determinada dentro de la negociación colectiva, excesivamente regulada, incluso violatoria del convenio 87 de la OIT, han limitado y debilitado a esta autotutela, por lo que el mecanismo de ejercicio del derecho fundamental de los trabajadores a la huelga, a la sindicalización y a la negociación colectiva, en la realidad diaria son meras enunciaciones legales. Lo anterior es una realidad a pesar de que la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en junio de 1998 adoptó por abrumadora mayoría la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento. La Declaración compromete a todos los Estados miembros de la OIT, hayan o no ratificado los Convenios pertinentes, a respetar los Principios de las cuatro categorías que contiene, siendo uno de ellos la libertad de asociación y libertad sindical y el derecho de negociación colectiva.³³

33 ZANZO, María. Libertad sindical en la relación laboral: ¿el trabajador contra el empresario? Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, U. de Chile, Santiago, 2010. Pág. 22.

Asimismo atentan contra la acción sindical, la realidad del trabajo en Chile, con los fenómenos de la informalidad, deslocalización y precarización del empleo. Que son los modos y tendencias predominantes de la organización del trabajo. La descentralización productiva que mediante la fragmentación y la subcontratación, genera un desplazamiento de los riesgos desde las empresas más fuertes, con empleo seguro y estable, buenos salarios y fuerte presencia sindical, a las empresas más débiles, es lo que se denomina la estrategia de la subcontratación. “La competitividad existente en el sistema neoliberal obliga a la reducción de los costes laborales, que se alcanzan por medio de la flexibilidad que posibilita el deterioro de las garantías jurídicas del empleo, así se imputan los costes y los sacrificios, necesarios para lograr mayores beneficios, hacia el lado de los trabajadores en forma de precariedad, de bajos salarios y de escasa protección. La diversa posición de poder determina que las organizaciones mejor situadas repercutan el precio que requiere el ajuste a un mercado fluctuante e imprevisible, porque mide sus capacidades según el valor en bolsa de las acciones, sobre las empresas subcontratadas, las más pequeñas, que en ocasiones sólo aportan mano de obra, con relaciones laborales temporales y salarios inferiores, que dependen de los tiempos de

ejecución y por lo tanto, deben asumir mayores riesgos de accidente para cumplir sus compromisos y obtener su correspondiente cuota del negocio”.³⁴

Estadísticas de la Universidad de Chile, señalan que del 100% de los trabajadores del país, sólo un 40% tiene contrato indefinido y el 60% restante labora por cuenta propia, son empleados sin contratos, a honorarios, a plazo fijo o por faenas; tienen bajos sueldos, carecen de previsión, salud y capacitación.³⁵ Respecto del fenómeno creciente de la subcontratación, en 1999 el 43% de las empresas subcontrataban, porcentaje que el 2004 ya llegaba al 50,5% (Dirección del Trabajo), sin embargo, desde 1999 hasta el 2004, la subcontratación en actividades económicas principales (ya no en funciones indirectas al servicio o producto eje de la empresa) aumentó del 14,5% al 20,7%. Estimaciones hablan de que hoy el contratismo y subcontratismo suman a 2 millones 500 mil trabajadores; esto es, alrededor de un 30% de la fuerza laboral total. En

34 SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón. ¿Acaso se suicidan los obreros? El accidente de trabajo y la culpa de la víctima en cierta práctica judicial. Revista de derecho social, ISSN 1138-8692, N° 33, 2006. Págs. 9-24. Disponible en: http://www.trt3.jus.br/escola/download/artigos/acaso_suicidan_obreros.pdf

35 En este mismo sentido se pronuncia, el Índice de Empleo Protegido que elabora Fundación Sol, actualmente sólo el 39% de los ocupados a nivel nacional tiene un empleo protegido, vale decir, con contrato escrito, indefinido, liquidación de sueldo y cotizaciones para pensión, salud y seguro de desempleo. Disponible en: <http://www.fundacionsol.cl/wp-content/uploads/2011/12/Ideas-1-Tendencias-del-Trabajo2.pdf>

este sentido, las relaciones de subcontratación viven una ampliación que junto y como parte también de la precarización del trabajo, constituyen la tendencia predominante.

Así las cosas, “puede sostenerse que existiendo un sindicato nacional y fuera de la empresa, cuyo objeto de tutela sea efectivamente “intereses colectivos” y no las sumatorias de intereses principalmente de naturaleza salarial, los derechos fundamentales no tomarían una porción de la precariedad general de los derechos del trabajador. Es el sindicato quien analiza los puntos focales de defensa de los trabajadores e impulsa las reformas legales requeridas para hacer carne lo que en términos más generales determinan los derechos fundamentales. En Chile, la regulación del sindicato impide que éstos sean buenos representantes y defensores de los derechos laborales de los trabajadores. Al respecto la doctrina ha señalado que si el único sindicato que goza de los derechos que conforman la libertad sindical, es decir, derecho a la organización colectiva, a la negociación colectiva y a la huelga, es aquél constituido a nivel de empresa, éste no tiene posibilidad de promover y defender intereses colectivos que no sean el agregado de los objetivos remuneracionales del grupo que constituye cada organización colectiva. El rasgo de solidaridad

propio del sindicalismo sólo puede manifestarse en agrupaciones numerosas que cubran diversas realidades laborales e incluso protejan a los trabajadores una vez terminada la relación laboral. Sólo así puede distinguirse esta defensa de intereses, cuya máxima expresión es la contratación colectiva, de lo que se ha llamado un simple contrato civil con sujeto plural en relación a nuestro contrato colectivo”.³⁶

³⁶ MARZI, Daniela ¿Quién le teme a los derechos fundamentales? Sobre el procedimiento de tutela de la Reforma Laboral. Disponible en: <http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/11487/11848>

CAPÍTULO II: LOS DELITOS LABORALES O LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES EN EL DERECHO COMPARADO

Se analizarán en este capítulo algunas legislaciones europeas en materias del derecho penal laboral, tales como la italiana, francesa, alemana y española, tanto por el influjo que han ejercido histórica y constantemente en la legislación nacional, como por ser miembros de la OCDE³⁷ al igual que Chile. Se revisará también la legislación peruana por ser un país limítrofe y uno de los pocos que contempla en la región, sanción penal directa para las violaciones empresariales a los derechos fundamentales de los trabajadores. Para finalizar analizando la recientemente creada Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT) de Venezuela, que contiene reproche penal para algunas conductas empresariales lesivas de los derechos laborales.

³⁷ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, que se autodefine como una organización de cooperación internacional, la que está compuesta por 30 Estados, considerados miembros plenos, además diez países con economías emergentes, quienes son adherentes a la declaración y participan en el trabajo del Comité de Inversiones de la OCDE. Ellos son: Brasil, Chile, Egipto, Eslovenia, Estonia, Israel, Letonia, Lituania y Rumania). La misión de OCDE es el promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo.

2.1 DELITOS LABORALES EN LA LEGISLACIÓN ITALIANA

El profesor italiano de derecho penal Donato Castronuovo, señala que el sistema legal italiano de protección de seguridad en el trabajo se caracteriza, como un aparato normativo complejo con sanciones principalmente penales, el que se distribuye en tres niveles:³⁸

En un primer nivel de tutela básico, fuera del Código Penal, se encuentra un extenso cuerpo de disciplinas preventivas en materia laboral, sancionadas con numerosos ilícitos penales no graves, sean contravenciones o faltas, que delimita el riesgo permitido. Entre las muchas leyes en este ámbito revisten carácter general las disposiciones y las correspondientes contravenciones contenidas en el Decreto del Presidente de la República (DPR) del 27 de abril de 1995, N° 547 (relativos a las normas para la prevención de accidentes en el trabajo) en el DPR de 19 de marzo de 1956, N° 303 (normas generales de higiene laboral). A ésta normativa de carácter general hay que añadir otra de carácter específico, con especial referencia a trabajos concretos, lugares de trabajo o

38 CASTRONUOVO, Donato. En Mir Puig y Corcoy Bidasolo. Protección penal de los derechos de los trabajadores. Edit. B de f, 2009. Argentina. Págs. 156.

situaciones de riesgo laboral, que contienen a su vez ulteriores contravenciones.³⁹

En un nivel de tutela intermedio, ubicado entre los delitos contra la incolumidad o seguridad pública, se encuentra fundado sobre las hipótesis dolosas e imprudentes de remoción u omisión de cautelas para la prevención de accidentes laborales, específicamente en los artículos 437 y 451 Código Penal Italiano (CPI).⁴⁰

Es así que el artículo 437 del Código Penal, establece la sanción para la remoción u omisión dolosa de las cautelas contra accidentes laborales y señala expresamente que: “quien omita colocar instalaciones, aparatos o señales destinadas a la prevención de desastres o accidentes laborales, o que los remueva o los dañe, será castigado con la reclusión de seis meses a cinco años. Si del hecho derivase un desastre o un accidente, la pena será la de reclusión de tres a diez años”.

El artículo 451 del Código Penal italiano, determina la sanción para la negligente omisión de cautela o de las defensas contra los desastres o accidentes del trabajo y expresamente establece que: “quien por

39 CASTRONUOVO, Donato. En Mir Puig y Corcoy Bidasolo. Protección penal de los derechos de los trabajadores. Edit. B de f, 2009. Argentina. Págs. 156 y siguientes.

40 Ídem.

imprudencia omite colocar o remueva, o haga inservibles aparatos u otros medios destinados a la extinción de un incendio, o al salvamento o socorro contra desastres o accidentes laborales, será castigado con la reclusión de hasta un año o con la multa de 10 a 516 euros”.

Se puede ver que la anticipación de la tutela se encuentra, en el propio Código Penal Italiano, constituido por los delitos de remoción u omisión dolosa de las cautelas contra accidentes laborales” (art. 437 CPI) y por lo de “negligente omisión de cautela o de las defensas contra los desastres o accidentes en el trabajo”⁴¹ (art.451 CPI).

Se trata de “tipos de peligro común” que presentan sin embargo, un gran número de problemas interpretativos y aplicativos. Existiendo controversia, por ejemplo, respecto del propio alcance de la protección: prevalece la opinión de que estos tipos incluirían no sólo el peligro de desastres (en el supuesto de víctimas potencialmente indeterminadas en su número), sino también el peligro de accidentes individuales, es decir, potencialmente, incluso en relación con un sólo trabajador; pero como dice la doctrina, de este modo se acabaría por cuestionar la propia naturaleza de

41 Ídem. Pág. 157.

las incriminaciones en cuestión, ya que el código parece considerarlos “delitos de peligro común” (colectivos).⁴²

Entre los problemas interpretativos se incluye la calificación del peligro para la incolumidad o seguridad pública: conforme a la opinión mayoritaria, se trataría de un peligro presunto (en sentido estricto); según otra opinión se trataría de un peligro abstracto, o valorando al máximo la intrínseca función preventiva del cuidado omitido de un peligro concreto.⁴³

La ampliación del grupo de casos que abarca la prevención sigue siendo un problema: la disposición se refiere sólo a desastres y accidentes, esto es, sólo a resultados con causa violenta, con exclusión de la protección de la salud frente a las enfermedades profesionales; la jurisprudencia ha tratado de cubrir en parte este vacío legislativo, acuñando de modo discutible desde el punto de vista del canon de la taxatividad -el concepto de “enfermedad-accidente” (*Malattia- infortunio*)-, es decir, extendiendo la aplicación de la disposición al menos a las enfermedades profesionales causadas por “agentes externos” (físicos, químicos, biológicos, etc.).⁴⁴

42 CASTRONUOVO, Donato. En Mir Puig y Corcoy Bidasolo. Protección penal de los derechos de los trabajadores. Edit. B de f, 2009. Argentina. Pág.157

43 Ídem.

44 Ídem.

Subsisten cuestiones sobre la relación entre este tipo de delitos contra la seguridad pública y las infracciones de la legislación en materia de seguridad y prevención laboral: en la jurisprudencia prevalece la teoría del concurso formal de delitos, en consideración a la diferente estructura objetiva-ofensiva y subjetiva de los tipos delictivos frente a las contravenciones (faltas).

En un tercer nivel de tutela final, para el caso de verificación del resultado, se encuentran los delitos contra incolumidad individual, en particular, los artículos 589 y 590 del Código Penal italiano.

El artículo 589 del CPI, en su párrafo segundo, establece que “si el hecho es cometido con violación de las normas que disciplinan la circulación vial o la prevención de accidentes laborales la pena será la de reclusión de dos a cinco años”.

El artículo 590 del CPI, en el párrafo último, establece el régimen de procesabilidad de oficio para las lesiones graves o muy graves cometidas con violación de las normas para la prevención de los accidentes en el trabajo o relativas a la higiene laboral, o que hayan determinado una enfermedad profesional.

Cabe destacar que la producción de un resultado de muerte o de lesiones consecuencia de la infracción de normas de prevención, reclama la materia para el ámbito del Código Penal, en particular, en los clásicos delitos culposos de homicidio establecido en el artículo 589 CPI y lesiones del artículo 590 CPI. Además en el Código Penal italiano se les reconoce un papel especial a las violaciones de las normas contra los accidentes entre los delitos contra la persona. Por un lado, esas violaciones asumen la función de circunstancias agravantes especiales en los delitos de homicidio imprudente y de lesiones imprudentes, por otro lado constituyen un presupuesto para un más riguroso régimen de procesabilidad, con relación a los delitos de lesiones imprudentes.⁴⁵ En estos casos de múltiple relevancia penal de la violación de normas sobre la prevención de accidentes (que son por lo general una contravención, pero que puede incluso guardar relación con el delito de resultado, la jurisprudencia admite el concurso formal de delitos entre las convenciones en materia laboral y el delito imprudente de resultado (lesiones u homicidio).⁴⁶

45 CASTRONUOVO, Donato. En Mir Puig y Corcoy Bidasolo. Protección penal de los derechos de los trabajadores. Edit. B de f, 2009. Argentina. Pág.161.

46 Ídem. Pág.162.

La relevancia de la misma violación en materia de accidentes puede, además, asumir un triple valor, pues en presencia de un resultado puede ser en primer lugar una contravención, puede también ser el contenido de la inobservancia cautelar de la conducta delictiva imprudente, y finalmente como circunstancia agravante.

La penalidad general aplicada al homicidio culposo en el inciso primero del artículo 589 del CPI, es la reclusión de seis meses a cinco años, pero si el hecho es cometido con violación de las normas para la disciplina de la circulación viaria o de aquellas para la prevención de accidentes en el trabajo, esta se eleva a reclusión de dos a siete años. Ahora bien, de producirse la muerte de una o más personas o lesiones de una o más personas, se aplicará la pena correspondiente a la infracción más grave aumentada hasta el triple, con límite de hasta 15 años.

Las lesiones culposas simples establecidas en el artículo 590 del CPI, están sancionadas con reclusión de hasta tres meses o una multa, las lesiones culposas graves son sancionadas con la pena de reclusión de uno a seis meses o una multa. De producirse lesiones culposas gravísimas se sancionará con reclusión de tres meses a dos años o una multa. Ahora bien, si las lesiones graves y gravísimas son cometidas con violación de las

normas para la prevención de accidentes del trabajo o circulación viaria, la pena para lesiones graves se elevará a reclusión de tres meses a un año o multa y si se producen lesiones gravísimas, de reclusión de uno a tres años o multa. Si resultasen lesiones a más de una persona se aplicará la pena correspondiente a la infracción más grave aumentada hasta el triple, con el límite de cinco años.

El profesor español de derecho penal, Hortal Ibarra señala que, la diferencia fundamental entre el sistema de protección penal de los trabajadores italiano y español, radica en que mientras en el sistema italiano la protección de la seguridad en el trabajo se dispensa en el derecho penal *extra e intra codicem*, en el ordenamiento español, se protege prioritariamente por medio del derecho administrativo laboral, no obstante la actual tendencia criminalizadora de las infracciones relativas a la prevención de riesgos laborales.⁴⁷

Es dable mencionar, que no obstante, la clara protección penal a la seguridad de los trabajadores respecto de su salud e integridad física y psíquica que ha otorgado el legislador italiano, esta protección se extraña

⁴⁷ HORTAL, Juan. En MIR Puig y CORCOY Bidasolo. Protección penal de los derechos de los trabajadores. Edit. B de f, 2009. Argentina. Pág. 97.

respecto a otros derechos fundamentales que asisten a los trabajadores en la relación laboral, como la no discriminación laboral, imposibilidad de las condiciones laborales abusivas con penalización para la ocurrencia de las mismas, etc. La que si existe en otras legislaciones como la española. Legislación que también se analiza en este capítulo.

2.2 DELITOS LABORALES EN LA LEGISLACIÓN FRANCESA

En la legislación de Francia, las disposiciones penales en materia de seguridad y salud en el trabajo están contenidas de forma diseminada, sólo en el Código del Trabajo (*code du travail*), sin embargo, la mayoría de las infracciones respecto a la protección de los derechos de los trabajadores se ubican en el derecho penal contravencional, esto es, fuera del Código Penal.⁴⁸

La infracción penal más importante en materia de seguridad en el trabajo está prevista en el artículo L4741-1 del *code du travail*, que castiga con una pena de tres mil setecientos cincuenta euros al empleador o a su representante que conculquen las disposiciones legales, a las que se

48 HORTAL, Juan. En MIR Puig y CORCOY Bidasolo. Protección penal de los derechos de los trabajadores. Edit. B de f, 2009. Argentina. Pág. 88.

remite expresamente o las normas reglamentarias dictadas para su ejecución. En caso de reincidencia se prevé la imposición de una pena de prisión de un año y multa de nueve mil euros. No se exige, por tanto, la puesta en peligro de la vida o de la salud de ningún trabajador, sino sencillamente la infracción formal de tales normas, en una especie de responsabilidad cuasi objetiva.⁴⁹

En el Código Penal de Francia no se ha incluido un delito de peligro autónomo, contando, únicamente, con los comunes ilícitos penales contra la vida o la integridad de las personas cometidos por imprudencia (arts. 221-6, 222-19 y 222-20), tal como ocurre actualmente en Chile con los clásicos artículos 490 y 492 del Código Penal.

Los atentados involuntarios contra la vida, artículos 221-6 a 221-7

El artículo 221-6, establece que, el hecho de causar la muerte de otro, en las condiciones y conforme a lo previsto en el artículo 121-3, por torpeza, imprudencia, descuido, negligencia o incumplimiento de una obligación de seguridad o de prudencia impuesta por la ley o el reglamento,

49 HORTAL, Juan. En Mir Puig y Corcoy Bidasolo. Protección penal de los derechos de los trabajadores. Edit. B de f, 2009. Argentina. Pág. 88.

constituye un homicidio involuntario castigado con tres años de prisión y 45.000 euros de multa.

En caso de violación manifiestamente deliberada de una obligación especial de seguridad o de prudencia impuesta por la ley o el reglamento, las penas se elevarán a cinco años de prisión y a 75.000 euros de multa.

Los atentados involuntarios contra la integridad de la persona, artículos 222-19 a 222-21

El artículo 222-19 viene en señalar que el hecho de causar a otro, en las condiciones y según las distinciones previstas en el artículo 121-3, por torpeza, imprudencia, descuido, negligencia o incumplimiento de una obligación de seguridad o de prudencia impuesta por la ley o el reglamento, una incapacidad laboral total durante más de tres meses será castigado con dos años de prisión y multa de 30.000 euros.

En caso de violación manifiestamente deliberada de una obligación especial de seguridad o de prudencia impuesta por la ley o el reglamento, las penas se elevarán a tres años de prisión y a 45.000 euros de multa.

El artículo 222-20, establece expresamente que, el hecho de causar a otro, por violación manifiestamente deliberada de una obligación especial de seguridad o de prudencia impuesta por la ley o el reglamento, una incapacidad laboral total por un periodo inferior o igual a tres meses, será castigado con un año de prisión y multa de 15.000 euros.

Como no podía ser de otra forma, dichos ilícitos resultan de aplicación en los supuestos en que la muerte y/o lesión imprudente es imputable a la inobservancia de las distintas obligaciones en que se concreta el deber general de seguridad impuesto al empresario. En el caso que dicha infracción sea deliberada, esto es, dolosa, se prevé la imposición de penas de prisión de hasta cinco años, de producirse finalmente la muerte del trabajador.

Teóricamente existe otro precepto destinado a combatir penalmente la infracción de las normas en materia de seguridad y salud en el trabajo, el artículo 223-1, que castiga la exposición de otro a un peligro inminente de muerte o de lesiones graves. Precepto, que en opinión del profesor Juan Carlos Horta y de la doctrina francesa, en la práctica no se ha aplicado de forma significativa, no sólo por los problemas que plantea la

constatación del peligro, si no por las dificultades a la hora de interpretar la concurrencia del resto de sus elementos constitutivos.

En el artículo 223-1, del Código del Trabajo, se señala que el hecho de exponer directamente a otro a un riesgo inmediato de muerte o de heridas susceptibles de provocar mutilación o invalidez permanente por violación manifiestamente deliberada de una obligación especial de seguridad o de prudencia impuesta por la ley o el reglamento, será castigado con un año de prisión y multa de 15.000 euros.

Cabe recalcar que en la protección penal de los derechos de los trabajadores en la legislación francesa al igual que en la italiana, se expresa una protección penal a la seguridad de los trabajadores respecto de su salud e integridad física y psíquica, pero esta protección se extraña respecto a otros derechos fundamentales que asisten a los trabajadores tanto en la relación laboral y *ex ante* de la relación.

2.3 DELITOS LABORALES EN LA LEGISLACIÓN ALEMANA

En el Código Penal alemán (*StGB*) no se incluye ningún delito autónomo en el que se incriminen los incumplimientos de la normativa sobre la seguridad y salud en el trabajo. El derecho penal sólo interviene cuando se produce un resultado de muerte o de lesión imprudente de un trabajador imputable a la inobservancia de las normas preventivo laboral, esto es, los delitos contra la vida y la integridad corporal o física de las personas (arts. 222 y 229 *StGB*).⁵⁰ La protección relativa a la prevención de riesgos laborales se concentra, fundamentalmente, en una serie de leyes laborales, especialmente en la ley de protección laboral de 1996, por la cual se transpuso al derecho alemán la directiva marco 89/3991/CEE.

En la legislación penal alemana se carece de un delito de peligro mediante el cual se adelanta las barreras de protección penal de los bienes jurídicos individuales de la vida y la salud, tal como lo contempla la legislación italiana o de mera infracción como la legislación francesa.

Las infracciones penales no forman parte del llamado derecho penal principal sino del denominado derecho penal accesorio. En Alemania sólo se sanciona penalmente los comportamientos dolosos que se traducen

⁵⁰ HORTAL, Juan. Protección penal de los derechos de los trabajadores. Edit. b de f. 2009. Argentina. Pág. 88.

en una puesta en peligro grave de la vida y la salud de los trabajadores y la contumaz inobservancia de las normas preventivo laborales.

El artículo 23 N° 1 *ArbZG aerbeitaszeitgesestz*, Ley de Jornada de Trabajo, castiga con la pena de hasta un año de privación de libertad o multa al que dolosamente incurra en algunas de las contravenciones contra la regulación de los descansos de los trabajadores y de ese modo pone en peligro la salud o la fuerza de trabajo de un trabajador; el artículo 148 N° 2 *GewO (Gewerbeordnung, Ordenanza Industrial)* castiga con la misma pena al que mediante determinadas infracciones al mismo cuerpo legal pone en peligro la vida o la salud de otro o cosas ajenas de significativo valor. Asimismo existen casos de infracción contumaz de normas de prevención. Los delitos de peligro abstracto existentes, sólo se contemplan en ámbitos característicos de peligro común, como ocurre en materia de explosivos (artículo 40 I N° 1 *SprengG*, Ley de Explosivos o de Productos Químicos (artículo 27 N° 1 *Chemg*, Ley de Productos Químicos).⁵¹

Es dable mencionar la escasa discusión doctrinaria existente en Alemania respecto de la protección penal en forma especial de los derechos

51 HERNÁNDEZ, Hector. En Berruezo, Hernández, H. y otros. Derecho penal laboral. Edit. Bdef, 2011. Argentina. Págs. 72 y siguientes.

de los trabajadores, no obstante lo anterior, el connotado profesor alemán de derecho penal, Bernd Schünemann se ha manifestado respecto a dicha situación y se ha mostrado contrario a incluir un tipo penal específico en el derecho penal alemán que contemple una protección preventiva similar al existente en el derecho penal español o francés.⁵²

2.4 DELITOS LABORALES EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Si existe una legislación que sea “vanguardista y que se muestra como la más productiva en la elaboración de normas que protejan los derechos de los trabajadores, en la realización jurisprudencial y asimismo en la discusión doctrinaria”⁵³ esta es la legislación española, tal como lo señalan los profesores Bajo Fernández y Silvina Bacigalupo. Lo que no ha sido de una elaboración reciente ni espontánea, sino por el contrario de larga data y fruto de luchas de los asalariados y de los autores españoles. Es así y en palabras de los profesores españoles, Baylos y Terradillos “que la transición política en España, viene a quebrar algunas constantes del

52 SCHÜNEMANN, Bernd. “Obras”, Editorial Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires, 2009. Tomo II. Pág. 308.

53 BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO, Silvina. Derecho penal económico. Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2001. Pág. 634.

derecho penal del trabajo franquista. El reconocimiento de la libertad sindical, el derecho a la huelga y la amnistía política y laboral, son puntos de partida para la introducción de una configuración pluralista en lo social y en lo político del estado español. No puede mantenerse ya la idea matriz del anterior modelo totalitario; basada en la unidad coactiva social, económica y política, que comportaba como lógica consecuencia, la criminalización de la autonomía colectiva”.⁵⁴ “El derecho penal del trabajo democrático se circunscribe a la parte del ordenamiento que tiene como finalidad la protección penal de los intereses de los trabajadores, diferenciándose así de la concepción anterior que lo entendía como un instrumento de normalización del orden social y laboral totalitario. A partir de la constitución, es obligatorio que se produzca una inversión de los esquemas de criminalización del derecho penal del trabajo franquista dando cabida a las nuevas realidades constitucionales, supondría por tanto, la forma mas contundente de tutela estatal de los derechos e intereses de los trabajadores, constitucionalmente reconocidas, en los supuestos en lo que

⁵⁴ BAYLOS, Antonio, TERRADILLOS, Juan. Derecho penal del trabajo. Editorial Trotta, 1990, Madrid, España. Pág 27.

no fuera suficiente garantía ni la autotutela colectiva ni la sanción administrativa”.⁵⁵

Es así que a partir del año 1995 se contempla un catálogo de delitos en el Código Penal español en el Título XV, denominado “de los delitos contra los derechos de los trabajadores”.

El fundamento de la incidencia del derecho penal en la relación laboral según los profesores Bajo Fernández y Silvina Bacigalupo, se encuentra en “la defensa de los derechos de los intereses de los trabajadores” la cual en el devenir del tiempo ha requerido y propiciado la aparición de un derecho penal protector de los trabajadores contra los ataques dirigidos a la lesión de sus intereses.⁵⁶

El bien jurídico protegido señalan los profesores citados, Bajo Fernández y Bacigalupo, se concretaría en los intereses del trabajador como parte del contrato de trabajo. No se trata de los intereses del trabajador individualmente considerado, sino del trabajador como miembro de un sector de la comunidad con una situación concreta en el mercado de trabajo. No obstante, esta tesis respecto del bien jurídico protegido, no es

55 BAYLOS, Antonio, TERRADILLOS, Juan. Derecho penal del trabajo. Editorial Trotta, 1990, Madrid, España. Pág. 28.

56 BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO, Silvina. Derecho penal económico. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2001. Pág. 639.

pacífica, puesto que Arroyo Zapatero, estima que se trata del “interés del estado a que se respeten las condiciones mínimas en la vida profesional del trabajador por cuenta ajena”.⁵⁷ Carbonell Cussa, consideran que el Bien Jurídico lo constituye los derechos propios nacidos de la relación laboral.⁵⁸ El profesor Muñoz Conde, en su obra “Derecho penal-parte especial”, señala que se está ante una pluralidad de Bienes Jurídicos protegidos, cuyo único denominador común es el sujeto pasivo: el trabajador; se protegen así derechos de carácter individual, aunque su dimensión social y colectiva permita considerarlos de carácter colectivo.⁵⁹

El ámbito de tutela penal del derecho penal del trabajo se extiende así, a tres grandes grupos de intereses:

- a- Protección penal de las condiciones mínimas de trabajo, incluyéndose la protección del salario, la estabilidad en el empleo y los mecanismos de acceso al sistema de seguridad social.
- b- Protección penal de las condiciones personales del trabajo, referidas a la salud e higiene en el trabajo.

57 ARROYO, Luis. Manual de derecho penal del trabajo. Editorial. Praxis S. A. Barcelona. 1988. Pág. 358.

58 CARBONELL, Cussa, en Vives Anton. Derecho penal parte especial. Editorial Tirant lo Blanch. España. 2008. Pág. 552.

59 MUÑOZ CONDE. Derecho penal-parte especial. Edit. Tirant Lo Blanch. Madrid. Págs. 325 y sgtes.

c- Protección penal y regulación en última instancia, del principio de autonomía colectiva y de las reglas de actuación colectiva.

El catálogo de delitos enumerados o contenido en el Código Penal español, en el Título XV, denominado “de los delitos contra los derechos de los trabajadores”, enumera los siguientes delitos:

En un primer grupo se encuentran los delitos contra las condiciones de trabajo y de la seguridad social, dentro de los que se pueden incluir a “la imposición de condiciones laborales o de la seguridad social”, (artículo 311), el tráfico ilegal de mano de obra y la contratación ilegal de extranjeros (artículo 312), las migraciones fraudulentas o ilegales (artículo 313), la discriminación laboral (artículo 314).

Artículo 311. Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses:

“Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de seguridad social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

Los que en el supuesto de transmisión de empresas, con conocimiento de los procedimientos descritos en el apartado anterior, mantengan las referidas condiciones impuestas por otro.

Si las conductas reseñadas en los apartados anteriores se llevaran a cabo con violencia o intimidación se impondrán las penas superiores en grado”.

El artículo 312 del Código Penal de España, establece que:

“Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra.

En la misma pena incurrirán quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”.

El artículo 313 del Código Penal español, señala expresamente que:

“El que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, o a otro país de la Unión Europea,

será castigado con la pena prevista en el artículo anterior. Con la misma pena será castigado el que, simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país”.

El artículo 314 del Código Penal español, establece que:

“Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses”.

En un segundo grupo se encuentran la protección penal del derecho a la libertad sindical y al derecho de huelga, tipificados en el artículo 315 del Código Penal español:

“Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses los que mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga.

Si las conductas reseñadas en el apartado anterior se llevaren a cabo con fuerza, violencia o intimidación se impondrán las penas superiores en grado.

Las mismas penas del apartado segundo se impondrán a los que, actuando en grupo, o individualmente pero de acuerdo con otros, coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga.”

Finalmente en un último grupo de delitos contra los trabajadores, se encuentra la protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo.

Artículo 316 del Código Penal 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”.

2.5 DELITOS LABORALES EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

La legislación penal de la Republica del Perú, también contempla protección penal de los derechos de los trabajadores, siendo una de las pocas legislaciones Sudamericanas, que penaliza directamente conductas empresariales lesivas de los derechos de los trabajadores, así las cosas, se contemplan únicamente en el artículo 168 del Código Penal del Perú (CPP) de 1991, las conductas empresariales reprochables. Normativa que ya desde hace dos décadas contempla la protección penal de los derechos de los trabajadores.

Artículo 168 del Código Penal del Perú, atentado contra la libertad de trabajo y asociación.

“Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años el que obliga a otro, mediante violencia o amenaza, a realizar cualquiera de los actos siguientes:

1. Integrar o no un sindicato.
2. Prestar trabajo personal sin la correspondiente retribución.
3. Trabajar sin las condiciones de seguridad e higiene industriales determinadas por la autoridad.

La misma pena se aplicará al que incumple las resoluciones consentidas o ejecutoriadas dictadas por la autoridad competente; y al que disminuye o distorsiona la producción, simula causas para el cierre del centro de trabajo o abandona éste para extinguir las relaciones laborales”.

La primera constelación de conductas agrupa a los numerales 1, 2 y 3 del artículo 168 del CPP y protege un interés social que se vincula al interés estatal por otorgar al trabajador de condiciones mínimas para el ejercicio de su actividad laboral.

Una segunda constelación en cambio, reúne conductas que afectan bienes jurídicos diversos, ubicados siempre dentro del ámbito laboral. Este grupo hace referencia a las conductas ubicadas en el último párrafo del artículo 168 del CPP y protege específicamente la garantía del cumplimiento de mandatos laborales y la estabilidad laboral.

Con relación a la naturaleza individual o supra individual del bien jurídico en referencia, se puede entender que se está ante un bien jurídico

colectivo, en virtud a su estrecha vinculación con la funcionalidad del sistema socio-económico y por ende para la consumación no importara el número de trabajadores lesionados, bastando la lesión a un trabajador para la realización del tipo penal.⁶⁰

Analizando el tipo penal, primeramente se puede señalar que el **sujeto activo** en este delito, está redactado en términos amplios “**el que obligue a otro**”, por lo que podría ser cualquier individuo en relación directa con el trabajador, del cual este dependa, aunque en la generalidad de casos será el empresario o el responsable delegado, quien realice la conducta típica.

Respecto del **sujeto pasivo**, sin duda son los trabajadores, no importando si la conducta es ejercida contra uno o más trabajadores, ni el tipo de contrato de trabajo.

Este delito, contemplado en el artículo 168 exige la presencia de dolo, bastaría el dolo eventual. En los supuestos de disminución o distorsión de la producción y simulación de causales se requiere un

60 REYNA, Luis. Los delitos contra los trabajadores en el Código Penal Peruano. Revista Jurídica Cajamarca. Disponible en: <http://ceif.galeon.com/REVISTA3/delitos.htm>

elemento subjetivo adicional, “el ánimo de lograr el cierre del centro de trabajo”.⁶¹

La consumación del ilícito en el artículo 168 CPP varía en atención al comportamiento específicamente ejecutado por el hechor. La penalidad prevista para estos comportamientos es no mayor de dos años, por lo que procedería la reserva del fallo condenatorio y la suspensión de la ejecución de la pena, en tanto concurren los requisitos previstos en los artículos 57 y 62 del CPP.

El delito denominado de atentado contra la libertad de trabajo y asociación, contempla siete supuestos de hecho bien diferenciados, los mismos que, siguiendo la clasificación realizada por el profesor peruano de derecho penal, Caro Coria, pueden ser divididos en modalidades que requieren coacción y modalidades que no requieren coacción:

- En el primer supuesto del artículo 168, el sujeto activo deberá haber obligado a otro a integrar o no un sindicato.

61 REYNA, Luis. Los delitos contra los trabajadores en el Código Penal Peruano. Revista Jurídica Cajamarca. Disponible en: <http://ceif.galeon.com/REVISTA3/delitos.htm>

Este precepto legal exige la presencia de violencia o amenaza como medio comisivo destinado a lograr al trabajador a “integrar o no un sindicato”.

- El segundo supuesto exige que el sujeto activo haya obligado a otro a prestar trabajo personal sin la correspondiente retribución.

Este precepto legal se refiere al no pago del salario o remuneración por el trabajo realizado, importando también la remuneración o salario que sea entregado de forma parcial o no íntegra al trabajador.

- El tercer supuesto contemplado en el artículo 168 del CPP sanciona a quien, obligue a otro a trabajar sin las debidas condiciones de seguridad e higiene industriales, las cuales se encuentran determinadas por la autoridad.

En este precepto legal no se exige que se provoque un daño específico en la salud del trabajo, resulta suficiente para su consumación que se haya aumentado el riesgo para su integridad física o psíquica, por lo que se está en presencia de un delito de peligro abstracto,⁶² que no requiere de la puesta en peligro grave de la seguridad de los trabajadores para que se

62 En este mismo sentido se pronuncia Rafael Barruezo, “es una figura de peligro abstracto, ya que el solo hecho de obligar al trabajador a prestar servicio sin las condiciones de seguridad e higiene industrial es delito, sin necesidad de comprobar si realmente en el caso concreto corrió peligro cierto la integridad del trabajador”. En MIR Puig y CODOY Bidasolo. Protección penal de los derechos de los trabajadores. Edit. B de f, 2009. Argentina. Pág. 10.

consume el delito, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 316 del Código Penal español, en el cual se establece el delito contra la seguridad e higiene de los trabajadores, como un delito de peligro concreto, donde se requiere que se ponga en peligro grave la seguridad de los trabajadores. Pero a diferencia del precepto legal peruano, que es de peligro abstracto, no se requiere en el precepto español que exista el elemento de la obligación por parte del empleador a trabajar, acompañada de amenaza o violencia, baste el no tomar las medidas de prevención, pudiendo realizarse el tipo penal también por omisión y por imprudencia. Debe entenderse que en una relación laboral entre desiguales, resulta muchas veces imposible no acatar las imposiciones patronales, so pena de despido u otras amplias medidas disciplinarias que se le entregan al empresario, por lo que se puede señalar que no existe un consentimiento libre y espontáneo del trabajador para aceptar la orden, las que por lo mismo para una real protección de su derechos no deben requerir además de la amenaza o la violencia por parte del empresario para configurar el delito, lo que si se exige en este precepto legal para que opere el delito.⁶³

63 REYNA, Luis. Los delitos contra los trabajadores en el Código Penal Peruano. Revista Jurídica Cajamarca. Disponible en <http://ceif.galeon.com/REVISTA3/delitos.htm>

- El cuarto supuesto del artículo 168 del CPP, reprime el incumplimiento de resoluciones consentidas y/o ejecutoriadas dictadas por autoridad competente.

Para la configuración de éste supuesto es necesario recurrir a la normatividad laboral, aunque en este caso la finalidad es interpretar los elementos normativos existentes, así será necesario interpretar a que se refiere el legislador penal cuando habla de “autoridad competente” debiendo entenderse a la autoridad administrativa de trabajo y de justicia laboral, afirmar lo contrario significaría dejar abierta una puerta a la impunidad.⁶⁴

- Se incluye como acto configurador del ilícito la disminución o distorsión de la producción y la simulación de causales para el cierre del centro de trabajo.

La remuneración y permanencia del trabajador depende en gran medida, de los índices de producción de la empresa en la que labore. La simulación de causal para el cierre del centro de trabajado supone la extinción de la respectiva relación laboral.

⁶⁴ Ídem.

Aquí se pretende reprimir las prácticas de “lock out”, que deben ser bien diferenciadas de aquellas situaciones excepcionales que pueden provocar el cierre del centro de trabajo, en conformidad a la legislación extra penal que regula dichas situaciones. En estos supuestos de disminución o distorsión de la producción y simulación de causales, al parecer se requiere un elemento subjetivo adicional, cual es el ánimo de lograr el cierre del centro de trabajo.⁶⁵

- El abandono del centro de trabajo con el fin de extinguir las relaciones de trabajo.

El abandono del centro de trabajo por parte del empleador tiene como objetivo extinguir las respectivas relaciones laborales. Carece de relevancia si el agente cumplió con pagar a las víctimas el trabajo realizado o no, el injusto se centra en la violación al derecho a la estabilidad laboral que le corresponde al trabajador.

Ahora bien, no obstante la tipificación de conductas lesivas de los derechos de los trabajadores que reprocha el artículo 168 del Código

65 REYNA, Luis. Los delitos contra los trabajadores en el Código Penal Peruano. Revista Jurídica Cajamarca. Disponible en: <http://ceif.galeon.com/REVISTA3/delitos.htm>

Penal de Perú, lo que resulta un avance en la prevención de dichos delitos, al establecerse como medio de comisión en los tres primeros numerales, solamente la violencia y la amenaza y no incluir como medios comisivos el engaño o el abuso patronal o el aprovechamiento por parte del empleador de una situación de necesidad del trabajador, se impide prevenir con mayor eficacia las lesiones a los derechos fundamentales de los trabajadores.

En Perú no han sido pocos los autores que critican la baja sanción penal o el *quantum* de pena que reciben sus hechores, lo que generalmente impide la encarcelación efectiva obteniéndose como resultado en base a la escasa pena y al medio de comisión necesario para la consumación, lo que se ha denominado por la doctrina como un “derecho penal simbólico”. El profesor alemán W. Hassemer, aproxima muy ilustrativamente a un concepto o idea de lo que se puede entender por derecho penal simbólico, “el propio término no ha sido objeto de estudio por la doctrina; no he encontrado un concepto preciso para el fenómeno de Derecho simbólico: se trata de una oposición entre «realidad» y «apariencia», entre «manifiesto» y «latente», entre lo «verdaderamente querido» y lo «otramente aplicado»; y se trata siempre de los efectos reales de las leyes penales. «Simbólico» se asocia con «engaño», tanto en sentido

transitivo como reflexivo”.⁶⁶ En palabras del profesor español de derecho penal, José Luis Díez Ripollés, su empleo sirve para descalificar tajantemente determinadas decisiones legislativas, generalmente criminalizadoras, que no sólo carecerían de los fundamentos materiales justificadores de su adopción, sino que además realizarían un uso ventajista del derecho penal para fines que no le son propios.⁶⁷ En un sentido similar a esta tesis, respecto del artículo en comento se pronuncia el abogado peruano Dino Caro Coria: “de éste modo, el derecho penal laboral es un derecho simbólico y peligroso porque encubre una realidad de indefensión, reafirmando la falsa creencia de que el Estado protege eficazmente los intereses que subyacen a la relación laboral, cuando la realidad muestra lo contrario”.⁶⁸

66 HASSEMER, V. Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos. Disponible en: <http://neopanopticum.wordpress.com/2007/08/24/derecho-penal-simbolico-y-proteccion-de-bienes-juridicos-w-hassemmer-2/>

67 DÍEZ RIPOLLÉS, José. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena.

Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/103/art/art3.htm>

68 CARO CORIA, Dino. La falsa tutela penal del trabajador. Disponible en: <http://www.ccfirma.com/publicaciones/pdf/caro/Del-laborales.pdf>

2.6 DELITOS LABORALES EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA

La Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT), dictada en la República Bolivariana de Venezuela, que fue promulgada el 30 de abril de 2012 y entró en vigencia el 7 de mayo de 2012, en su Título IX: De las sanciones, contempla reproche penal para conductas empresariales lesivas de derechos de los trabajadores, así se indican como causas de arresto de seis a quince meses, el desacato a la orden de reenganche de un trabajador amparado o trabajadora amparada por fuero sindical o inamovilidad laboral, la violación del derecho a huelga, el incumplimiento u obstrucción a la ejecución de los actos emanados de las autoridades administrativas del trabajo, y el cierre de la fuente de trabajo de manera ilegal e injustificada.

Causas de arresto

El artículo 538 de la nueva ley orgánica establece que “el patrono o patrona que desacate la orden de reenganche de un trabajador amparado o trabajadora amparada por fuero sindical o inamovilidad laboral; el que incurra en violación del derecho a huelga, y el que incumpla u obstruya la ejecución de los actos emanados de las autoridades

administrativas del trabajo, será penado con arresto policial de seis a quince meses. Esta pena, tratándose de patronos o patronas asociados o asociadas, la sufrirán los instigadores o instigadoras a la infracción, y de no identificarse a éstos o estas, se aplicará a los miembros de la respectiva junta directiva. El inspector o inspectora del trabajo solicitará la intervención del Ministerio Público a fin del ejercicio de la acción penal correspondiente”.

Arresto por cierre ilegal e injustificado de la fuente de trabajo

En el artículo 539 de la nueva LOTTT se penaliza el cierre de la empresa en forma injustificada y se señala que “el patrono o patrona que de manera ilegal e injustificada cierre la fuente de trabajo, será sancionado o sancionada con la pena de arresto de seis a quince meses por los órganos jurisdiccionales competentes a solicitud del Ministerio Público”.

Reincidencia

El artículo 540 de la mencionada ley orgánica laboral de Venezuela, aumenta la pena para el caso del reincidente que persiste en el desacato o en mantener el cierre ilegal e injustificado de la empresa estableciendo que “en caso de que un infractor o una infractora al que se refieren los artículos anteriores reincida en el hecho que se le imputa, la pena prevista para la infracción se aumentará en la mitad”.

CAPÍTULO III: LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES Y SU FUNDAMENTACIÓN

Como se ha podido analizar en el capítulo anterior, la protección penal de los derechos de los trabajadores hoy por hoy, no resulta sólo la visión de una legislación aislada, o sólo una pretendida reivindicación de un sector de trabajadores organizados y de profesores de derecho penal, sino por el contrario, ha sido adoptada en el derecho comparado y son varias las legislaciones y de diferentes culturas jurídicas, que han estimado necesario dar protección penal a los derechos fundamentales de los trabajadores y asimismo son varios los países que también actualmente discuten en lo doctrinal y en lo legislativo, la necesidad de crear normativas penales de protección a dichos derechos laborales.

El conflicto de interés propio de la actividad económica, el perseguir por parte del empresario el beneficio más elevado posible utilizando la menor cantidad de recursos posibles, produce el mismo efecto externo que interno, es decir, incita permanentemente al empresario a maximizar el beneficio a costa de los bienes jurídicos de los trabajadores. Además, el trabajador posee una capacidad de autoprotección inferior a la

de la colectividad.⁶⁹ “...en épocas caracterizadas por la amenaza del desempleo, el trabajador depende de la continuación de la empresa y, por ello, se encuentra, desde el punto de vista victimológico, en una situación de especial necesidad de protección”.⁷⁰

Así, “el derecho penal del trabajo no propone ni una expansión del *ius puniendi* ni una reformulación de los principios de imputación penal ni una nueva disciplina académica, con contenidos y metodologías propias. Tampoco la transformación de la ley penal en herramienta emancipadora o superadora de desigualdades sociales con causas estructurales, puesto que el derecho penal, que actúa a través de la pena, sería un instrumento demasiado limitado, para afrontar tan ambiciosos objetivos. Mucho más modestamente, reivindica una mayor atención del legislador a los bienes jurídicos más gravemente puestos en peligro en el marco de la relación laboral. Lo que implica la obligación de meditar y decidir sobre las técnicas -jurídico-penales o no- más idóneas para combatir los delitos contra las condiciones laborales básicas, contra la discriminación laboral, contra la vida y salud de los trabajadores, contra la libertad sexual o contra el

69 SCHÜNEMANN, Bernd. Obras. Editorial Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires, 2009. Tomo II. Pág. 288.

70 Ídem. Pág. 289.

ejercicio de los derechos sindicales, es decir, se trata de considerar, con rigurosa observancia del principio del bien jurídico, o de lesividad, que el marco socio-laboral reúne características específicas, cuyo desconocimiento o preterición son prenda de ineficacia preventiva y de desconocimientos de valores democráticos básicos en el Estado social y democrático de derecho”.⁷¹

La expresión “derecho penal del trabajo”, históricamente no ha tenido una definición unívoca,⁷² pero actualmente se puede compartir la definición entregada por el profesor español Arroyo Zapatero, quien lo define como “el conjunto de preceptos penales creados para garantizar la efectividad de las normas declarativas y ordenadoras destinadas a tutelar a los trabajadores”.⁷³ Es así que de una primera concepción respecto del derecho penal del trabajo, sólo como un instrumento de normalización del orden social y laboral o de tutela del trabajo como actividad productiva, se avanza, no sin retrocesos, a la actual visión de protección penal de “los derechos o intereses de los trabajadores”.

71 BAYLOS, Antonio y TERRADILLOS, Juan. Derecho penal del trabajo: una reflexión general a partir de la experiencia normativa española. Biblioteca Jurídica Virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM de México. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlads/cont/7/art/art1.pdf>

72 BAYLOS, Antonio y TERRADILLOS, Juan. Derecho penal del trabajo. Editorial Trotta, 1990, Madrid, España. Pág. 15.

73 ARROYO, Luis. Manual del derecho penal del trabajo. Editorial Praxis. 1988. Barcelona, España. Pág. 358.

Ahora bien, en doctrina no son aisladas y mínimas las críticas a la actual visión del derecho penal del trabajo y es así que las voces críticas invocan desde el principio de intervención mínima, para oponerse a tener un derecho penal del trabajo, o argumentando que en los tiempos que corren, del riesgo y de crisis económico-financiera, podría desincentivar la creación de empleos y asimismo iría en contra de las reformas de flexibilidad del derecho laboral que se han ido experimentado a nivel mundial, poniendo en tela del juicio la necesidad de un derecho penal del trabajo y dudando también de la real eficacia que ha obtenido en las legislaciones en que se aplica, puesto que se habría generando un “derecho penal simbólico”,⁷⁴ formulándose inclusive por las voces más críticas, que podría ser una huída al derecho penal, como mera coartada del legislador para aparentar una supuesta protección. Pero, “situar el principio de intervención mínima en términos absolutos, es una incongruencia desde el punto de vista de las consecuencias, pues, las nuevas condiciones de la

74 El derecho penal simbólico se da bajo formas muy diversas: Derecho penal que está menos orientado a la protección del bien jurídico que a efectos políticos más amplios como la satisfacción de una «necesidad de acción». Es un fenómeno de la crisis de la política criminal actual orientada a las consecuencias. Ello convierte gradualmente al Derecho penal en un instrumento político flanqueador de bienes jurídicos universales y delitos de peligro abstracto. Este Derecho penal se aviene a las imágenes de una «inseguridad global» y de una «sociedad de riesgo». Un Derecho penal simbólico con una función de engaño no cumple la tarea de una política criminal y mina la confianza de la población en la Administración de Justicia”. Hassemer, W. Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos. Disponible en: <http://neopanopticum.wordpress.com/2007/08/24/derecho-penal-simbolico-y-proteccion-de-bienes-juridicos-w-hassemmer-2/>

vida social han modificado los esquemas que inspiraron al derecho tradicional y día a día aparecen hechos nuevos que atentan contra las formas más evolucionadas de la organización social, y constituye -además- una manipulación ideológica de los sectores partidarios del inmovilismo social, ya que mientras olvidan los principios para la criminalización de los delitos de bagatela o bien aplauden la selectividad atendiendo la situación de vulnerabilidad de los sujetos activos, en obsequio de la llamada "doctrina de la seguridad ciudadana", nada dice con otras formas de criminalidad tanto o más nocivas desde el punto de vista criminológico".⁷⁵

El derecho penal laboral o derecho penal del trabajo indubitadamente es un área del derecho penal económico, su vinculación a los delitos económicos nunca se puso en duda,⁷⁶ no obstante, las críticas formuladas a la necesidad de un derecho penal del trabajo, también se centran en las críticas a la pertinencia de un derecho penal económico, es así que ilustra al respecto sobre las críticas y la discusión, el profesor

75 Proyecto de ley que tipifica conductas atentatorias contra los derechos de los trabajadores, estableciendo un nuevo título en el código penal. Cámara de Diputados de Chile. N° de Boletín 3332-07. Fecha de ingreso 02 de septiembre de 2003. (Proyecto de ley patrocinado por Juan Bustos Ramírez), entre otros. Disponible en:

http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=3646&prmBL=3332-07

76 BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO, Silvina. Derecho penal económico. Centro de estudios Ramón Areces S.A., 2001, España. Pág.239. En este mismo sentido se pronuncia Bernd Shunemann en Obras, Editorial Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires, 2009. Tomo II. Pág. 287.

argentino de derecho penal Carlos J. Lascano, “en las últimas décadas del siglo XX –de modo acentuado en los ámbitos académicos- se preconizaba una política criminal presidida por la idea de “despenalizar” determinados sectores de comportamientos y caminar hacia un “Derecho Penal mínimo”, plasmación del principio de *ultima ratio* o subsidiariedad. Justamente este postulado se encuentra “en crisis” en la actualidad, pues el Derecho Penal Económico, lo que exige, en este ambiente de “huída hacia el Derecho Penal”, es precisamente la criminalización de determinadas conductas, lo cual provoca no pocas tensiones con aquel postulado político-criminal de la Constitución. Tal tendencia expansiva que propicia el Derecho Penal Económico es consecuencia de que -con esta rama especializada del Derecho Penal- se pretende proteger una serie de bienes jurídicos de difícil concreción, los “bienes jurídicos supra individuales”, cuya titularidad pertenece a la colectividad en cuanto tal y no a individuos concretos (medio ambiente, salud del consumidor, protección de la confianza en el correcto funcionamiento del mercado de valores (*insider training*), protección del sistema crediticio, etc.)⁷⁷. La realidad *intramuros* que tenía lugar dentro de

77 LASCANO, Carlos. Los principios constitucionales del derecho penal económico. Globalización y armonización del derecho penal económico. Disponible en:

<http://www.ciidpe.com.ar/area4/principios%20constitucionales%20dpe.%20Carlos%20Lascano.pdf>

los límites de la empresa permanecía en la esfera privada por distintos motivos que, sin duda, guardan relación con la posición de fuerza del empresario. Así, el interés creciente por cuantificar el costo económico a escala nacional del delito de los trabajadores, de modo particular en las economías de Estados Unidos y del Reino Unido, ha incentivado la investigación criminológica sobre la delincuencia y la desviación dentro de la empresa y las organizaciones.⁷⁸

En Chile, el debate real respecto de la necesidad de un derecho penal del trabajo tutelar de los derechos fundamentales de los trabajadores, ya ha comenzado y es así que ya existen algunos autores nacionales que han investigado y escrito sobre el tema, como el fallecido profesor de derecho penal Juan Bustos Ramírez,⁷⁹ y el profesor de derecho penal, Héctor Hernández Basualto. Existiendo también algunas publicaciones anteriores sobre derecho penal del trabajo, comprendidos en su concepto

78 AGUSTINA, José R. Fenomenología del employee crime: Bases para definir Estrategias de prevención del delito intraempresarial. Polít. crim. Vol. 5, N° 10 (Diciembre 2010), Art. 3, pp. 352-409. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_10/Vol5N10A3.pdf 352

79 Quien incluso presentó dos proyectos de ley, en calidad de diputado, respecto a delitos contra los trabajadores, véanse Boletín N° 3332-07 y Boletín N° 5708-13, este último en actual tramitación en el Congreso Nacional de Chile. Disponible en: http://www.camara.cl/pley/pley_buscar.asp

antiguo, es decir, como protección del trabajo, entre los que encontramos el libro “Derecho penal del trabajo” de Juan Soto Calderón, del año 1960.

Actualmente la legislación penal chilena contempla delitos en que los trabajadores pueden ser sujetos activos o hechores de los mismos, como por ejemplo, al impedir o dificultar el acceso al lugar de trabajo o a los medios o elementos de trabajo, artículo 6 letra c) de la Ley 12.927, sobre Seguridad del Estado,⁸⁰ o las paralizaciones ilegales de los trabajadores, tipificadas en el artículo 11 de la mencionada Ley N° 12.927,⁸¹ o la presentación de licencias médicas falsas. “No dejan de llamar la atención que las referidas disposiciones apuntan más bien a la protección del empleador, pues se sancionan conductas tales como la falsedad en el otorgamiento de certificados, permisos o estados de salud y su uso malicioso, en la conocida formulación de leyes penales en blanco impropias, por la remisión de la penalidad a una norma legal, cuya

80 Artículo 6° Cometen delito contra el orden público:

c) Los que inciten, promuevan o fomenten, o de hecho y por cualquier medio, destruyan, inutilicen, paralicen, interrumpan o dañen las instalaciones, los medios o elementos empleados para el funcionamiento de servicios públicos o de utilidad pública o de actividades industriales, mineras, agrícolas, comerciales de comunicación, de transporte o de distribución, y los que, en la misma forma, impidan o dificulten el libre acceso a dichas instalaciones, medios o elementos;

81 Artículo 11. Toda interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga de los servicios públicos, o de utilidad pública, o en las actividades de la producción, del transporte o del comercio producidos sin sujeción a las leyes y que produzcan alteraciones del orden público o perturbaciones en los servicios de utilidad pública o de funcionamiento legal obligatorio o daño a cualquiera de las industrias vitales, constituye delito y será castigado con presidio o relegación menores en sus grados mínimo a medio.

finalidad más bien se acerca a proteger el interés patrimonial del empleador y de las empresas del rubro, más que a la fe pública en las modalidades de la falsificación de certificados”.⁸² Pero no contempla delitos en los cuales los trabajadores pueden ser víctimas. Lo que obviamente no contribuye en prevenir las ocurrencias de lesiones, muertes y vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores. La legislación chilena si contempló en décadas anteriores al término del siglo XX, tipos penales que protegían los derechos de los trabajadores, tal es el caso del delito contemplado en el artículo 13 de la Ley de Seguridad Interior del Estado, el cual en la letra c) sancionaba, como autores de delito contra la normalidad de las actividades nacionales, con presidio o relegación en sus grados mínimo a medio, a los patrones o empleadores que paguen a sus obreros o empleados salarios o sueldos inferiores a los que prescriben las leyes. Normativa con una clara visión de protección de las remuneraciones de los trabajadores, pero para que pudiese realizarse o consumarse, el delito era menester que efectivamente se haya pagado una remuneración menor a la legal. El delito

82 Proyecto de ley que tipifica conductas atentatorias contra los derechos de los trabajadores, estableciendo un nuevo título en el Código Penal. Cámara de Diputados de Chile. N° de boletín 3332-07. Fecha de ingreso 02 de septiembre de 2003. Disponible en http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=3646&prmBL=3332-07

es de resultado, y éste consiste en el menoscabo causado a la remuneración y en forma inmediata al patrimonio del trabajador”.⁸³

En la legislación chilena el 02 de diciembre del año 2009, entró en vigencia la Ley N° 20.393, que vino en establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Tema de histórica y actual discusión doctrinaria sobre la posibilidad de ser o no ser susceptibles de imputación penal mediante las categorías clásicas, las personas jurídicas (*societas delinquere potest o societas non delinquere potest*). Hasta antes de la aparición de esta ley, en el ordenamiento jurídico nacional sólo eran punibles o responsables penalmente las personas naturales o humanas, tal como expresamente lo señala el artículo 58 inciso segundo del Código Procesal Penal de Chile.⁸⁴ Así las cosas, en Chile la responsabilidad penal de las personas jurídicas se estableció para tres delitos; 1) el lavado de activos o dineros; 2) el financiamiento del terrorismo; y 3) el cohecho a funcionario público nacional o extranjero.⁸⁵ No estableciendo ésta nueva

83 SOTO Calderón, Juan. Derecho penal del trabajo. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1961. Pág. 141.

84. “La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare”.

85 Artículo 1.- Contenido de la ley. La presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos previstos en el artículo 27 de la ley N°19.913, en el artículo 8 de la ley N°18.314 y en los artículos 250 y 251 bis del Código Penal; el procedimiento para la investigación y establecimiento de dicha responsabilidad penal, la determinación de las sanciones procedentes y la ejecución de éstas.

regulación legal, delitos que reprochen conductas empresariales que atenten contra los derechos de los trabajadores en forma grave, que tal como se ha analizado, no existen en la legislación local. Adoptándose por la Ley N° 20.393 como modelo de responsabilidad penal para las personas jurídicas, el denominado sistema de hetero-responsabilidad, es decir, imputación de una culpabilidad ajena, diferenciándose del sistema de auto-responsabilidad, por el cual se atribuye la imputación de una culpabilidad propia. No obstante, que en ambos sistemas se exige una imputación personal y, en consecuencia, no se contemplan los casos de responsabilidad objetiva o por el resultado.⁸⁶ Estos supuestos de responsabilidad objetiva o por el resultado, tanto en el derecho penal empresarial como en el derecho penal individual consisten en la inexigencia y por tanto en ausencia de la culpabilidad.⁸⁷

La Ley N° 20.393 establece expresamente el tipo de personas jurídicas que pueden ser adjudicatarias de sanción penal:

- 1.- Personas jurídicas de derecho privado -con y sin fines de lucro- (corporaciones, sociedades, fundaciones etc.)

⁸⁶ GOMEZ-JARA, Carlos. Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial. Editorial Ediciones Jurídicas de Santiago. Santiago, Chile. 2009. Pág. 168.

⁸⁷ Ídem.

2.- Empresas del Estado. La misma ley se encarga de establecer los presupuestos para que concurra la responsabilidad:

a- La existencia de un hecho punible cometido por: alguna de las personas que realicen actividades de administración y supervisión de dicha persona jurídica (dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión) o, por una persona natural que esté bajo la dirección o supervisión directa de alguno de dichos sujetos.

b- Comisión del delito en interés o para el provecho directo e inmediato de la persona jurídica.

c- El interés o provecho debe ser pecuniario.

d- El incumplimiento por parte de la persona jurídica, de su deber de dirección y supervisión, y que ello haya sido lo que hizo posible la comisión del delito.

La ley viene en establecer y clasificar las penas aplicables a las empresas, así en el Título II, sobre las Consecuencias de la Declaración de Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica, el artículo 8 establece:

1- Penas principales:

- Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica (excepto empresas del Estado y las privadas que presten servicios de utilidad).
- Prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado.
- Pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un tiempo determinado.
- Multa a beneficio fiscal de hasta 20.000 UTM.

2- Penas accesorias:

- Publicación de un extracto de la sentencia.
- Comiso.
- Enterar en arcas fiscales la inversión realizada para cometer el delito, si ella superase los ingresos de la persona jurídica.

Lo cierto es que la aparición de esta ley obedeció a una imposición de la OCDE, como condición para su ingreso a dicha organización, no obstante que bastaba con la responsabilidad administrativa

de las personas jurídicas y no necesariamente la responsabilidad penal.⁸⁸ Así las cosas, a su aprobación no le precedió una discusión que incorporara a los sectores interesados de la sociedad, como lo son los trabajadores organizados en sindicatos y asociaciones gremiales, empresarios y asociaciones empresariales, docentes, abogados y el mundo laboral.

El fenómeno de la criminalidad empresarial es muy amplio; abarca tanto comportamientos dirigidos contra bienes jurídicos de la propia empresa, esto es, la criminalidad intraempresarial o *ad intra* (*Betriebskriminalität*) como delitos contra bienes jurídicos de terceros, esto es, la criminalidad hacia fuera o *ad extra* (*Unternehmenskriminalität*).⁸⁹ Dentro de la criminalidad *ad intra* debe diferenciarse entre aquella que puede cometer cualquier empleado (un hurto, por ejemplo) y la que solamente pueden cometer personas con cargos de responsabilidad, los directivos, en quienes se concentran las facultades de decisión y disposición sobre los intereses de la empresa, siendo precisamente este tipo

88 Mensaje N° 018-357 “En consecuencia, la incorporación de estas normas en nuestro sistema jurídico, a través de la presentación de esta iniciativa legal, responde precisamente al cumplimiento de compromisos adquiridos en el ámbito internacional, los cuales consideran expresamente el establecimiento de responsabilidad a las personas jurídicas producto de la comisión de determinados delitos”. Véase convención OCDE para sanción del cohecho de funcionario internacional.

89 PASTOR, Nuria. La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial? Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/122213/169333>

de delitos, los laborales, los que son realizados con mayor frecuencia desde la empresa y en su interior.

Quizás la más sobresaliente de estas peculiaridades radica en que los delitos contra derechos e intereses específicos de los trabajadores despliegan su eficacia del ámbito de la empresa, en contra de lo que ocurre con la criminalidad socio-económica en general, que afecta a intereses más globales y difusos y a sujetos pasivos mas indeterminados e indeterminables, el derecho penal del trabajo se ocupa de conductas criminales que sin dejar de afectar bienes jurídicos colectivos tiene mas acotado el campo de perjudicados directos. La diferencia es pues, fundamental. El autor no tiene enfrente a víctimas que sean sus iguales, sino que de un modo u otro, están respecto a él en una situación subordinada.⁹⁰ Como plantea el profesor Baylos, la posición del trabajador es doblemente subordinada: lo es como efecto de una situación estructural de naturaleza económica y lo es también dentro de ese microcosmos que es la empresa, reflejo a su vez, de aquella situación más general. “Al respecto, es pacíficamente admitido que la existencia de comportamientos ilegales en el seno de la empresa mas que a la predisposición personal de cada

90 BAYLOS, A. y TERRADILLOS, J. Derecho penal del trabajo. Madrid, 1990. Edit. Trota. Págs. 41 y 42.

individuo se debe a factores estructurales como la división del trabajo, las relaciones jerárquicas o el sistema normativo interno a la misma. La distribución fragmentaria de tareas y objetivos, reforzada en el contexto general de la organización a través de los mecanismos de premios y castigos, entre ellos el despido, del estímulo económico, de la promoción o remoción, pueden crear condiciones objetivas que favorezcan el desprecio por la norma. A ello colabora también una nota característica de la empresa de nuestros días: el proceso de toma de decisiones se descentraliza progresivamente lo que provoca una aminoración de la responsabilidad individual sobre los efectos finales, aunque estos puedan ser tan importantes como lo es la destrucción de vidas humanas”.⁹¹

Como se anunciaba, en Chile no existen delitos que penalicen las conductas empresariales atentatorias de los derechos de los trabajadores, no obstante estimarse, que las lesiones graves a esos derechos, son delitos por antonomasia desarrollados muchas veces por empleadores o

91 SOLIVETTI, I.M. La criminalita di impresa: *Alcuni commenti sul problema delle cause, en sociologia del diritto*. Milano: FAE Riviste, 1987. n. 1. Págs. 58-59.

empresas.⁹² La responsabilidad penal del empresario surge en este ámbito como consecuencia de la posición de garante que ostenta respecto de los riesgos procedentes de la explotación industrial, ganadera, agrícola etc. Que se encuentra en su ámbito de dominio. De esta posición de garante deriva una serie de deberes, como el deber de protección, deber de proporcionar las medidas de seguridad y prevención legalmente exigidas, deber de formación, deber de elección, deber de vigilancia etc.⁹³ Careciendo la normativa nacional de un derecho de protección penal de los trabajadores o de algo que al menos se le asimile.⁹⁴

La actual protección legal de los trabajadores en Chile, no ha sido capaz de establecer una debida protección y/o prevenir la ocurrencia de lesiones o muertes en el trabajo o los “mal denominados accidentes del trabajo”, (puesto que para ser un accidente, su ocurrencia debería derivar de un hecho fortuito y no del incumplimiento imprudente o doloso de las

92 El artículo 3, letra a) del Código del Trabajo define al empleador como: “la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo”. “De la definición legal también se infiere que es empleador aquel que es contraparte del trabajador en el contrato de trabajo y que en tal calidad recibe o se beneficia de los servicios personales prestados por el dependiente. De este modo, la determinación de quién es el empleador en una relación laboral es un asunto de hecho”. María Zanzo García, en *Libertad sindical en la relación laboral: ¿el trabajador contra el empresario?* Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, U. de Chile, Santiago, 2010. Pág. 93.

93 CORCOY, Mirentxu. En *Mir Puig y Corcoy Bidasolo. Protección penal de los derechos de los trabajadores*. Edit. B de f, 2009. Argentina. Pág. 363.

94 Coincide al respecto, Hernández Basualto en *Derecho Penal Laboral*. Edit. B de F Montevideo. Buenos Aires. Año 2011. Pág. 47.

normas de prevención de riesgos laborales) como los ha acuñado la doctrina española, y violaciones graves a los derechos fundamentales de los trabajadores, sumando a ello, que se ha entendido erradamente por las empresas lo costoso de la inversión en prevención y seguridad y la conveniencia de pagar las bajas multas que contempla la legislación nacional, como también por la visión de los diferentes actores del mundo laboral, en que las violaciones de los derechos laborales fundamentales, simplemente, se reparan o se compensan con una indemnización de índole económica: “así, en el imaginario mercantilizado de la sociedad neoliberal, toda lesión de intereses es compensable mediante la correspondiente contraprestación económica, en un mundo formado no por personas sino por patrimonios y sumas adineradas virtuales o efectivas y en el que quienes carecen de solvencia presente o futura son arrojados a la exclusión social y se les arranca de cualquier situación jurídicamente definible en términos de derechos ciudadanos. Ello supone la monetarización de bienes jurídicos que, como la vida o la salud, pero podrían añadirse la igualdad o la libertad sexual, no son reducibles a un puñado de euros, y la opción por un sistema legal de impronta individualista y patrimonialista que sustituye

los derechos de los trabajadores por los deberes empresariales de resarcimiento de un daño irremediablemente causado”.⁹⁵

Se puede afirmar que no es suficiente, sin embargo para justificar la criminalización de una conducta, que ésta afecte negativamente a bienes jurídicos esenciales o a derechos fundamentales de los trabajadores, como el caso que se aborda. El derecho penal no puede pretender la tutela de todos ellos frente a todas las posibles amenazas sino que sólo frente a los ataques más relevantes: “pero la lesividad de los delitos contra los derechos de los trabajadores permite afirmar que no estamos ante injustos meramente formales; si los instrumentos puramente económicos de prevención e indemnización son de eficiencia limitada; si las facultades sancionadoras de la administración se han mostrado ineficaces, sobre todo en áreas tan sensibles como en la siniestralidad laboral, en que la infracción resulta económicamente rentable, procede reivindicar de los poderes públicos una actuación dirigida a que el derecho

95 BAYLOS, Antonio y TERRADILLOS, Juan. Derecho penal del trabajo: una reflexión general a partir de la experiencia normativa española. Biblioteca Jurídica Virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM de México. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlads/cont/7/art/art1.pdf>

penal, sin perder su rol de *ultima ratio*, asuma las funciones preventivas que en el Estado de derecho no puede delegar”.⁹⁶

La protección que contemplan las legislaciones de los países europeos como Alemania, Francia, España e Italia, e incluso Perú y Venezuela en la región, además de la protección laboral-administrativa para los principales derechos de los trabajadores, contempla también protección penal. En Chile la realidad es muy distinta y sólo se contempla protección administrativa y pecuniaria, esto es el establecimiento de sanciones y multas para las infracciones laborales o de derechos de los trabajadores y asimismo indemnización de perjuicios en sede laboral. No obstante, lo ya mencionado respecto de la persecución penal de lesiones y muertes ocasionadas en el trabajo, mediante la normativa general de cuasidelitos. Tutelas legales que resultan insuficientes para una efectiva protección de los derechos de los trabajadores, resultando para las empresas muchas veces más económico y rentable pagar las multas que invertir en prevención y seguridad laboral.

96 BAYLOS, Antonio y TERRADILLOS, Juan. Derecho penal del trabajo: una reflexión general a partir de la experiencia normativa española. Biblioteca Jurídica Virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM de México. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlads/cont/7/art/art1.pdf>

A nivel mundial, hay alrededor de 6.300 muertes diarias relacionadas con el trabajo, ya sea por accidentes del trabajo (de los cuales según la OIT a lo menos el 80% resultaban del todo evitables) o por enfermedades profesionales y unos 317 millones de trabajadores lesionados en accidentes en el trabajo cada año. Esto último representa un promedio de cerca de 850.000 lesiones diarias, las cuales se traducen en cuatro o más días de ausentismo laboral.⁹⁷

Las estadísticas sobre accidentabilidad laboral en Chile durante el año 2010 son elocuentes al respecto, dichas estadísticas elaboradas por la SUCESO del año 2010, dan cuenta de la alta y trágica cantidad de trabajadores muertos en el ejercicio de su trabajo en Chile, a razón de más de 246 fallecimientos anualmente, inclusive registrándose un incremento de trabajadores muertos respecto del año 2009.⁹⁸ Las cuales son mayores a las cifras de muertes ocasionadas cada año por violencia intrafamiliar o

97 Disponible en: http://www.oit.org.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=2470:comenzo-el-xix-congreso-sobre-seguridad-y-salud-en-el-trabajo&catid=117:ultimas-noticias&Itemid=1305

98 No obstante que según estadísticas de la SUCESO, el índice de muertes en accidentes del trabajo habría disminuido en el año 2011 en una tasa de 4,5 de fatalidad, esto significa que murieron 185 trabajadores en Chile. Disponible en: <http://www.previsionsocial.gob.cl/subprev/?p=5413>

domestica.⁹⁹ Estadísticas, que por lo demás sólo contemplan a los trabajadores con contratos formales de trabajo, es decir, subordinados a empresas adheridas a mutuales de seguridad a las cuales acceden las empresas más grandes y que no son las que más trabajadores concentran, entendiéndose mayor aún el número de trabajadores muertos anualmente.¹⁰⁰

No contando con estadísticas oficiales, que por ahora indiquen la cantidad de trabajadores lesionados en forma grave, debiendo considerar además el hecho de que no son pocas las veces en que empleadores no informan a la autoridad los accidentes graves del trabajo o envían a sus trabajadores a servicios públicos o privados y no a las mutuales de seguridad, para evitar un incremento en la cotización que debe cancelar el empleador a dichas instituciones para efectos del seguro de accidentes.

99 Muertes que en virtud de campañas comunicacionales estatales de educación al respecto, la entrada en vigencia de la ley 20.006 que contempla el delito de maltrato habitual y de la tipificación del delito de feminicidio, año tras año han ido en disminución. Al respecto véase investigación del servicio nacional de la mujer. Violencia de género y la administración de justicia. Disponible en: http://www.sernam.cl/descargas/violencia_genero.pdf

100 En Chile hay algo más de 1,5 millones de micro y pequeñas empresas (MIPE), incluidos los trabajadores por cuenta propia. Las MIPES formales alcanzan a 721 mil unidades productivas en el año 2008. Además, existen más de 805 mil microempresas informales. En conjunto la MIPE concentra el 58% de la ocupación del sector privado, representa el 96% de las empresas del sector formal y está distribuida a lo largo del territorio nacional. La situación de la micro y pequeña empresa en Chile. Disponible en: <http://www.oitchile.cl/pdf/peq001.pdf>

Así es, que los fundamentos sobre la pertinencia del derecho penal para proteger los derechos de los trabajadores, debe pues, centrarse en analizar la relevancia de los bienes jurídicos afectados (principio de lesividad). La trascendencia de los ataques que sufren (carácter fragmentario del derecho penal), las limitaciones de los instrumentos pre-penales de protección (principio de *ultima ratio*), y finalmente, las características propias del ámbito laboral que pueden aconsejar un tratamiento penal específico de los comportamientos nacidos en su seno (principio de prevención)”.¹⁰¹

Asombran las estadísticas respecto al alto grado de discriminación laboral que sienten los chilenos, especialmente las mujeres, respecto a las opciones desiguales al postular a un puesto de trabajo, respecto del salario y al trato digno.¹⁰² La Encuesta de la Corporación Humanas 2011 señala en su informe de resultados que el 79% de las encuestadas considera que la maternidad resta oportunidades de trabajo a

101 BAYLOS, A. y TERRADILLOS, J. Derecho penal del trabajo: una reflexión general a partir de la experiencia normativa española. Biblioteca Jurídica Virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM de México. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlads/cont/7/art/art1.pdf>

102 Un 95% de las mujeres se siente discriminada en el trabajo, según encuesta realizada por la Corporación Humanas, para el periodo 2011. Disponible : <http://www.humanas.cl/?p=8357>

las mujeres, demostrando conciencia sobre la existencia de discriminación laboral respecto de quienes optan por la maternidad.¹⁰³ Así también asombran, el alto número de denuncias ingresadas por discriminación laboral ante la Dirección del Trabajo, dadas en virtud del origen étnico, género y nacionalidad entre otras, así como por la mantención de antecedentes comerciales o Dicom. Cerca de cuatro millones de personas figuraron en las listas de morosos del “DICOM”, el boletín comercial creado por privados para evaluar los riesgos al otorgar un crédito en dinero y poder distinguir a los buenos y malos pagadores; sin embargo, con los años la información contenida en este sistema de datos personales económicos se comenzó a utilizar como condición previa para postular a empleos o instituciones educacionales y de salud.¹⁰⁴ Por lo que el 24 de enero de 2012 el Congreso Nacional aprobó la Ley N° 20.575, que establece el principio de finalidad en el tratamiento de datos personales, con el fin de asegurar que los sistemas de registro de deudas sean usados para evaluar riesgos comerciales y no con otros fines, como los laborales.

103 VIII Encuesta Nacional Percepción de las Mujeres sobre su Situación y Condiciones de Vida en Chile, Corporación Humanas. Santiago de Chile, 2011.

104 Disponible en: http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/congreso-nacional-despacho-Ley-Dicom

Cabe tener presente lo señalado recientemente por la OIT, en su nuevo Informe Global sobre la Igualdad en el Trabajo 2011 expresando, “que a pesar de los continuos avances en legislación antidiscriminatoria, la crisis económica y social mundial ha llevado a un aumento en el riesgo de discriminación que sufren ciertos grupos, como por ejemplo los trabajadores migrantes”.¹⁰⁵

Profunda conmoción han causado los noticiarios de televisión y diarios electrónicos, en los meses del segundo semestre del año 2011, exhibiendo a trabajadores en el país que desarrollando sus actividades en turnos nocturnos, son encerrados por sus empleadores, sin tener la posibilidad de salir ni siquiera en casos de urgencia, tal como lo fue el terremoto y posterior Tsunami que afectó a la zona centro-sur de Chile, el 27 de febrero de 2010. Asimismo trabajadores que se desempeñan como cajeros en Supermercados, a los cuales no se les permite dejar su puesto de trabajo para ir al baño, teniendo que usar pañales desechables. Que decir de lo ocurrido en la Mina San José, en la Tercera Región de Atacama de Chile a mediados del año 2010, donde treinta y tres mineros quedaron atrapados por un derrumbe a mas de 700 metros de profundidad bajo tierra,

¹⁰⁵ Disponible en: http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_155303/lang--es/index.htm

sin poder salir por más de dos meses, en razón de que los dueños de la mina no tenían, según los informes de la Dirección del Trabajo, las normas mínimas de seguridad para la protección de sus derechos y ni siquiera contaban con una vía de escape para sus trabajadores.

Impactan las altas cifras de trabajadores inmigrantes trabajando en condiciones infrahumanas, especialmente provenientes de Perú, Bolivia y Ecuador, ingresados muchas veces de forma ilegal al país por organizaciones criminales, siendo víctimas de un verdadero delito de trata de personas. Sumando el silencio de los trabajadores a denunciar los abusos de sus empleadores, por miedo al despido o a la expulsión del país, en virtud de no tener documentación legal de permanencia o autorización para trabajar. Siendo dable mencionar que el delito de trata de personas es considerado como uno de los delitos más deleznable por el impacto familiar y social que genera y entre los tres más importantes a nivel mundial, por las cuantiosas cifras de dineros que genera, ubicándose solo después de los delitos del tráfico de armas y de drogas.

Que los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos, los convenios de la OIT y la Convención de las Naciones Unidas

contra la Delincuencia Organizada Transnacional, suscritos por Chile, obligan al Estado chileno a legislar y dar protección a los derechos fundamentales de los trabajadores, especialmente en lo que respecta a desarrollar sus labores con las medidas de necesarias de higiene y seguridad. Por lo que si la protección actual que contempla la legislación chilena no es suficiente y ha sido incapaz de proteger eficazmente a los trabajadores y de prevenir los mal llamados accidentes laborales y la vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores, debe emprenderse el camino para otorgar una protección penal de los mismos.

Sincerando el discurso, el derecho penal se comprende como un límite, y es legítimo porque es una contención y una reducción del poder punitivo del Estado, lo que resulta imperioso para que el estado de derecho permanezca, no se desbande y no se totalitarice.¹⁰⁶ Pero el derecho penal, no es sólo un fenómeno normativo, sino que tiene funciones y fines sociales, por ende es un medio de control social y de construcción de realidad. Por lo que su utilidad, respecto de la efectividad en la prevención de la ocurrencia de ciertas infracciones laborales delictivas es evidente.

106 ZAFFARONI, Eugenio. Estructura básica del derecho penal. Editorial Ediar, Buenos Aires, 2009. Pág. 30.

El profesor argentino, Carlos M. Cárcova, al referirse al derecho expresa que “es una práctica de los hombres que se expresa en un discurso que es más que palabras, es también comportamientos, símbolos, conocimientos...”, “...esta compleja operación social dista de ser neutral, está impregnada de politicidad y adquiere dirección según las formas de la distribución efectiva del poder en la sociedad ...”, “...es ideológico en la medida en que oculta el sentido de las relaciones estructurales establecidas entre los sujetos con la finalidad de reproducir los mecanismos de la hegemonía social...” y continúa más adelante “no es sólo violencia monopolizada es también discurso normalizador y disciplinario, pero a la vez que cumple un rol formalizador y reproductor de las relaciones establecidas también cumple un rol en la remoción y transformación de tales relaciones, posee a la vez una función conservadora y renovadora. Ello es así porque como discurso ideológico elude pero también alude. Al ocultar, al disimular, establece al mismo tiempo un espacio de una confrontación. Cuando promete la igualdad ocultando la efectiva desigualdad, instala además un lugar para el reclamo de la igualdad”.¹⁰⁷

107 CÁRCOVA, Carlos. Las teorías jurídicas post positivistas. Editorial AbeledoPerrot S. A. Buenos Aires., 2008 Págs. 123 y 124.

Si es que existe un ámbito del derecho donde la desigualdad es evidente y abismante entre las partes y muy diferenciadora a favor de una de estas, es precisamente en la relación empleador-trabajador, donde sólo sobre la unión de muchos trabajadores se consagra poder, para llegar a opacar el gran poder del patrón o empleador. Y es aquí precisamente donde con mayor urgencia se reclama la intervención del legislador, en posibilitar la disminución del poder que ejerce uno sobre muchos y que muchas veces se traduce en comportamientos merecedores de reproche penal por la gravedad de las lesiones ocasionadas a los derechos de los trabajadores.

Ahora bien, como se ha mencionado, no obstante la consagración constitucional de los derechos fundamentales de los trabajadores en Chile, estos no encuentran una real protección para evitar su vulneración, por lo que resulta necesario que el derecho penal extienda su rol preventivo, en cuanto a poder prevenir verdaderas violaciones a derechos fundamentales, como la salud, la vida, la dignidad y la igualdad ante la ley entre otros. Así es, que “se puede avanzar en la línea de admitir la legitimidad democrática de un derecho penal que como *ultima ratio*, pretenda la tutela preventiva de los derechos de los trabajadores frente a los ataques más graves que puedan amenazarles. Hablamos pues de

prevención. La observación, mas que obvia, es importante, pues enfatiza la función preventiva de la pena, que puede ser útil para potenciar como amenaza previa al comportamiento delictivo, un nivel de protección que no alcanzan indemnizaciones ni sanciones administrativas, con las cuales por otra parte la pena no resulta necesariamente incompatible”.¹⁰⁸

Con lo expuesto, resulta del todo legítimo y necesario que el derecho penal pueda expresar su fin preventivo respecto de las conductas lesivas de los derechos de los trabajadores, no obstante respetando los principios de un estado democrático de derecho como lo son el principio de intervención mínima, de lesividad y de *ultima ratio* entre otros. Se debe recordar que el delito es antes que nada política criminal, la dogmática está traspasada e informada por ella. Los delitos son cambiantes conforme son los sistemas sociales, de acuerdo a los conflictos sociales existentes entre las personas y a las necesidades de estas que se expresan en ellos, las cuales tiene que atender y reconocer el Estado.¹⁰⁹

Tal como lo señala el profesor de derecho penal español, don Luis Arroyo Zapatero, “ la protección que el ordenamiento jurídico otorga

108 BAYLOS, Antonio y TERRADILLOS, Juan. Derecho penal del trabajo. Edit. Trota. Madrid, 1990. Pág. 30.

109 BUSTOS, Juan. El delito culposo. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2006. Pág.10.

a la seguridad de la persona en su trabajo, se realiza a través de tres instancias: A) la declaración de derechos de los trabajadores, la imputación de deberes al empresario y a sus representantes, B) la regulación de las condiciones, modos y formas a las que se deben acomodar los centros de trabajo, los instrumentos y procesos del mismo y, C) a través de la sanción de los comportamientos que infringen todo ese complejo normativo”,¹¹⁰ última instancia que en Chile respecto de sanciones penales resulta inexistente, salvo por lo ya mencionado respecto de lo dispuesto en el nuevo artículo 411 *quáter* del Código Penal.

Como se adelantaba, Chile no es la excepción en Latinoamérica respecto de la alta tasa de siniestralidad laboral, es decir, de lesiones y muertes de trabajadores ocasionadas en el trabajo y es así que, con la evolución de la ciencia, la técnica, del propio derecho laboral y en plena sociedad del riesgo y en riesgo, también el derecho penal debe ser capaz de avanzar en pos de dar una acertada protección a los derechos de los trabajadores y poder prevenir y sancionar eficazmente las vulneraciones más graves a sus derechos principales, lo que no puede significar que se intente establecer una especie de responsabilidad penal objetiva respecto de

110 ARROYO, Luis. Manual de derecho penal del trabajo. Editorial Praxis S. A. Barcelona. 1988. Pág. 10.

los empleadores, directivos y empresas, ya que no obstante, la necesidad de penalizar en estas materias, no se puede pasar por alto los principios del derecho penal de un Estado de derecho que se precie de democrático, como los de la intervención mínima, de *ultima ratio* y de lesividad, por lo que todo intento por legislar debe contemplar a lo menos estos principios. “Según la situación actual del derecho y la constitución, la política criminal no busca combatir la criminalidad a cualquier precio sino combatirla con un Estado de derecho”.¹¹¹

Cabe mencionar, que no obstante no existir en Chile una legislación propiamente tal de protección penal de los derechos de los trabajadores o algo que se asimile, este escenario comienza a alterarse, puesto que existen dos proyectos de ley actualmente en primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados del Congreso Nacional de la República de Chile, que pretenden incorporar delitos contra los trabajadores, Boletín N° 3332-07 y Boletín N° 5708-13. Que siguiendo el modelo español establecen sanciones penales a “los que con infracción de las normas de prevención de accidentes de trabajo, no faciliten los medios

111 ROXIN, Claus. La teoría del delito en la discusión actual. Editorial Grijley. Lima, Perú. 2007. Pág.51.

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”, agravando la pena para el caso de producirse el resultado de lesiones o muerte del trabajador. Así las cosas, el proyecto de ley que tipifica delitos contra la seguridad del trabajo, Boletín N° 5708-13, en el CAPÍTULO IV de la presente tesis será analizado. Asimismo se ha incorporado recientemente al Código Penal el artículo 411 *quáter*, que tipifica el delito de trata de personas y entre una de sus finalidades para su comisión está la explotación laboral, “el que mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra capte, traslade, acoja o reciba personas para que sean objeto de alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, **trabajos o servicios forzados**, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a éstas, o extracción de órganos, será castigado con la pena de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales”. Artículo que será analizado en el Capítulo V de esta tesis.

CAPÍTULO IV: PROPUESTA DE TIPOS PENALES QUE SANCIONAN CONDUCTAS EMPRESARIALES LESIVAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES

Justificándose en el capítulo anterior la necesidad de criminalizar determinadas conductas empresariales lesivas de los derechos de los trabajadores, entendiendo que el fundamento de plausibilidad de la intervención punitiva del Estado como poder de organización del sistema solo puede estar en la medida que exista la finalidad de proteger bienes jurídicos, esto es una síntesis normativa determinada de una relación social concreta y dialéctica, como la vida, la salud individual, la libertad etc.¹¹² Se puede anunciar desde ya la toma de postura a favor o positiva, frente a la incorporación de los delitos laborales por parte del legislador, es decir, estimándose necesario criminalizar o reprochar penalmente las conductas empresariales que atenten gravemente contra los derechos fundamentales de los trabajadores.

¹¹² BUSTOS, Juan. El delito culposo. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2006. Pág. 11.

El ámbito de protección penal de los derechos de los trabajadores, siguiendo a la doctrina y legislación española, podría extenderse a tres grandes grupos de intereses:

- 1- Protección penal de las condiciones mínimas de trabajo, incluyéndose la protección del salario, la estabilidad en el empleo y los mecanismos de acceso al sistema de seguridad social.
- 2- Protección penal de las condiciones personales del trabajo, referidas a la salud e higiene en el trabajo.
- 3- Protección penal y regulación en última instancia, del principio de autonomía colectiva y de las reglas de actuación colectiva.

DELITOS LABORALES PROPUESTOS

1. Penalización de la imposición de las condiciones laborales perjudiciales de los derechos de los trabajadores reconocidos en disposiciones legales y reglamentarias por parte del empleador.

“Serán castigados los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio o mantengan, condiciones laborales o de seguridad social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por ley. Si dichas conductas

se llevaran a cabo mediante violencia o intimidación de los trabajadores se agravará la penalidad”.

Principales elementos que resaltan del tipo penal propuesto:

La acción típica consistiría en actuar mediante engaño o abuso de situación de necesidad, imponiendo o manteniendo ilegalmente condiciones laborales y de seguridad social a los trabajadores. La doctrina española ha entendido por abuso cualquier clase de aprovechamiento o uso excesivo e indebido de su especial posición de fuerza en el ámbito de las relaciones laborales.¹¹³ Situación de necesidad, es una expresión en principio sin contornos o límites, pero quizás debería interpretarse restrictivamente, acogiendo sólo aquellas conductas con una clara repercusión laboral, ya traigan origen en causas económicas, familiares, de edad, salud, ignorancia o cualquier otra.¹¹⁴ El abuso debe ser probado, bastando con probar que quien contrata como empleador conoce la

113 TERRADILLOS, Juan. Derecho penal del trabajo. Revista penal. Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/16/16>

114 CARBONELL, M. j. y González C., J. De los delitos contra los derechos de los trabajadores. En: VIVES, Anton. (coord.) Comentarios al Código Penal de 1995. Edit. Tirant lo Blanch. España.1996. Pág. 1542.

situación del trabajador que contrata, prevaliéndose de esa desigualdad entre los sujetos, la carga se impone contra o sin la voluntad de quien la ha de sufrir. El engaño, no se debe entender como el engaño propio del delito de estafa,¹¹⁵ sino como artificio, maquinación, impostura, falacia, mendacidad, ardid, maniobra o insidia.

El delito se consumaría imponiendo al trabajador las condiciones ilegales, perjudicándole, sin que se requiera un perjuicio económico necesariamente. Pero se requiere además la concurrencia de otro medio típico cual es, la imposición de condiciones ilegales de trabajo, siguiendo a Terradillos, imponer implica una situación de desigualdad.

Redactado más o menos de esta forma el precepto, se trataría de un **delito de consumación instantánea**, que se perfecciona con la mera imposición de las condiciones ilegales o desfavorables, sin necesidad de que éstas, una vez impuestas, persistan a lo largo de la relación laboral.

Ha entendido la doctrina española para el precepto del artículo 311 del Código Penal, símil al tipo penal propuesto, que penaliza esta conducta en comento, que el bien jurídico protegido no es único sino

¹¹⁵ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO, Silvina. Derecho penal económico. Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2001. Pág. 643.

plural, y así tal precepto tutela la seguridad jurídica del trabajador, la estabilidad del mercado laboral y las legítimas expectativas de los trabajadores que legalmente reúnen las condiciones para acceder a un empleo; pero también se trata de evitar la explotación de trabajadores, por parte de empresarios sin escrúpulos que, aprovechándose de su situación de necesidad, los someten a condiciones de trabajo indignas, soslayando así los controles administrativos establecidos al efecto.

Por condiciones laborales ha de entenderse todas las que constituyen el contenido de la relación de trabajo. Las condiciones laborales especifican los derechos y deberes de cada parte en la relación laboral o, en otras palabras, diseñan cómo debe llevarse a cabo la prestación de servicios: contenido, modo, tiempo, lugar, remuneración, límites de las facultades del empresario, etc. El consentimiento del trabajador aceptando las condiciones ilegales no excluirá la tipicidad ni actuará como causa de justificación.¹¹⁶

116 BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO, Silvina. Derecho penal económico. Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2001. Pág. 643.

A diferencia del artículo 311 del Código Penal español, en el tipo penal propuesto, no se consideran las condiciones contractuales ya sea por contrato individual o por contrato colectivo, puesto que podría resultar discriminatorio y por ende lesivo, tener a empleadores que deben responder penalmente por cláusulas contractuales y a otros no. Se lesiona el principio de igualdad, ya que el comportamiento punible de un empresario puede ser idéntico al de su impune vecino o incluso al suyo propio en relación con un trabajador distinto.¹¹⁷

Ejemplos de la penalización de estas conductas existentes en el derecho comparado

El Código Penal español establece en su artículo 311:

“Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses: 1º Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o

117 LASCURAIN SÁNCHEZ, en Bajo Fernández. Compendio de Derecho penal (parte especial). Vol. II, Editorial Universitaria Ramón Areces. España. 1998. Pág. 636.

contrato individual. 2º Los que en el supuesto de transmisión de empresas, con conocimiento de los procedimientos descritos en el apartado anterior, mantengan las referidas condiciones impuestas por otro. 3º Si las conductas reseñadas en los apartados anteriores se llevaren a cabo con violencia o intimidación se impondrán las penas superiores en grado”.

2. Penalización de la discriminación laboral persistente

“Se penalizará la discriminación grave en el empleo, público o privado, por parte del empleador o quien sus derechos represente, contra el trabajador en vías de postular al puesto de trabajo o con ocasión de la relación laboral, basadas en razón o motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, ideología, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa, y que tras requerimiento de la autoridad o sanción administrativa, no restablezcan la situación de igualdad, reparando los daños económicos que se hayan derivado”.

Con el tipo penal propuesto lo que se pretende, es proteger el principio de igualdad de los trabajadores ante la ley, en concordancia con lo establecido en artículo 2 del Código del Trabajo de Chile y lo dispuesto en el artículo 19 N° 2 de la Constitución de la Republica,¹¹⁸ la que es lesionada por la diferencia de trato entre sujetos o grupos de personas contraria a la ley.

Principales elementos que resaltan del tipo penal propuesto:

Primero que todo, el delito de discriminación laboral, exigiría la constatación de los siguientes elementos típicos:

- Una acción típica que produzca una discriminación grave, ya sea en el ámbito del trabajo público o privado.
- La situación de discriminación puede producirse de forma activa u omisiva (por ejemplo, el no contratar a un trabajador por motivos discriminatorios).

118 “En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

El Código del Trabajo de Chile, ha fijado las infracciones que son consideradas muy graves en la materia. Así en su artículo 2 considera como contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación y define a los actos de discriminación, como “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicalización, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”. Por lo que cuando estos actos discriminatorias revistan la necesaria lesividad habrán de considerarse delictivas.

La discriminación sólo será penalmente relevante cuando no se haya restablecido la situación de igualdad ante la ley, tras el requerimiento o la imposición de una sanción por parte de la autoridad administrativa o el tribunal competente, cual podría ser el caso la dirección del trabajo o el Tribunal de Letras del Trabajo, de este modo, la conducta discriminatoria no es más que un primer paso del delito, pues éste sólo se consuma una vez que el sujeto activo ha sido formalmente requerido por la autoridad a restablecer la situación de igualdad, y desobedece tal requerimiento.

El sujeto activo del delito puede ser el empresario o cualquiera que tenga un cierto poder sobre la relación laboral, para poder generar la discriminación y posteriormente mantenerla. En virtud del tipo penal propuesto no se castigaría, la mera discriminación, sino los casos de discriminación graves, exigiendo que haya existido un previo requerimiento judicial o sanción administrativa y que a pesar de ello, no se haya restablecido la situación por parte del empresario requerido, reparando los daños económicos que se hayan derivado.

La propia naturaleza irrenunciable del derecho a no ser discriminado excluye cualquier eficacia justificante del consentimiento del afectado por la discriminación.

La acción discriminatoria puede revestir las más diversas formas, muchas de ellas disimuladas como la llamada discriminación indirecta: peor retribución a la mujer a igualdad de trabajo que los hombres, reservar determinados puestos a personas de una determinada etnia o sexo, etc. La finalidad discriminatoria debe deducirse claramente de los hechos.

La discriminación llamada discriminación positiva, mediante la que se pretende reequilibrar situaciones discriminatorias preexistentes, como el reservar una cuota obligatoria a mujeres, o a personas

discapacitadas, a personas que acceden por primera vez a un empleo, no puede considerarse como conducta típica para estos efectos, bajo ningún respecto.

Ejemplos de la penalización de estas conductas existentes en el derecho comparado:

El Código Penal español establece en su artículo 314;

“Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la Ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses”.

3. La criminalización de las conductas empresariales que atenten contra la libertad sindical y el derecho a la huelga de los trabajadores.

“Se castigará a los que mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga.

Si dichas conductas se llevaran a cabo con fuerza, violencia o intimidación se aumentarán las penas en un grado”.

Como se analizó en el Capítulo I, el legislador chileno ha restringido la huelga a una única y excluyente finalidad, cual es la reivindicación contractual dentro del procedimiento reglado de negociación colectiva previsto por la ley (lo que viola el convenio 87 de la OIT, respecto a la huelga como la manifestación de la libertad sindical, cual es el bien jurídico protegido en este delito, puesto que escasamente podrá hacerse uso de este derecho por parte de los trabajadores organizados, ya que se restringe solo a una determinada etapa, extremadamente regulada, dentro de la negociación colectiva reglada y solo a nivel de empresa, derecho que además no es susceptible del procedimiento de tutela laboral). Lo que intenta el tipo penal propuesto, es proteger dos derechos

fundamentales, como lo son la libertad sindical y el derecho a la huelga, penalizando a quien, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impide o limita la libertad sindical o el derecho a la huelga. Aumentándose la penalidad para el caso de emplearse la fuerza, la violencia o la intimidación.¹¹⁹

Principales elementos que resaltan del tipo penal propuesto:

El tipo penal propuesto contempla un tipo básico y un tipo agravado de protección, tanto de la libertad sindical como el derecho de huelga. En el tipo básico propuesto, la conducta descrita consiste en impedir o limitar el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga, aquí se requiere una exigencia, la cual es obtener el resultado de impedir o limitar la libertad o el derecho, a través del empleo de medios específicos, tales como el engaño o el abuso de situación de necesidad. Es precisamente la exigencia de dichos medios para su comisión, los que vendrían en delimitar el ilícito penal de las infracciones contempladas en la legislación

¹¹⁹ Cabe recalcar que el actual procedimiento de tutela laboral de derechos fundamentales no contempla a la libertad sindical y el derecho a la huelga como derechos fundamentales susceptibles de la tutela laboral del artículo 485 del Código del Trabajo de Chile.

laboral, como acciones contra la libertad sindical, sean prácticas antisindicales o desleales, en el caso de realizarse en proceso de negociación colectiva.

El tipo agravado propuesto, busca sancionar con las penas superiores en grado a quien, con fuerza, violencia o intimidación impide o limita la libertad sindical o el derecho a la huelga. Siguiendo a la doctrina y jurisprudencia española, la razón de la mayor penalidad radica en la especial lesividad de los medios comisivos empleados.

Ejemplos de la penalización de estas conductas existentes en el derecho comparado

Código Penal español

Artículo 315.

1. Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses los que mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga.

2. Si las conductas reseñadas en el apartado anterior se llevaran a cabo con fuerza, violencia o intimidación se impondrán las penas superiores en grado.
3. Las mismas penas del apartado segundo se impondrán a los que, actuando en grupo, o individualmente pero de acuerdo con otros, coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga.

4. Protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo

Respecto a la protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo, resulta imperioso mencionar que actualmente, se encuentra en primer trámite constitucional de la Cámara de Diputados de Chile, el proyecto de ley presentado al Congreso de la República (Boletín N° 5708-13) en el año 2008, por los entonces diputados don Juan Bustos Ramírez y Don Marco Henríquez-Ominami.¹²⁰ Proyecto de ley que viene en establecer la incorporación al Código Penal de Chile, de protección penal para los derechos de los trabajadores respecto a la seguridad en el trabajo. Proyecto que de convertirse en ley sería un gran avance hacia una

¹²⁰ Disponible en: <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>

efectiva y real protección de los derechos de los trabajadores, en este caso respecto de su vida, la salud y su integridad física, lo que sumándose al artículo 411 *quater* recientemente incorporado en el año 2011 al Código Penal chileno, podría derivar en una verdadera vía hacia la protección penal de los derechos de los trabajadores.

Es en atención a todos los datos recolectados en esta investigación, que se estima acertado el tipo penal propuesto por los señores diputados y se propone también su incorporación desde esta tesis. No obstante ello, se realizarán algunas críticas, en el entendido modesto, de su mejoramiento, pero considerando el tesista la conveniencia de incorporarse los tipos penales de protección penal de los derechos de los trabajadores en el Código del Trabajo.

PROYECTO DE LEY (Boletín N° 5708-13)

Artículo Único: Agréguese el siguiente párrafo 17 al Título VI del Libro Segundo del Código Penal.

Delitos contra la seguridad del trabajo

“Artículo 341 bis.- Los que con infracción de las normas de prevención de accidentes de trabajo, 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 presidio menor en su grado medio y multa de 500 a 3000 UTM.

En caso que se produjere la muerte, serán castigados con la pena de presidio mayor en su grado medio.

En caso que se produjeran las lesiones a que se refieren los artículos 396, 397 o 399 del Código Penal, serán castigados con las penas establecidas en dichos artículos, aumentadas en un grado”.

Principales elementos que resaltan del tipo penal propuesto:

El bien jurídico

El bien jurídico protegido que contempla el proyecto de ley es “la seguridad e higiene en el trabajo”, según lo expresado por sus autores, aunque hay razones muy fundadas por lo cual también podría considerarse como bien jurídico protegido “la vida y la salud de los trabajadores”, ya que el resultado lesivo que se busca evitar sería la lesividad de la vida y salud de los trabajadores y no evitar el resultado lesivo de la seguridad e higiene en el trabajo. Además es de entender que este artículo es “casi” un símil del artículo 316 del Código Penal español, (y bien se dice casi, por existir dos casos de resultados lesivos con penalidad propia, no consideradas en el español) en el cual la doctrina mayoritaria en España, se inclina por estimar que el bien jurídico protegido es la vida y la salud de los trabajadores.

Conductas típicas

Es un delito de conducta omisiva al que se asocia un resultado de peligro concreto, como es la puesta en peligro grave de la vida, salud o

integridad física del trabajador, sin necesidad de que se llegue a producir efectivamente ningún tipo de lesión al trabajador. Asimismo se configura como una norma penal en blanco, por lo que se deberá concurrir a las normas laborales de prevención de accidentes de trabajo para integrar la conducta típica y completar el blanco de la norma.

Las conductas típicas son:

1.- El incumplimiento de las normas de prevención de accidentes de trabajo:

El primer elemento que se deberá considerar como necesario para la comisión de delito en el proyecto de ley, es el incumplimiento de las normas de prevención de accidentes de trabajo. Como se señaló, aquí se está frente a un tipo penal en blanco, por lo que se deberá atender a lo dispuesto en la normativa laboral, la que no se encuentra específicamente detallada en el Código del Trabajo, sino que en leyes especiales, tales como la Ley N° 16.774 sobre seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, en el Decreto N° 594, que establece el reglamento sobre condiciones sanitarias y ambientales básicas en los

lugares de trabajo.¹²¹ Asimismo la Ley N° 20.001, que regula el peso máximo de carga humana.¹²²

2.- El no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas.

¿Qué se debe comprender por no facilitar los “medios necesarios”?, como se adelantó, éste artículo es casi un símil del artículo 316 del Código Penal español y la mayoría de la doctrina española considera que por "medios necesarios" no sólo comprendería los estrictamente materiales, sino también los personales, intelectuales y organizativos. “Así podríamos incluir aspectos como la falta de información sobre el riesgo de la labor a desempeñar por el trabajador, la falta de formación, la imposición de ritmos de trabajo inadecuados, aunque son temas que han de analizarse caso por caso, estudiando todas las

121 Establece en su Artículo 1: El presente reglamento establece las condiciones sanitarias y ambientales básicas que deberá cumplir todo lugar de trabajo, sin perjuicio de la reglamentación específica que se haya dictado o se dicte para aquellas faenas que requieren condiciones especiales.

122 Artículo 211-H: Si la manipulación manual es inevitable y las ayudas mecánicas no pueden usarse, no se permitirá que se opere con cargas superiores a 50 kilogramos. Artículo 211-I: Se prohíbe las operaciones de carga y descarga manual para la mujer embarazada. Artículo 211-J: Los menores de 18 años y mujeres no podrán llevar, transportar, cargar, arrastrar o empujar manualmente, y sin ayuda mecánica, cargas superiores a los 20 kilogramos.

circunstancias del mismo. Por lo que respecta a los medios materiales hay que indicar como hace la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 22 de diciembre de 1995 que no basta con que el empresario facilite los medios materiales necesarios para desempeñar una labor sino que además ha de vigilar para que se cumplan estrictamente sus instrucciones, que deben tener por objeto tanto la finalidad de protección de los trabajadores del riesgo genérico que crea o exige el servicio encomendado, como a la protección de las ordinarias imprudencias profesionales".¹²³

3.- Que además se ponga en peligro grave la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores:

Para demostrar que realmente ha existido delito se tendrá que acreditar una relación de imputación objetiva entre la conducta omisiva infractora de la norma de prevención y el resultado de peligro grave antes mencionado, es decir, que ha sido esa infracción de la norma que regulaba la forma en la que una tarea debía realizarse, y no cualquier otro hecho, la

¹²³ HERNÁNDEZ, M. A. y SERRANO, J.A. Delitos contra la seguridad y la salud en el trabajo. Scripta Nova, Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales, Universidad de Barcelona. Vol. VI, Nº 119 (108), 2002. [ISSN: 1138-9788] Disponible en: <http://www.ub.es/geocrit/sn/sn119108.htm>

culpable de forma directa e indiscutible del resultado de puesta en peligro para el trabajador.

“Por lo que se refiere a la manera de determinar la gravedad del peligro creado para el trabajador se deben tener en cuenta dos parámetros: primero el grado de probabilidad del resultado en el caso de que el sujeto activo, la víctima y posibles terceros permanezcan inactivos, es decir, hablaremos de mayor gravedad del peligro cuántas más posibilidades existan de que al no adoptar las medidas legalmente establecidas se pueda producir un resultado lesivo para el trabajador”.¹²⁴

Autoría y participación

El proyecto de ley establece una especie de delito especial propio, señalando que pueden cometer el delito “los que con infracción de las normas de prevención de accidentes de trabajo no faciliten los medios necesarios”, cabe tener presente que en los delitos especiales, el sujeto

124 HERNÁNDEZ, M^a A. y SERRANO, J.A. Delitos contra la seguridad y la salud en el trabajo. Scripta Nova, Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales, Universidad de Barcelona. Vol. VI, N^o 119 (108), 2002. [ISSN: 1138-9788] Disponible en: <http://www.ub.es/geocrit/sn/sn119108.htm>

activo está circunscrito a quienes posean las cualidades requeridas por el tipo penal. Tal condición puede estar mencionada de forma expresa o deducirse de los demás elementos típicos, en el caso en comento, podrá ser cometido por aquellos “individuos obligados a cumplir con las normas de prevención de accidentes del trabajo”, los que podrán ser cometidos generalmente por los empleadores y los representantes o encargados de sus órganos. Debe considerarse lo señalado en el artículo 184, inciso primero del Código del Trabajo de Chile **“el empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales”**.

Iter criminis

El tipo penal requiere para la consumación, que se verifique una efectiva situación de peligro grave para la vida, salud o integridad física del trabajador. Bastará el dolo eventual y es indiferente si es contra unos o

varios trabajadores, bastará que exista el peligro grave para la vida, salud o integridad física de un trabajador.

El tipo penal admite la tentativa punible. Existe un resultado típico de peligro comenzando a lesionarse el bien jurídico cuando se inicia la ejecución realizando todos o parte de los actos típicos por no facilitar medios, viéndose la misma interrumpida por causas ajenas a su voluntad.

Ahora el precepto contempla el agravamiento para el caso de verificarse un resultado lesivo de muerte o de lesiones para los trabajadores, es así que en el inciso segundo señala **“en caso que se produjere la muerte, serán castigados con la pena de presidio mayor en su grado medio.”** Y en su inciso tercero establece que para el evento de producirse lesiones graves menos graves o simples, en los trabajadores **“en caso que se produjeran las lesiones a que se refieren los artículos 396, 397 o 399 del Código Penal, serán castigados con las penas establecidas en dichos artículos, aumentadas en un grado”**.

En resumen, cuando el "peligro" ya se ha traducido en un resultado concreto, habrá que aplicar el delito de resultado, como son el de muerte o el de lesiones.

Tipo subjetivo

El tipo penal se construye como un delito doloso, pero admite la posibilidad de consumir dicho delito cuando se ha cometido mediante imprudencia grave.

El dolo podría definirse como la finalidad de la acción, la intención que realmente persigue el sujeto activo.

Siguiendo a la doctrina española, en lo relativo al dolo del artículo 316 del Código Penal español, símil del artículo analizado como ya se ha dicho, se exige que el infractor sea consciente de que se han producido los tres elementos antes estudiados: conocer la existencia de una norma que regula las condiciones en que se ha de desarrollar la actividad del trabajador y a pesar de ello hace caso omiso de lo que la misma dispone. Además debe saber que debería adoptar una serie de medidas para que el trabajador realice su labor en condiciones de seguridad y a pesar de eso no lo hace. Y por último, debe ser conocedor que con esas dos omisiones se está creando una situación de peligro grave para la vida, la salud o la integridad física del trabajador. Pero también podría resultar la comisión de este delito mediante dolo eventual, que es aquel en que el

autor se representa como posible un resultado lesivo o dañoso, no querido, y no obstante, realiza la acción aceptando sus consecuencias. El sujeto activo considera que es muy posible que estén concurriendo las anteriores circunstancias, que es probable que se pueda producir una situación de peligro, y que aunque no es seguro si existe un elevado número de posibilidades de que se estén infringiendo las normas de prevención de riesgos laborales, y a pesar de todo ello permite que el trabajador desarrolle su trabajo en esas condiciones.

Penalidad

La pena establecida en el artículo 341 *bis* inciso primero del proyecto de ley, para el caso del tipo de peligro, es de presidio menor en su grado medio, esto es, 541 días a tres años, y además una multa de 500 a 3000 unidades tributarias mensuales (UTM).

En caso que se produjere la muerte del trabajador, según lo dispuesto en el artículo 341 *bis* inciso segundo, serán castigados con la pena de presidio mayor en su grado medio, esto es con una pena, de 10 años y un día a 15 años.

En caso que se produjeran las lesiones a que se refieren los artículos 396, 397 o 399 del Código Penal, es decir, las mutilaciones de miembros importantes no comprendidas en el artículo 395 del Código Penal, lesiones graves gravísimas y las lesiones menos graves serán castigados con las penas establecidas en dichos artículos, aumentadas en un grado”.¹²⁵

Críticas a la formulación del tipo penal propuesto en el proyecto de ley

Es un tipo penal de peligro concreto y no de peligro abstracto, lo que podría dificultar la protección anticipada de la vida y la salud de los trabajadores y finalmente radicarse en una cuestión de prueba si corrió o no

125 Artículo 396: Cualquiera otra mutilación de un miembro importante que deje al paciente en la imposibilidad de valerse por sí mismo o de ejecutar las funciones naturales que antes ejecutaba, hecha también con malicia, será penada con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

En los casos de mutilaciones de miembros menos importantes, como un dedo o una oreja, la pena será presidio menor en su grado mínimo a medio.

Artículo 397: El que hiriere, golpear o maltratare de obra a otro, será castigado como responsable de lesiones graves:

1º Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si de resultas de las lesiones queda el ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme.

2º Con la de presidio menor en su grado medio, si las lesiones produjeren al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días.

Artículo 399: Las lesiones no comprendidas en los artículos precedentes se reputan menos graves, y serán penadas con relegación o presidio menor en su grado mínimo o con multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

riesgo la vida y salud de los trabajadores y no si se han tomado las medidas de seguridad adecuadas exigidas por el ordenamiento jurídico pertinente.

En los delitos de peligro concreto se requiere la creación de una efectiva situación de peligro (se exige un “resultado” de peligro), en este tipo penal, la gravedad del peligro se determina en función del pronóstico de suma probabilidad de la lesión, de modo que *ex ante* no quepa razonablemente confiar en la no producción de un resultado de pérdida de la vida o menoscabo relevante de la salud o integridad física.¹²⁶ En los delitos de peligro abstracto, la sanción se impone porque normalmente o basándose en estadísticas, dichas conductas producen un peligro, es decir, los delitos de esta segunda clase deben ser sancionados a menos que de antemano esté excluido el peligro, sin que quepa en ningún caso remitir la cuestión a la fiabilidad del autor, pues entonces se cometerían muchos de estos delitos en la confianza de que el resultado no se iba a producir, siguiendo al autor español Ragués i Vallès “cómo cuando se entienda que un tipo es un delito de peligro concreto será necesario acreditar en cada caso que la vida o salud de la víctima en particular se ha visto amenazada.

126 BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO, Silvina. Derecho penal económico. Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2001. Pág.662.

Desde el punto de vista de la acusación, ello exige demostrar en el acto del juicio de qué manera la conducta o conductas concretas que se atribuyen a dicho acusado han podido repercutir en el resultado de lesión del sujeto pasivo, algo que a menudo será muy difícil. Por el contrario, si se interpreta que el delito es de peligro abstracto bastará con demostrar en juicio conductas que, más allá de sus efectos en el caso en particular, resulten en general aptas para poner en riesgo la vida o salud de aquellos sujetos a quienes se apliquen”.¹²⁷

El profesor Hernández Basualto, respecto del delito de seguridad en el trabajo o de protección de la vida, la integridad física y la salud de los trabajadores, señala; “hay también razones dogmáticas que favorecen la consideración político-criminal de la posible introducción de delitos de peligro en este ámbito, especialmente de delitos de peligro abstracto, cuando no se quiere abordar solo la problemática de las muertes o lesiones provocadas por accidentes laborales, sino también la de las enfermedades

127 RAGUES I VALLES, Ramón. El nuevo delito de dopaje (art. 361 bis CP) y su relación concursal con otras infracciones penales. [Ponencia en el Curso de la FGE, Dopaje y Deporte, dirigido por Company Catalá, José Miguel. Barcelona: 24 a 26 de octubre, 2007. Citado por José Miguel Company Catalá en TESIS DOCTORAL UPF / Año 2009. Los arts. 316 y 317 CP: un análisis desde su consideración como derecho de los trabajadores a desempeñar su trabajo en condiciones mínimas de seguridad personal. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10803/7320>

ocupacionales provocadas por la larga exposición, obviamente no violenta ni repentina, a elementos que lentamente van minando la salud del trabajador. Tal es el caso de la exposición permanente a radiaciones, a productos químicos, a ruidos intensos o incluso el simple polvo en suspensión que sigue provocando tantos casos de silicosis entre los trabajadores chilenos, especialmente en la minería” y continúa “porque existen severas dudas respecto a la aplicabilidad de los delitos de lesiones en estos casos, y no sólo porque nuestra formulación legal sugiere sin duda una fuerte restricción a los medios violentos para provocar lesiones, sino además y especialmente porque cuando los resultados lesivos se manifiestan sólo al cabo de largos períodos, la afirmación del nexo causal que es punto de partida del juicio de imputación objetiva se torna altamente problemática y en muchos casos imposibles”.¹²⁸

La pena establecida en el artículo 341 *bis* inciso primero del proyecto de ley, para el caso del tipo de peligro, contempla además de presidio menor en su grado medio, una pena de multa de 500 a 3000 UTM, multa que no tiene un parámetro de medición o de regulación, como lo son

128 BERRUEZO, Rafael, HERNÁNDEZ, Hector y otros. Derecho penal laboral. Edit. B d ef. Buenos Aires, Argentina, 2011. Pág. 72

las multas que establece el Código del Trabajo u otras leyes laborales especiales, que establecen la multa a aplicar según la cantidad de trabajadores que posee la empresa, es decir, si son pequeñas empresas, medianas o grandes empresas para la aplicación de la multa y por ende a mayor cantidad de trabajadores, mayor es la multa, lo que debería aplicarse también en el caso en comento.

Elementos comunes en los delitos propuestos

El bien jurídico

El bien jurídico protegido, elemento común en el catálogo de delitos propuestos, tal como plantea Juan Terradillos al respecto, el recoger delitos que afectan, lesionándolos o poniéndolos en peligro, a intereses de innegable dimensión colectiva. No se protege a los trabajadores en cuanto individuos necesitados de ayuda, sino a la "fuerza de trabajo" como titular de esos "intereses difusos o colectivos" que coinciden con el desarrollo de un determinado orden económico y social.¹²⁹

129 TERRADILLOS, Juan. Derecho penal del trabajo. Revista penal. Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/16/16>

En la medida en que el carácter colectivo del interés protegido se incorpora a los correspondientes tipos como bien jurídico, se despliegan importantes efectos y con argumentos de Arroyo Zapatero, serían: “1. Es indiferente el número de trabajadores afectados, de modo que se apreciará un único delito. 2. El consentimiento del trabajador es irrelevante. 3. Las conductas que, además de lesionar o poner en peligro bienes jurídicos considerados en su dimensión colectiva, lesionen otros de naturaleza individual, suponen la realización de delitos distintos que entran en concurso de infracciones. Recurrir a las reglas del concurso aparente de leyes sería tanto como dejar de lado significativos elementos del injustos”.¹³⁰

Sujeto activo o victimario

Los tipos penales propuestos, importa considerarlos generalmente, delitos especiales propios, es decir, no pueden ser realizados por cualquier persona, sino, por los empresarios, quienes tienen determinados deberes de actuar, siendo destinatarios directos de los tipos

130 ARROYO, Luis. Los delitos contra los derechos de los trabajadores. (especial consideración del artículo 499 bis CP), Revista española de Derecho del trabajo, 8 (1981), pp.357-358. Citado por Terradillos, B. Juan en Derecho penal del trabajo. Revista penal. Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/16/16>

penales propuestos, en cuanto a que el ejercicio de su actividad lo coloca en condición de garante directo, incluso exclusivo en ocasiones de la salvaguarda de los bienes e intereses de los sujetos que forman parte de la estructura empresarial, pero no obstante ello, podrán también realizar la conducta típica sus representantes y las personas jurídicas, no evitando siempre su responsabilidad.

Dado el complejo entramado de funciones y obligaciones propio de la empresa, la afirmación de responsabilidad criminal de los subordinados no excluye necesariamente la del empresario o de sus representantes, ya que sobre él, en su calidad de jefe de la empresa, recae un deber de control y de vigilancia sobre la correcta observancia de las prescripciones dictadas por el ordenamiento. Una mejor delimitación de los respectivos círculos de obligaciones, derivados, a su vez, de la transferencia de funciones, aconseja distinguir entre delegación o encargo de funciones y encargo de ejecución. El encargo de ejecución no exonera al delegante, de modo que es posible afirmar su responsabilidad penal a título de «*culpa in eligendo*», de «*culpa in vigilando*», o a través del esquema de la comisión por omisión. Cuando lo que se delega es la función, se producirá una sustitución del sujeto responsable

penalmente.¹³¹ La eficacia y la operatividad de la transferencia de funciones quedará, no obstante, subordinada, entre otros requisitos, a la existencia real de autonomía suficiente por parte del destinatario de las funciones cuyo ejercicio se le encomienda, entendiendo por autonomía no sólo la concedida por la delegación, sino también la posible dentro del marco normativo laboral. De otro modo se chocaría contra el principio de inderogabilidad de la ley penal, que no tolera que la determinación del destinatario del precepto penal quede confiada a la voluntad privada.¹³²

“La delegación de funciones, en sus formas más amplias, coloca al delegado en una situación muy próxima a la del empleador aparente, sujeto que, en apreciación de tribunales, aunque no lo sea de Derecho, actúa de hecho como tal. Es quien aparentemente recibe y retribuye el trabajo. La seguridad jurídica exige que quien crea la apariencia verosímil quede obligado frente a los que de buena fe aceptan esa apariencia como realidad. La relación entre ese "empresario aparente" y quien realmente lo es, sea persona física o jurídica, despliega sus efectos entre los interesados, pero no puede perjudicar al productor

131 TERRADILLOS, B. Juan. Derecho penal del trabajo. Revista penal. Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/16/16>

132 TERRADILLOS, B. Juan. Derecho penal del trabajo. Revista penal. Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/16/16>

contratado. Ello obliga a declarar criminalmente responsable a quien ha venido realizando actos de significado inequívoco que autorizan a pensar a los que con él contratan que es el titular de la empresa, si bien, en los delitos especiales, esa responsabilidad no podrá ser a título de autor. En cuanto al concurso por parte de quien confiere el encargo, es problemático configurar a su costa una obligación que tenga la naturaleza y los contenidos de la obligación jurídica de impedir el resultado. Las obligaciones de garantía podrían dar lugar a responsabilidad en comisión por omisión, efecto del que carecería la simple obligación de vigilancia”.¹³³

Mayor complejidad adquiere la problemática suscitada por los delitos de subjetividad restringida, en estos casos, hay que distinguir ante todo, según que las obligaciones se dirijan sólo al empresario (o a determinados órganos de la persona colectiva), o también a sus colaboradores o auxiliares, ello porque como es bien conocido, la experiencia concreta enseña que con frecuencia la obligación dirigida al empresario es asumida por éste (o por sus órganos) mediante la prestación de colaboradores.¹³⁴

133 TERRADILLOS, B. Juan. Derecho penal del trabajo. Revista penal. Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/16/16>

134 TERRADILLOS, Juan. Derecho penal del trabajo. Revista penal. Disponible en:

El sujeto pasivo o víctima

El sujeto pasivo será el trabajador o los trabajadores en un aspecto amplio, ya sea que se empleen en cargos públicos o privados, entendiéndose al trabajador, como aquel capaz de vender su fuerza de trabajo a cambio de una prestación que se traduce en dinero, bajo subordinación y dependencia de un empleador. Resultando irrelevante para la configuración del delito, el carácter de la relación contractual que opere entre las partes de la relación laboral, sea ésta a plazo fijo, indefinida, por obra o servicio determinado, a contrata, de planta u honorarios etc. o incluso aún no escriturándose el contrato de trabajo importe una relación laboral en los términos del artículo 7 del Código del Trabajo.¹³⁵ No obstante, en el delito de la discriminación persistente no se requiere que la relación laboral ya este operando para la configuración del delito, puesto que en el tipo penal propuesto, la conducta delictiva, esto es el acto discriminatorio, pueda operar previamente a la constitución de la relación

<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/16/16>

135 Artículo 7 Código del Trabajo de Chile: Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada.

laboral, en vías de constituir una relación laboral, al producirse la discriminación no otorgando el empleo.

**CAPÍTULO V: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 411 *QUATER* DEL
CÓDIGO PENAL DE CHILE, QUE TIPIFICA EL DELITO DE
TRATA DE PERSONAS Y QUE CONTIENE ENTRE SUS
FINALIDADES LA EXPLOTACIÓN LABORAL**

Con el objetivo de armonizar el marco jurídico nacional con la normativa internacional sobre trata y tráfico de personas y establecer herramientas eficaces para prevenir y combatir tales actividades delictuales transnacionales, se ha dictado recientemente la Ley N° 20.507, incorporando con ella al Código Penal de Chile el artículo 411 *quáter*, que viene en tipificar el delito de trata de personas. Delito que entre una de sus finalidades para su comisión establece la explotación de los trabajadores. Es así que la legislación de Chile dando cumplimiento a los tratados internacionales suscritos, especialmente respecto de lo establecido en el Protocolo de Naciones Unidas, para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente de mujeres y niños,¹³⁶ ha venido en reprimir

136 Expresa en su Artículo 3° letra a) “Por trata de personas se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra,) con fines de explotación. Entendiendo que la explotación incluirá,

penalmente la trata de personas y asimismo con esta tipificación, se abre la posibilidad de comenzar la elaboración de una legislación efectiva de protección penal de los derechos de los trabajadores, al considerar esta tipificación claramente como un delito que efectivamente reprime conductas atentatorias contra los derechos fundamentales de los trabajadores.

Cabe mencionar que el delito de trata de personas es considerado como uno de los delitos más deleznable por el impacto familiar y social que genera y entre los tres más importantes a nivel mundial, por las cuantiosas cifras de dineros que genera, ubicándose sólo después de los delitos del tráfico de armas y de drogas. “El nombre de trata de personas tiene su parentesco más lejano en la trata de personas de color y el más próximo en la trata de blancas. Estas últimas amadrigan la idea de atraer y llevar personas para comercializar con ellas, sólo que en el segundo caso, no para emplearlas en un servicio cualquiera, sino en el trato carnal remunerado”.¹³⁷

como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

137 GUZMAN D. José. Estudios y defensas penales. Editorial Legal Publishing. Santiago, Chile. 2009. Págs.10-11.

A continuación se analizará el tipo penal en comento y los elementos básicos que integran el tipo objetivo, la conducta punible, las circunstancias comisivas, el elemento subjetivo, el bien jurídico protegido y problemáticas de autoría y participación. Analizándose desde la perspectiva teórica de esta tesis, es decir, desde una perspectiva que propicia la criminalización de determinadas conductas empresariales lesivas de los derechos de los trabajadores y por ende, del nuevo tipo penal se analizarán los elementos relacionados con la trata de personas o trabajadores con fines de explotación laboral, puesto que la amplitud del tipo penal supera los objetivos de la presente investigación.

Artículo 411 *quáter* del Código Penal de Chile

“El que mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra capte, traslade, acoja o reciba personas para que sean objeto de alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, **trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas**

análogas a ésta, o extracción de órganos, será castigado con la pena de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

Si la víctima fuere menor de edad, aun cuando no concurriere violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, se impondrán las penas de reclusión mayor en su grado medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

El que promueva, facilite o financie la ejecución de las conductas descritas en este artículo será sancionado como autor del delito”.

1. Bien jurídico protegido

En el caso en comento el bien jurídico protegido no es tan sólo uno, en lo que la doctrina nacional que se ha pronunciado, está conteste, ya que el tipo protege diversos bienes jurídicos, protege la libertad y seguridad personal, libertad sexual e indemnidad sexual del menor de edad, libertad

de tránsito y de residencia, **libertad para elegir la actividad laboral**, la seguridad e integridad física y moral de la víctima.

2. Tipicidad

En este caso las conductas típicas son:

- 1- Captar, trasladar, transportar, acoger o recibir personas y/o trabajadores.
- 2- Promover, facilitar, financiar la trata de personas y/o de trabajadores.

El tipo penal no exige habitualidad, basta una intervención, y su enumeración es taxativa, por lo que la concurrencia de otras conductas deberá considerarse atípicas.

Es necesario mencionar que en virtud de la obligación contraída por el Estado de Chile el año 2004, al suscribir y promulgar la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y dos de sus Protocolos Complementarios: uno, contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire y, el segundo, para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, que este último protocolo señala expresamente que en cuanto a la trata de personas, esta se configuraría si concurre. **1) movilización dentro o fuera de su propio país, siendo el elemento determinante la existencia de una**

situación de desarraigo de la víctima con respecto a su comunidad de origen; 2) limitación o privación de libertad, y 3) explotación. Por lo que la trata de personas puede realizarse contra trabajadores traídos desde fuera de Chile, pero surge la interrogante si el delito podría, concurriendo los restantes elementos del tipo, configurarse por desarraigar víctimas dentro de Chile para su explotación, siendo el elemento determinante la existencia de una situación de desarraigo de la víctima con respecto a su comunidad de origen, un ejemplo podría ser una empleada de labores domésticas, traída desde el sur de Chile a trabajar a Santiago para la explotación laboral o trabajadores agrícolas desplazados a otras ciudades por temporadas de cosecha o trabajadores de la minería. Al parecer el tipo penal en comento no excluiría a los residentes en el país y podrían ser víctimas de este delito.

3. Medios o circunstancias comisivas

Las circunstancias comisivas que contempla el artículo 411 *quáter* son la **violencia, las amenazas, el fraude y el engaño (ardid, maquinación, falacia) abuso de poder;** (para efectos de esta tesis sería cualquier clase de aprovechamiento, o hacer un uso excesivo e indebido de

su especial posición de fuerza en el ámbito de las relaciones laborales).

Aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad de la víctima, (la que debe interpretarse tanto por su situación personal o una situación de determinado sector del mercado de trabajo) o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra.

No obstante, en virtud de lo expuesto en el inciso segundo del artículo en comento, **no** se requiere la concurrencia de ninguna de las circunstancias comisivas señaladas recientemente cuando la víctima es menor de edad, es decir, menor de 18 años de edad.¹³⁸

4. Elemento subjetivo del tipo

Es dable señalar que la trata de personas es **un delito de intención,** puesto que el hechor quiere lograr un resultado que está más

138 Artículo 411 quáter inciso 2º Código Penal: Si la víctima fuere menor de edad aun cuando no concurriere violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, se impondrán las penas de reclusión mayor en su grado medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

allá de su conducta, siendo ese algo un fin cuyo medio para ser obtenido coincide con la conducta que se castiga, en general la trata.¹³⁹

El hechor tiene como fin la explotación de la víctima, para lo cual utiliza ciertos medios que, al verificarse, consuman la figura descrita en el tipo penal. El fin (la explotación laboral) puede alcanzarse o no, pero **el delito se encuentra consumado.**

Las finalidades en la trata de personas operan como **elementos subjetivos del tipo distintos del dolo.**

Fines de la trata de personas

La explotación sexual, la extracción de órganos, la explotación laboral.

La explotación laboral, se puede dar por someter a un trabajador a trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta. Serán la jurisprudencia y la doctrina las instancias que irán determinando que debe entenderse por trabajos forzados, servidumbre o

139 “Son aquellos que necesitan una intención especial en su parte interna, que no corresponde a la parte externa objetiva, Cousiño señala que los delitos mutilados en dos actos, son una especie dentro de los delitos de intención. El autor del hecho hace algo como medio de una actuación posterior, estos contienen elementos subjetivos distintos del dolo, en los que la acción se dirige a conseguir una actividad posterior del mismo sujeto”. BULLEMORE, V. y MACKINNON, J. Curso de Derecho Penal. Tomo II. Teoría del delito. Editorial LegalPublishing. Santiago, Chile. 2009. Pág. 22.

esclavitud o practicas análogas a ésta, pero parece adecuado al menos interpretarlo de acuerdo al Código del Trabajo y los convenios internacionales en relación al trabajo suscritos por Chile, al no cumplir con la normativa básica que regula la relación laboral, por ejemplo, cancelar una suma inferior a la remuneración mensual mínima fijada por ley, no respetar los descansos, mantener en el tiempo la informalidad laboral con el no pago de cotizaciones previsionales, violar la jornada laboral máxima de un trabajador excesivamente etc., no cancelar intencionalmente las remuneraciones ofrecidas o pactadas, etc.

Autoría y participación

Sujeto activo

Respecto del sujeto activo, este tipo penal admite una autoría amplia, ya que puede ser cometido por cualquier persona, puesto que señala **“el que mediante...”**, por lo que es un delito común, no obstante ello, respecto de la explotación laboral generalmente podría ser realizado por empresarios y sus órganos, quienes generalmente serán “los tratantes”,

quienes en definitiva son los que se lucran de forma permanente de la explotación laboral.

Cabe tener presente la ampliación o extensión de la figura de autor en la fórmula señalada en el inciso final del artículo en análisis, ya que señala “el que promueva, facilite o financie la ejecución de las conductas descritas en este artículo será sancionado como autor del delito”.

Sujeto pasivo

Respecto de la explotación sexual, es indiferente el sujeto pasivo, no obstante debe ser desarraigado. Respecto de la explotación laboral, el sujeto pasivo es o son los trabajadores, entendiendo al trabajador como, “todo aquel que esté en condiciones de desarrollar una actividad productiva, por cuenta ajena o propia”. De tal manera que la búsqueda activa de trabajo es condición suficiente para considerar a una persona sujeto pasivo de este delito. **Cualquier ciudadano apto y en búsqueda de trabajo, sin importar su origen nacional o residencia.** Esto en virtud de que el protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, **es una fuente indirecta del tipo penal** y el protocolo establece que se configura si

concorre. **1) movilización dentro o fuera de su propio país, siendo el elemento determinante la existencia de una situación de desarraigo de la víctima con respecto a su comunidad de origen;** 2) limitación o privación de libertad, y 3) explotación. Además el tipo penal no distingue sólo se refiere a personas en general, en cambio el artículo 411 bis del código penal, al referirse a la inmigración ilegal sí distingue; “el que con ánimo de lucro facilite o promueva la entrada ilegal al país **de una persona que no sea nacional o residente**”.

Iter criminis

El tipo penal **no** requiere que se verifique la explotación para que se entienda consumado el delito, por lo que bastará para su consumación, la realización de la conducta tipificada, como captar, trasladar, transportar, acoger o recibir personas o promover, facilitar, financiar la trata de personas. De igual modo para la consumación no se requiere pluralidad de víctimas, basta que se realice contra una persona o sólo un trabajador. Este tipo penal de trata de personas admite la tentativa punible.

CONCLUSIONES

La interrogante con la que se inicia la presente investigación, es ¿la actual protección legal que reciben los derechos fundamentales de los trabajadores, sólo de índole laboral-administrativa es suficiente para su real protección? En virtud de los datos recolectados, esto es, fuentes documentales, sentencias laborales y penales, investigaciones de connotados autores extranjeros y nacionales del derecho penal y laboral, y estadísticas relacionadas, realizadas por distintos organismos públicos y privados de Chile, se puede concluir que los derechos fundamentales de los trabajadores, ya sea por las vías legal, administrativa, judicial y por la colectiva o de acción sindical, no encuentran en el ordenamiento jurídico nacional una suficiente y adecuada tutela.

La reforma laboral del año 2006 y el procedimiento de tutela de derechos fundamentales de los trabajadores que trajo consigo, si bien han resultado un avance para la protección de los derechos de los trabajadores, han resultado insuficientes para la tutela que se demanda, (no tutelando por lo demás los derechos a la huelga ni la libertad sindical) y de ello dan cuentas las estadísticas emanadas de organismos estatales, sobre la altas cifras existentes aún de siniestralidad laboral y de discriminación laboral,

sumando a ello el restringido poder que concentra el movimiento sindical chileno, -atomización de sindicatos, pluralidad de sindicatos dentro de una misma empresa, escasa sindicalización de los trabajadores, restringida negociación colectiva desarrollada sólo al interior de la empresa-. Complicándose aún mas dicho escenario por la realidad del trabajo en Chile, con los fenómenos de la informalidad, deslocalización y precarización del empleo, y una creciente subcontratación, generando un desplazamiento de los riesgos desde las empresas más grandes a las empresas más débiles.

El objetivo general de esta pesquisa ha sido determinar la pertinencia de avanzar hacia una protección penal de los derechos fundamentales de los trabajadores en Chile, por parte del poder legislador, reprochando penalmente las conductas empresariales que atentan en forma grave contra los derechos fundamentales de los trabajadores, puesto que se ha planteado como hipótesis, que la criminalización de determinadas conductas empresariales atentatorias contra derechos fundamentales de los trabajadores, resulta una herramienta eficaz para conducir a un mayor respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores. Así la tutela penal de los derechos de los trabajadores, impediría o disminuiría la

imposición de condiciones laborales abusivas, tendiendo a elevar los estándares de seguridad y protección laboral, reduciendo las elevadas cifras oficiales e informales, de muertes y lesiones graves en el desempeño laboral, y garantizando la libertad y efectividad de la acción sindical y el derecho a la huelga.

Después de siete años de entrada en vigencia de la Ley N° 20.066 de Violencia Intrafamiliar, por la cual se creó el delito de maltrato habitual y luego de agregarse por la Ley N° 20.480 el año 2010 al artículo 390 del Código Penal chileno el delito de femicidio, para extender la calidad de víctima de parricidio a quien es o haya sido cónyuge o conviviente del perpetrador, los homicidios contra mujeres en el contexto doméstico, han sufrido una disminución cuantiosa, y la violencia contra la mujer acarrea un unánime rechazo social, lo que no obedece a la sola rigurosidad de la ley, sino también por la campaña emprendida por los órganos estatales y no gubernamentales que han concientizado al respecto. Y es así que cada vez que ocurre un femicidio la opinión pública es sacudida por la noticia, lo que es del todo justificable. Pero también sería justificable que al ocurrir una muerte de un trabajador con ocasión del trabajo, la opinión pública y la comunidad toda se estremeciera del mismo

modo, por el drama que significa la muerte de un trabajador o también por conocer de condiciones infrahumanas y de explotación laboral a las cuales son sometidos los trabajadores, especialmente los inmigrantes o los con menor calificación.

Es un problema del Estado instalar el tema de la siniestralidad laboral como lo que es, un gran drama social, por las desastrosas consecuencias que genera, especialmente para todo el grupo familiar. Como así también iniciar una ofensiva educacional y comunicacional de la imperiosidad y urgencia de cumplir la normativa laboral, con la validez de la amenaza, de sanción penal para el caso de persistir en el incumplimiento.

Reducir el costo de producción, para alcanzar los márgenes de ganancia proyectados por la empresa, no puede significar bajo ningún respecto un incumplimiento o relajamiento en la normativa de seguridad del trabajo, porque la vida, la salud y los derechos fundamentales de un trabajador no pueden entrar en la lógica de mercado, no se pueden cuantificar monetariamente; sumando a ello, que se ha entendido erradamente por un sector empresarial lo costoso de la inversión en prevención y seguridad y la conveniencia de pagar las mínimas multas que contempla la legislación nacional, como también por la visión

mercantilizada en que las violaciones de los derechos fundamentales de los trabajadores, simplemente se reparan o se compensan con una contraprestación o indemnización de índole económica.

Que las legislaciones analizadas del derecho comparado, tales como la italiana, francesa, alemana y española, todos miembros de la OCDE al igual que Chile, contemplan sanción penal directa para las violaciones empresariales a los derechos fundamentales de los trabajadores. En la región, ya desde un buen tiempo a la fecha también la contempla el Perú, sumándose recientemente la República Bolivariana de Venezuela con Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, que contiene reproche penal para algunas conductas empresariales lesivas de los derechos laborales.

Así la protección penal de los derechos de los trabajadores que se demanda, no resulta sólo la visión de una legislación aislada, o sólo una pretendida reivindicación de un sector de trabajadores organizados y de profesores de derecho penal demandando del Estado las armas para combatir las conductas delictivas contra las condiciones laborales básicas, la discriminación laboral, la vida y salud de los trabajadores, o contra el ejercicio de los derechos sindicales.

No es suficiente para justificar la criminalización de una conducta, que ésta afecte negativamente a bienes jurídicos esenciales o a derechos fundamentales de los trabajadores, como el caso que se aborda. El derecho penal no puede pretender la tutela de todos ellos frente a todas las posibles amenazas sino que solo frente a los ataques más relevantes. Pero lo que se demanda es que el derecho penal extienda su rol preventivo, en cuanto a poder prevenir verdaderas violaciones a derechos fundamentales, como la salud, la vida, la dignidad, la libertad sindical y la igualdad ante la ley entre otros.

Con lo expuesto, resulta del todo legítimo y necesario que el derecho penal pueda expresar su fin preventivo respecto de las conductas lesivas de los derechos de los trabajadores, no obstante respetando los principios de un estado democrático de derecho como lo son el principio de intervención mínima, de lesividad y de *ultima ratio* entre otros.

Con el catálogo mínimo propuesto en esta tesis, para la protección penal de derechos fundamentales de los trabajadores, se apunta a que resulte una herramienta eficaz para conducir a un mayor respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores, esperando que la tutela penal de los derechos de los trabajadores, impida o disminuya la

imposición de condiciones laborales abusivas, elevándose el cumplimiento y los estándares de seguridad y protección laboral, y garantizando la libertad y efectividad de la acción sindical y el derecho a la huelga.

Los delitos propuestos tienen como elementos comunes, el **bien jurídico protegido**, que tal como plantea Juan Terradillos al respecto, el recoger delitos que afectan, lesionándolos o poniéndolos en peligro, a intereses de innegable dimensión colectiva, no se protege a los trabajadores en cuanto individuos necesitados de ayuda, sino a la "fuerza de trabajo" como titular de esos "intereses difusos o colectivos" que coinciden con el desarrollo de un determinado orden económico y social. **El sujeto activo o victimario**, puesto que los tipos penales propuestos, importa considerarlos generalmente, delitos especiales propios, es decir, no pueden ser realizados por cualquier persona, sino, por los empresarios, quienes tienen determinados deberes de actuar. Y otro elemento común es el **sujeto pasivo o víctima**, que será el trabajador en un aspecto amplio, ya sea que se emplee en cargos públicos o privados.

Convencido de que en un futuro no lejano, el ordenamiento jurídico nacional acogerá un sistema penal protector de los derechos fundamentales de los trabajadores, al incorporarse dichos delitos laborales

en Chile, sería pertinente incorporarlos en el Código del Trabajo y no en el Código Penal, tal como se ha realizado en el Código del Trabajo francés, puesto que otorga la posibilidad de ser conocidos realmente y no ficticiamente -aunque sigue siendo una ficción legal- por una mayor cantidad de personas, especialmente por parte de los trabajadores y trabajadoras, considerando además que los derechos violados o lesionados precisamente se encuentran contemplados en el Código del Trabajo y que además se demanda del derecho penal, un fin de prevención y no tan solamente vindicativo.

No obstante que la discusión respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se habría cerrado con la aparición de la ley N° 20.393, es preciso señalar que con las actuales categorías dogmáticas o elementos de imputación del derecho penal, es complejo atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, no obstante lo necesario que resulta su imputación penal, puesto que están ideadas para personas naturales o seres humanos, lo que es digno de analizar latamente pero que escapa al objeto de esta tesis, pero decir por el momento, que es necesario avanzar en la ampliación de la trilogía de delitos que contempla dicha ley

en la cual, los delitos laborales deberían estar considerados como susceptibles de imputarse a las personas jurídicas.

No obstante de existir una doctrina que considera al delito de apropiación de cotizaciones previsionales, un delito capaz de interpretarse y clasificarse dentro de los delitos contra los trabajadores, esta investigación no comparte dicha tesis y apunta más bien a ubicarlos dentro de los delitos contra el patrimonio, en forma similar a su tratamiento en España, esto es, fuera del catálogo de protección de los derechos de los trabajadores, ubicándolo en el Título de los Delitos Contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social.

A pesar de no existir en Chile una legislación propiamente tal de protección penal de los derechos de los trabajadores o algo que se asimile, este escenario comienza a alterarse, puesto que existen dos proyectos de ley actualmente en primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados del Congreso Nacional de la República de Chile, que pretenden incorporar delitos contra la seguridad del trabajo. Ambos siguiendo el modelo español de delitos contra los trabajadores, establecen sanciones penales a “los que con infracción de las normas de prevención de accidentes de trabajo, 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”, agravando la pena para el caso de producirse el resultado, esto es, lesiones o la muerte del trabajador. Asimismo con el objetivo de armonizar el marco jurídico nacional con la normativa internacional sobre trata y tráfico de personas y establecer herramientas eficaces para prevenir y combatir tales actividades delictuales transnacionales, se ha dictado en el año 2011 la Ley N° 20.507, incorporando con ella al Código Penal de Chile el artículo 411 *quáter*, que viene en tipificar el delito de trata de personas, delito que entre una de sus finalidades para su comisión establece la explotación de los trabajadores. Antecedentes que llevan a sostener que Chile ha comenzado, aunque aún muy lentamente, a avanzar hacia una protección penal de los derechos fundamentales de los trabajadores, la cual pueda incorporar un catálogo de tipos penales que reproche las conductas de los empleadores y sus órganos, que impongan condiciones abusivas a sus trabajadores, alentando la protección penal del derecho a la libertad sindical y al derecho de huelga. Fomentando un tipo penal para la protección penal de la seguridad e higiene laboral de los trabajadores, penalizando su insuficiencia u omisión

grave, y tutelando la igualdad ante la ley, impidiendo y por ende penalizando, la discriminación laboral persistente.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARROYO, Luis. Manual de derecho penal del trabajo. Editorial Praxis S. A. Barcelona. 1988.

ARROYO, Luis. La protección penal de la seguridad en el trabajo. Editorial Servicio Social de Higiene y Seguridad en El Trabajo. Madrid. 1981.

BAJO FERNANDEZ, Miguel y BACIGALUPO, Silvina. Derecho penal económico. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S. A., Madrid, 2001.

BAYLOS, A. y TERRADILLOS, J. Derecho penal del trabajo. Madrid, 1990. Editorial Trota.

BAYLOS, Antonio. Derecho del Trabajo: Un modelo para armar. Editorial Trota. España. 1991.

BERRUEZO, Rafael y HERNÁNDEZ, Héctor y otros. Derecho penal laboral. Editorial B d ef. Buenos Aires, Argentina, 2011.

BULLEMORE, V. y MACKINNON, J. Curso de Derecho Penal. Tomo II. Teoría del delito. Editorial Legal Publishing. Santiago, Chile. 2009.

BUSTOS R., Juan. El delito culposo. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2006.

CÁRCOVA, Carlos. Las teorías jurídicas post positivistas. Editorial AbeledoPerrot S.A. Buenos Aires, 2009.

GUZMAN DALVORA, José. Estudios y defensas penales. Editorial Legal Publishing. Santiago, Chile. 2009.

GOMEZ-JARA, Carlos. Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial. Editorial Ediciones Jurídicas de Santiago. Santiago, Chile. 2009.

KUNZ, Ana y CARDINAUX, Nancy. Investigar en derecho. Guía para estudiantes y tesis. Departamento de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires, 2005.

LILLO, Baldomero. SubTerra. Editorial Nascimento. Santiago, Chile. 1972.

MIR Puig y CORCOY Bidasolo. Protección penal de los derechos de los trabajadores. Editorial B de f. Argentina. 2009.

MUÑOZ Conde. Derecho penal-parte especial. Editorial Tirant Lo Blanch. Madrid.

ROXIN, Claus. La teoría del delito en la discusión actual. Editorial Grijley, 2007, Lima, Perú.

SCHÜNEMANN, Bernd. Obras. Editorial Rubinzal - Culzoni Editores. Buenos Aires, 2009. Tomo II.

SOTO, Juan. Derecho penal del trabajo. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1961.

VIVES, Anton (coord.). Comentarios al código penal de 1995. Editorial Tirant lo Blanch. España.1996.

ZAFFARONI, Eugenio R. Estructura básica del derecho penal. Editorial. Ediar, Buenos Aires. 2009.

ZANZO García, María. Libertad sindical en la relación laboral: ¿el trabajador contra el empresario? Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, U. de Chile, Santiago, 2010.

Artículos de Revistas y monografías

AGUSTINA, José R. Fenomenología del *employee crime*: Bases para definir estrategias de prevención del delito intraempresarial. Polít. crim. Vol. 5, Nº 10 (Diciembre 2010), Art. 3, pp. 352-409.

http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_10/Vol5N10A3.pdf

ARROYO, Luis. Los delitos contra los derechos de los trabajadores. (Especial consideración del artículo 499 bis CP), Revista española de Derecho del trabajo, 8 (1981), pp.357-358. Citado por Terradillos, B. Juan en Derecho penal del trabajo. Revista penal.

<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/16/16>

BAYLOS, Antonio y TERRADILLOS, Juan. Derecho penal del trabajo: “una reflexión general a partir de la experiencia normativa española”. Biblioteca Jurídica Virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM de México.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlads/cont/7/art/art1.pdf>

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Comenzó a regir la nueva
“Ley Dicom”.

[http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/congreso-nacional-
despacho-Ley-Dicom](http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/congreso-nacional-despacho-Ley-Dicom)

CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE

[http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=3646&prmBL=3332-
07](http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=3646&prmBL=3332-07)

CARO CORIA, Dino. La falsa tutela penal del trabajador.

<http://www.ccfirma.com/publicaciones/pdf/caro/Del-laborales.pdf>

DÍEZ Ripollés, José. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/103/art/art3.htm>

FERES M.E., y otros. Protección de los trabajadores. Estudio Nacional de
Chile. Agosto 1999.

FERRADA, Juan Carlos y WALTER, Rodolfo. La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral. Rev. Derecho (Valdivia).

[online].dic.2011,vol.24.Nº.2:http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502011000200004&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950.

FUNDACIÓN SOL. Ideas y tendencias del trabajo.

<http://www.fundacionsol.cl/wp-content/uploads/2011/12/Ideas-1-Tendencias-del-Trabajo2.pdf>

HASSEMER, V. Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos.

<http://neopanopticum.wordpress.com/2007/08/24/derecho-penal-simbolico-y-proteccion-de-bienes-juridicos-w-hassemer-2/>

HERNÁNDEZ, M. A. y SERRANO, J. A. Delitos contra la seguridad y la salud en el trabajo. Scripta Nova, Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales, Universidad de Barcelona, vol. VI, n° 119 (108), 2002. [ISSN: 1138-9788] <http://www.ub.es/geocrit/sn/sn119108.htm>

KÜNSEMÜLLER L, Carlos. Responsabilidad penal de los directivos de empresas; en particular, la vinculada a su condición de garantes. Apuntes de clases año 2009 Magíster Derecho Penal de Los Negocios y de La empresa. U. de Chile.

LASCANO, Carlos. Los principios constitucionales del derecho penal económico. Globalización y armonización del derecho penal económico. www.ciidpe.com.ar

MARZI, M. Daniela ¿Quién le teme a los derechos fundamentales? Sobre el procedimiento de tutela de la Reforma Laboral. <http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/11487/11848>.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. La situación de la micro y pequeña empresa en Chile. <http://www.oitchile.cl/pdf/peq001.pdf>

PASTOR, Nuria. La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial? <http://www.indret.com/pdf/380.pdf>.

REYNA, Luis. Los delitos contra los trabajadores en el Código Penal Peruano. Revista Jurídica Cajamarca.

<http://ceif.galeon.com/REVISTA3/delitos.htm>

<http://www.derechocambiosocial.com/rjc/REVISTA3/delitos.htm>

SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón. ¿Acaso se suicidan los obreros? El accidente de trabajo y la culpa de la víctima en cierta práctica judicial.

Revista de derecho social, ISSN 1138-8692, N° 33, 2006.

http://www.trt3.jus.br/escola/download/artigos/acaso_suicidan_obreros.pdf

SERVICIO NACIONAL DE LA MUJER. Violencia de género y la administración de justicia.

http://www.sernam.cl/descargas/violencia_genero.pdf

SOLIVETTI, I. M. *La criminalita di impresa: Alcuni commenti sul problema delle cause, en sociología del diritto*. Milano. FAE Riviste, N° 1. 1987.

TERRADILLOS, Juan. Derecho penal del trabajo. Revista penal. <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/16/16>

UGARTE, Juan. La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro. Revista de Derecho de Valdivia. Vol. XX - N° 2 - diciembre 2007. Págs. 49-67.

http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=s071809502007000200003&script=sci_arttext