

RIESGO, DERECHO PENAL EMPRESARIAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES DE AFECTADA CONNOTACION PENAL. INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA

Armando Noriega Ruiz*

Los niveles de RIESGO y la COEXISTENCIA del SER HUMANO con el mismo en la complejidad del mundo de la “Vida de Relación”, no se escapan del campo de la CONSTRUCCION, mas si se trata de aspectos de connotada convivencia permanente como lo son LA SEGURIDAD, la SALUBRIDAD e HIGIENE, en estos renglones de la Macroeconomía Empresarial; más aun, si el entorno en el que tienen asiento estos grandes proyectos irradian de afectación a toda una Comunidad Residencial que viene gozando de una TRANQUILIDAD INTEGRAL DIGNA Y VITAL en su zona. Pues, amén de los altos casos estadísticos de siniestralidad en las construcciones, parece que la regla general del Principio de Proporcionalidad, no se compensara directamente en beneficio a la Comunidad o de quienes a ella adhieren como Adquirentes de las Unidades de Dominio Privado, sino que estas se comportaran a la inversa en las proporciones de la relación COSTO-BENEFICIO; y nada más, ni nada menos, que a la carga o gravamen no solo de

la Comunidad que padece la afectación y al Distrito mismo, sino a costas de la sociedad en donde *“Levanta sus Ladrillos”*. Pues, amén de ello, cada vez que se hace más grande el ensanchamiento de los beneficios patrimoniales de una obra o proyecto de Construcción o Edificación, se vuelve mucho mas diluido, diseminado y delgado el *“Hilo conductor de responsabilidad”* para llegar a reprochar una conducta a los que en ultimas *“engruesan los caudales patrimoniales de sus haberes dinerarios al menor costo”*, o por no decirlo así, al menor riesgo o casi nugatorio costo de Responsabilidad Civil, mucho menos Penal, y ni que decir de la Empresarial y Social, que rodea cualquier actividad de riesgo como de la que estamos hablando; pues cada día, se hace mayor la ganancia en la construcción de una obra o edificación, al menor costo patrimonial y con mayor *Riesgo Social e inclusive Humano de la Dignidad de las personas*, que *“día a día”* padecen las amarguras de semejantes *abusos y arbitrariedades sin control, medida,*

* Abogado. Asesor jurídico-Litigante, y Docente Área Penal y Procesal Penal. Especialización en Derecho Penal y Criminología. Especialización en Derecho Procesal. Especialización en Docencia Universitaria. Magister Derecho Administrativo. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, Sede Cartagena.



ni mucho menos acatamiento alguno de respeto a las órdenes impartidas por las Autoridades Competentes, -Cualesquiera que sean los linderos legítimos de sus controles-, porque al final del camino, la SENSIBILIDAD SOCIAL DE LA PERSONA JURIDICA y VICTIMARIA de este escenario, no es nada más que el papel escritural de una sociedad que se planeo, diseño y edifico jurídicamente para este único Objeto Social: que es la ejecución de la construcción de la obra en proyección.

De manera que: “El tiempo que en segundos corre detrás de las ordenes jerarquizadas del Inversionista”... es ese, el acicate más efectivo para ganar en “Regateo”, la opción de superar a la mayor brevedad y al menor costo, la “OPORTUNIDAD DE LEVANTAR” cualquier obstáculo, medida o privación de seguir adelante la obra, aun cuando la FORMALIDAD DESDIBUJADA del cumplimiento a las sanciones impuestas justifique ante la OPINION PUBLICA, la única salida -No Leal-, para reactivar las fundiciones del concreto; no importa, que en ultimas y en el fondo, no se haya logrado

un cumplimiento sustancial de las medidas a tomar, lo interesante para el ejecutor de la obra en su “...Desmedido correr del cronograma de sus actividades...”, es entregar la obra a cualquier costo, inclusive el de la SEGURIDAD E HIGIENE Y SALUBRIDAD no solo de la de sus propios subalternos, actores y “mano de obra laboral”, sino con total y consciente inclusión claro esta!..., del “ENTORNO”, (muy a pesar de que solo propugna por hacer valer sus derechos), pero que para él se ha convertido en un “Enemigo u Obstáculo” para lograr su cometido; pues su ego, no entiende que la “COEXISTENCIA CON EL RIESGO QUE ESTA ASUMIENDO”, tiene en grave “Velo y Lindero” de afectación permanente una serie innumerable de DERECHOS FUNDAMENTALES en juego, donde El mismo, no está exento de “ TAN MEZQUINAS INTENCIONES QUE TIENE EN PELIGRO HASTA SU PROPIA VIDA...”.

En materia de Derecho Legislado y Estadísticas, podríamos decir que ESPANA es uno de los Países Europeos, que en este contexto, tiene el mayor índice de contingencias en el sector de la construcción¹, y sin lugar a

1 Datos extraídos del estudio Siniestralidad Laboral en España. Enero-Diciembre 2003, elaborado por el sindicato UGT sobre la base de las estadísticas facilitadas por el Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales. La mortalidad en el sector de la construcción, sin embargo, se eleva hasta el 30 %, lo que indica que la gravedad de los accidentes en dicho sector es mayor, en números absolutos, que la de otras ramas con mayor índice de contingencias, como es el caso del más amplio sector servicios. Sobre éste último, téngase en cuenta que, como categoría, aglutina un elevadísimo número de actividades de muy diversa índole, lo que agudiza aún más la gravedad de las cifras en el sector de la construcción. Puede consultarse el citado estudio en <http://www.ugt.es/slaboral/siniestro.pdf> En términos generales, la siniestralidad laboral en España supera la media europea. Al menos, así se recoge en la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente a 2003. Las cifras de siniestralidad en el seno de la Unión Europea (limitadas a la Europa de los «15») pueden contrastarse en European Agency for Safety and Health at Work, Building in safety. «Prevention of risks in construction», en European week for safety and health at work, 2004, disponible en http://agency.osha.eu.int/publications/reports/108/en/GP_Booklet_2004_WEB.pdf. En la página 6 del citado estudio, se ofrecen los datos medios de siniestralidad y mortalidad en los últimos años en el sector de la construcción: más de 800.000 accidentes anuales de los que resultan en torno 1.300 fallecimientos. Si se superponen estos datos a los ofrecidos por el Ministerio de Trabajo en http://www.mtas.es/estadisticas/bel/ATE/ate3_top_HTML.htm respecto al número de accidentes de trabajo en la construcción en España (en torno a los 223.000 anuales), puede concluirse que nuestro país soporta en torno al 28 % de los accidentes en la construcción acaecidos en suelo europeo. Un cálculo similar en torno a la mortalidad en el sector arroja como resultado un índice algo inferior, aproximadamente en el 23 % del total de decesos en la construcción ocurridos en territorio de la Unión europea. 5 Datos obtenidos de la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2003. Las cifras se desglosan en 152 procedimientos por muerte violenta; 21.850 por lesiones; y 2.700 por puesta en peligro de la vida o integridad física de los trabajadores, según la explicación ofrecida por el Sr. Fiscal General del Estado ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, el 16 de diciembre de 2004. Cfr., al respecto, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, VIII legislatura, año 2004, núm. 162, pág. 6.

dudas, esta afectación Social Empresarial de graves connotaciones Penales a la luz del orden jurídico vigente en aquel estado, ha sembrado sus CONSECUENCIALES EFECTOS JURIDICOS EN EL SISTEMA JUDICIAL, con la apertura de: 24.702 procedimientos penales abiertos por DELITOS contra la SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO.²

La mayor actividad en el sector, aparece con ello toda una mayor Demanda de Personal..., que se traduce en una mayor TRANSHUMANANCIA de DESAJUSTES CULTURALES entre los actores de la obra, que no son muy fáciles de equilibrar, si a ello sumamos, no solo las relaciones jerarquizadas de inversionistas, profesionales de la construcción, arquitectos e ingenieros, mandos medios o maestros de obra y finalmente el "OBRERO RASO", como la parte más débil de la "cadena de fuerza", que en ultimas es el que directamente el que hace la conexión mas proximal al Ciudadano del "ENTORNO" que padece la AFECTACION..., sin hablar que al interior del mismo engranaje de los distintos roles o papeles que le corresponde a cada quien desempeñar en la obra, se encuentra ya subyacente toda una complejidad de COMUNICACIÓN DE JERARQUIAS, DE DIVISION DE TRABAJO, DE ORDENES Y CONTRAORDENES, DE RESENTIMIENTO Y MALOS TRATOS... que en ultimas terminan desencadenando graves, por no decir funestos o fatales desenlaces en el ejercicio peligroso de la actividad que

la misma obra desarrolla o despliega en la zona. Pues, el nivel mismo de la complejidad de la acción constructora, hace confusos los ámbitos de los Linderos de Responsabilidad del RIESGO de cada quien, cuando al mando del vaivén del "cronometro de la terminación de la obra"... se suman factores económicos, sociales, emocionales, personales, y qué decir de intereses creados que se manifiestan al exterior de la misma comunidad, que en su entorno termina recibiendo los EFECTOS NOCIVOS DIRECTOR Y COLATERALES de todo este andamiaje de estratos culturales de OFENSIVIDAD EMPRESARIAL, porque en ultimas es la empresa la única benefactora de dicha ACTIVIDAD.

Por otra parte, la ejecución de obras civiles de esta naturaleza suelen llevar consigo y "de la mano", la mancomunada intervención de muchos contratistas, empresas y trabajadores que hacen difícil la individualización de sus responsabilidades cuando todos actúan ejecutando un mismo plan de acción, haciendo de esta tarea un tópico mayor de complejidad que en otros renglones de la economía, en donde solo una empresa es la que asume la responsabilidad de su plan de autoría, diseño y ejecución de su obra; pues, para nadie es un secreto que muchas de estas empresas están a su vez, "pre-constituidas fraudulentamente quizás!...", por una serie de empresas transitorias que se unen para un solo propósito en distintos niveles de copar-

2 Datos obtenidos de la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2003. Las cifras se desglosan en 152 procedimientos por muerte violenta; 21.850 por lesiones; y 2.700 por puesta en peligro de la vida o integridad física de los trabajadores, según la explicación ofrecida por el Sr. Fiscal General del Estado ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, el 16 de diciembre de 2004. Cfr., al respecto, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, VIII legislatura, año 2004, núm. 162, pág. 6.



ticipación profesional de asistencia, asesoría o desempeño; dificultándose con ello, el factor PREVENTIVO de tanta importancia en este sector. Tampoco el número de empleados subalternos de las autoridades de control dan abasto para semejante proliferación de construcciones, ni han sido fruto de un crecimiento proporcionado e interdisciplinario de GESTION PUBLICA al galopante y progresivamente agresivo, aumento de la construcción en la ciudad; de manera, que exista de igual forma una coherente POLITICA PREVENTIVA, DISTRITAL, DISCIPLINARIA, y ADMINISTRATIVO-SANCIONATORIA que vaya de la mano de las acciones de la FISCALIA GENERAL DE LA NACION, no solo para dar ejemplarizantes consecuencias jurídicas de connotada PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA al infractor del sector privado, sino al Servidor Público que por Acción u Omisión, defrauda las expectativas de su rol de Deber Jurídico y Funcional de respeto de la norma infringida como autoridad de Control, Intermediación y Seguimiento de la obra. Tales han sido los extremados niveles de Intolerancia en las que estamos sobre este tema, que se hace necesario entender, comprender y legitimar que solo una PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA DE LA PENA parece ser la medida que más se acerca a atemperar los efectos nocivos de este tipo de actividades sobre la sociedad civil y sobre sus mismos subalternos; pues el principio de NECESIDAD o UTILIDAD misma del ejercicio del DERECHO A CASTIGAR así lo impone, cuando recurrir a la acción penal es la única vía mas expedita

para evitar que se sigan cometiendo delitos como LESIONES PERSONALES, HOMICIDIOS CULPOSOS y CONTAMINACIONES Y AFECTACIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE TODO ORDEN, que directa o colateralmente comprometen la *VIDA misma e INTEGRIDAD PERSONAL* de quienes conviven con el RIESGO al interior y al exterior de la obra. Porque hasta este momento inclusive el DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO parece haber tocado la obra, la empresa, su actividad y ejercicio; pero superada la contingencia, se olvida aquella persona jurídica de las infracciones cometidas, y peor aun disuelta, es actora reincidente de otra semejante u homologa infracción, bajo otro ropaje jurídico distinto de razón o nombre social diferente, pero animada por el mismo personaje o los mismos o similares socios que "vivificaron" la existencia de la anterior que feneció en el mundo del derecho, pero que hoy bajo un nuevo proyecto y un nuevo ropaje de identidad empresarial sigue actuante en el seno de nuestra sociedad, cometiendo los mismos errores de la anterior bajo el mismo común denominador de políticas, estrategias y personalidades de los seres humanos que titiritaban sus actuaciones como persona naturales de carne y hueso que se esconden detrás de las bambalinas jurídicas de una ficción del DERECHO SOCIETARIO, que para remate del día de hoy, se denominan S.A.S. entre otras. Es por todo lo anterior, que como lo deje a traslucir anteladamente, en material de Derecho Legislado en ESPAÑA (En términos generales,

la siniestralidad laboral en España supera la media europea. Al menos, así se recoge en la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente a 2003. Las cifras de siniestralidad en el seno de la Unión Europea (limitadas a la Europa de los «15») pueden contrastarse en *European Agency for Safety and Health at Work, Building in safety. «Prevention of risks in construction», en European week for safety and health at work, 2004, disponible en http://agency.osha.eu.int/publications/reports/108/en/GP_Booklet_2004_WEB.pdf.*), ya existe desde hace no pocos años unos tipos penales precisos, concisos y contundentes para erigir consecuencias jurídicas, a quienes en dichos supuestos afines a estos renglones de reproche penal ofenden Bienes Jurídicos y Derechos Fundamentales como estos. Hago en este aspecto, un alto de referencia a las normas o artículos 316 y 317 del Código Penal Español, que como lo dice el autor, OSCAR MORALES³ en su obra: RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PENAL DERIVADA DE LA SINIESTRALIDAD LABORAL EN LA EJECUCIÓN DE OBRAS CIVILES, “... obligan a diseccionar responsabilidades con precisión milimétrica...”

Hemos llegado a un nivel intolerable de las “Malas Prácticas” de la construcción, -que como todo tiene su excepción- en Colombia, en la que los mecanismos sustitutivos y ex antes, legítimamente conocidos como *SUBSIDIARIOS* y *ALTERNATIVOS* al ejercicio de

la Acción Penal dentro de un Estado Social, no han cumplido su teórico, ni mucho menos práctico fin; pues, aquel ejercicio del DERECHO PENAL MÍNIMO que justifica el No uso del Sistema Represivo de la Pena, -muy a pesar de las buenas intenciones de la nueva onda reformista que ha venido inundando los estatutos represores y procesales, para evitar recurrir al ejercicio de la acción penal como la “única huida fácil” a muchas de las problemáticas que acontecen en la sociedad-, parece no haber cumplido su real y efectiva finalidad preventiva que legitime o justifique la INTERVENCIÓN MÍNIMA DEL SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL PENAL en estos casos y otros afines a la construcción; por el contrario, hemos contado con citados casos, en donde los mismos “Constructores”, más exactamente la persona jurídica de la sociedad en donde se esconden y se revisten de “Concreto Blindaje” los verdaderos subterfugios de los “intereses patrimoniales creados” de galopante crecimiento Financiero y Económico de los inversionistas de turno, que han sido Sancionados Administrativamente, inclusive con el cierre o suspensión de la actividad, no han “sentado cabeza ética de responsabilidad empresarial” para evitar que se sigan produciendo fallas tan reprochables, cuando al cabo del menor tiempo, ya están nuevamente infringiendo la norma para siempre pretender “una solución a posteriori” de la embarrada, sin contar con la símica personalidad del “Maestro de Obra”, que

3 Abogado del Departamento de Derecho Público y Procesal de Uría Menéndez (Barcelona).



descaradamente asume la responsabilidad de la reprochable acción u omisión como si se tratara de una simple falla o de un simple error, sin mayores dimensiones, trascendencias, ni alcances mínimos de SENSIBILIDAD HUMANA o mejor de simple DIGNIDAD HUMANA DE RESPETO por el derecho de los demás, como si “para colmo de males”, EL ENTORNO tuviera que sentirse congraciado de haber gozado de “La Fortuna”, de tener como vecino a una “Mole de Concreto”, que se erige con “Fachada de Catedral”, con interior de Iglesia, en donde la mas mínima piedra, adolece de los mas deseables contenidos técnicos de ingeniería en la cimentación, estabilidad, habitabilidad, higiene y seguridad de la obra. Porque detrás de quien aparece portando la Cara Empresarial de la responsabilidad y vergüenza de la falla en el ejercicio de la actividad. se guarda absoluto misterio a la identidad de la falta de aptitud, pericia, prudencia, responsabilidad y valores para con el objeto social que desarrolla; ya que para muestra mínima de estos resultados, se sabe que detrás de un “botón de presen-

tación” de esta constructora, se tiene como patrón de medición la mano de obra de unos bajos niveles culturales de formación técnica, intelectual e inclusive profesional.....⁴, de manera que se abren en espectro de regulación dos ámbitos de tradicional y clásica perpetración criminosa, a saber la ACCION y la OMISION, la primera de ACCION, que reducirá a la distribución o los ámbitos de responsabilidad de los distintos roles y papeles obligacionales que les asisten a cada uno de los intervinientes sean personas naturales o jurídicas, llámense constructores, contratistas o trabajadores sean de relación coordinada o subordinada, y la segunda la concerniente a los reproches que POR OMISION, le asista a quienes cumplen labores in eligiendo e invigilando, ante la inobservancia de asunción de medidas concernientes a los “DEBERES DE SEGURIDAD o DE SALVAMENTO” con resultados de peligro o lesión del PATRIMONIO y sobretodo de la VIDA E INTEGRIDAD FISICA DE LOS SERES HUMANOS QUE INTERNA Y EXTERNAMENTE coexisten en la zona de la edificación.

4 “... Por una parte, porque el Derecho penal no puede ser empleado como elemento simbólico de represión a cualquier precio: existen accidentes fortuitos, ocurridos por infracción de las más elementales medidas de seguridad, por pequeños descuidos o, simplemente, porque se asumió el riesgo de lo que pudiera suceder no adoptando medidas de ningún género, y en cada una de estas hipótesis la respuesta ha de ser diversa. Del mismo modo, como ya se advertía anteriormente, la acción preventiva en las obras civiles pasa por la articulación de complejos mecanismos de coordinación, lo que significa que cada actor asumirá roles diversos en la planificación o ejecución de las medidas de seguridad en la obra, debiendo separarse entonces, claramente, el ámbito competencial de cada uno de los intervinientes... Del mismo modo, como ya se advertía anteriormente, la acción preventiva en las obras civiles pasa por la articulación de complejos mecanismos de coordinación, lo que significa que cada actor asumirá roles diversos en la planificación o ejecución de las medidas de seguridad en la obra, debiendo separarse entonces, claramente, el ámbito competencial de cada uno de los intervinientes. La creación de normas penales refleja, pues, la plasmación preventivo general de una política criminal determinada. Y si quiere apreciarse en la norma penal un fin preventivo general claro, no pueden confundirse los destinatarios de la norma y los roles que según ella pueden o deben asumir en cada momento...” (RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PENAL DERIVADA DE LA SINIESTRALIDAD LABORAL EN LA EJECUCIÓN DE OBRAS CIVILES OSCAR MORALES Abogado. Profesor de Derecho penal Abogado del Departamento de Derecho Público y Procesal de Uría Menéndez (Barcelona).