

TUTELA DE LAS CONDICIONES LABORALES Y REFORMAS PENALES: ¿EL OCASO DEL DERECHO PENAL DEL TRABAJO? ¹

Juan Carlos Hortal Ibarra

Profesor Agregado de Derecho penal. Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Mecanismos preventivo-reactivos frente a la delincuencia socio-laboral: un esbozo. 3. La incidencia de la dimensión socio-económica en la fundamentación y contenido del Derecho penal del trabajo 4. A modo de cierre. Bibliografía citada.

Resumen: Dos décadas después de la aplaudida reunificación de los delitos laborales en la modificación operada en 1995, se ha procedido a su parcial demolición. El Derecho penal del trabajo nació con la finalidad de garantizar un plus de protección a los empleados por cuenta ajena en tanto parte débil de la relación laboral establecida con el empresario. Sin embargo, esta disciplina ha sido objeto de un proceso de adulteración mediante la asunción de unos intereses tangenciales cuando no opuestos a su auténtico fundamento. Sirva esta contribución para denunciar este preocupante proceder y ofrecer al inflacionista legislador alguna receta político-criminal con la que combatir la irracionalidad que le aqueja.

Palabras clave: Derecho penal del trabajo, delitos contra los derechos de los trabajadores, competencia desleal, inmigración clandestina, delincuencia socio-laboral, mecanismos preventivo-reactivos, dimensión socio-económica.

Abstract: Two decades after the applauded reunification of labour crimes that came about as a result of the modification carried out in 1995, it has been partially «demolished». Criminal labour law was created with the purpose of guaranteeing an extra protection for self-employed as the

¹ El presente trabajo se enmarca en el Proyecto «Teoría del delito y proceso penal: ¿dos instrumentos conciliables?» (DER2014-59247-R), cuyos investigadores principales son los Profs. Dres. Victor Gómez Martín y Mirentxu Corcoy Bidasolo.

weak party in the employment relationship established with the employer. However, this discipline has been subject to a process of adulteration through the assumption of tangential interests when not opposed to its true basis. This contribution serves to denounce this worrying practice and offer the inflationist legislator some kind of political-criminal recipe with which to combat the irrationality that afflicts him.

Key words: Criminal labour law, crimes against workers rights, unfair competition, illegal immigration, socio-labour crime, preventive-reactive mechanisms, socio-economic dimension.

1. Introducción

1. Han transcurrido más de dos décadas desde la aprobación del CP del 95 en el que, acertadamente, el legislador reunió en el Título XV los ilícitos penales que, girando en torno a la relación laboral, se encontraban diseminados en el ACP. Tiempo que estimo suficiente para valorar el estado de salud del Derecho penal del trabajo en España². Un sector del ordenamiento punitivo que disfrutó de una cierta estabilidad y orilló la hiperactividad propia —aunque no solo— del legislador nacional. Pero, al igual que otras parcelas del ordenamiento jurídico, sufrió una acelerada reestructuración en respuesta a la hecatombe económica declarada en 2007, cuyos efectos se han dejado sentir en forma de agudos recortes socio-laborales y una no menos inquietante limitación de las libertades³.

2. La reunificación de los delitos laborales fraguada en 1995 marcó un antes y un después en la consolidación —doctrinal⁴ y jurispruden-

² Una expresión que como puso de manifiesto ARROYO ZAPATERO, *Manual de derecho penal del trabajo*, Ed. Praxis, Barcelona, 1988, p. 9, fue introducida en España en los años 40 de la mano de la doctrina laboralista, y, afortunadamente, hoy está desprovista de los tintes autoritarios y antidemocráticos que tuvo en su origen.

³ Las profundas modificaciones operadas en los delitos contra el orden público (LO 1/2015) y en la renovada Ley de Seguridad Ciudadana (LO 4/2015) respondieron a una perversa y (mal)disimulada lógica criminalizadora de la protesta social y de la —sana— crítica político-económica por parte de la ciudadanía disidente. La doble expansión desplegada en términos cuantitativos (ampliación del catálogo de ilícitos y aumento de la sanción) y cualitativos (intolerable adelantamiento de la barrera punitiva y torsión de las categorías dogmáticas y garantías procesales) habrían traído consigo el consiguiente «efecto desaliento», y con ello dificultado el normal ejercicio de las libertades de expresión, reunión y manifestación en tanto lubricante esencial de toda democracia que se precie.

⁴ Una —relativa— vitalidad que se proyectaría en los planos científico y académico. En el primero, hasta tiempos muy recientes, solo contábamos con un par de manuales publicados en la década de los 80 y los 90, de la mano, respectivamente, de ARROYO ZAPATERO (1988), precursor en la materia, y el tándem formado por BAYLOS GRAU/TERRADILLOS BASOCO (1990 y 1997). A los que ya bien entrado el Siglo XXI, se ha sumado el elabo-

cial⁵— del Derecho penal del trabajo en tanto disciplina formalmente vinculada, pero materialmente autónoma del Derecho penal de empresa⁶. La solución político-criminal acogida significó la mayoría de edad para un sector de la legislación penal cuya fragmentación sistemática lastró en el pasado el protagonismo y peso específico que —aparentemente— sí alcanzó con esta oportuna compilación⁷. Aunque distó de la perfección, es evidente que contribuyó a dotarlo de cierta entidad al reagrupar un conjunto de infracciones penales que respondían a un común propósito: garantizar una protección suplementaria al colectivo de los trabajadores por cuenta ajena que, fruto de la relación de asimetría

rado por este último con su discípulo BOZA MARTÍNEZ (2017). Con ocasión de la creación del Título XV en el Código penal de 1995, se publicaron diversas monografías sobre los delitos contra los derechos de los trabajadores en general, así como un significativo número de investigaciones centradas en la tutela penal de la seguridad en el trabajo y los accidentes laborales en particular. Por otra parte, calificaría de modesta— pero meritoria— la visibilidad de esta temática en la Universidad española en comparación con la abrumadora presencia del «Derecho penal económico» en la que, habitualmente, se integra. Hasta donde alcanzo, se oferta bajo la denominación «Derecho penal del trabajo —o laboral—» en las Universidades de Barcelona, Cádiz, Cantabria, Granada, La Laguna, Oviedo y Salamanca. Con la *marca* «Derecho penal social» en la Universidad de las Islas Baleares. Con el *nomen iuris* «Derecho laboral sancionador» en las Universidades de León y Almería. Y, finalmente, en las Universidades de Córdoba y Complutense de Madrid con la mención «Derecho sancionador del trabajo». Cuando logra *emanciparse* del Penal Económico esta disciplina suele ofertarse como optativa en los Grados de Relaciones Laborales y Ciencias del Trabajo, y con una carga lectiva de entre tres y seis créditos ECTS.

⁵ En el plano judicial marcó un hito el caso del «contrato de esclavo» del que conociera en primera instancia la Audiencia Provincial de Guadalajara (*SAP n.º 46/1998, 15-07, ARP. 1998/3533, Pte. Serrano Frías*) y en casación el Tribunal Supremo (*STS n.º 995/2000, 30-06, RJ. 2000/6081, Pte. Giménez García*). Para un comentario del mismo puede consultarse el trabajo de HAVA GARCÍA, «Delito social: Contrato de esclavo», *RDS* (6) 1999, pp. 213-220.

⁶ Cfr., entre otros, BAYLOS GRAU/TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal del trabajo*, (2.ª ed.), Ed. Trotta, Madrid, 1997, p. 48; LASCURAIN SÁNCHEZ, «Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta», *ADPCP* (Vol. LVII) 2004, p. 22; MUÑOZ SÁNCHEZ, *El delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo del art. 311 del Código Penal en el marco del derecho penal del trabajo*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 14; ORTUBAY FUENTES, *Tutela penal de las condiciones laborales. Un estudio del artículo 311 del Código Penal*, Ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000, p. 42.

⁷ Así lo ha reconocido incluso la propia jurisprudencia, entre otras muchas, en la *STS n.º 247/2017, 5-04 (RJ. 2017/1510, Pte. Giménez García)*: «Los delitos contra los derechos de los trabajadores suponen una de las modificaciones fundamentales en la regulación que introdujo el Cpenal de 1995 en el Título XV, título de nueva creación, que carecía de precedentes en la regulación penal anterior, si bien existían algunas figuras aisladas destinadas a tutelar los derechos de los trabajadores» (FD 3.º). Como atinadamente señaló LASCURAIN SÁNCHEZ, *ADPCP* (Vol. LVII) 2004, p. 23, la creación del Título XV favoreció la consecución de un triple objetivo: **a)** el propio legislador respondió a su obligación de conformar un ámbito de intervención penal exento de lagunas y solapamientos; **b)** facilitó el conocimiento de la norma a los destinatarios de su cumplimiento; y **c)** favoreció la tarea a los encargados de su aplicación. Ahora bien, reconociendo el avance que supuso, entiendo también, tal y como razono más adelante, que la verdadera consolidación del Derecho penal del trabajo como rama autónoma dependerá del mayor o menor alcance que se le otorgue.

propia de la relación laboral, se halla en una situación de desigualdad estructural respecto al empresario⁸.

3. No en vano, dicha finalidad constituye el fundamento del Derecho laboral y, por derivación, del Derecho penal del trabajo. El primero surgió como consecuencia del auge adquirido por un grupo social que, al calor de la revolución industrial, tomó progresiva conciencia de sus derechos como clase —obrera—. Efectivamente, la insatisfactoria regulación del vínculo mediante el contrato de arrendamiento de servicios basado en el principio de autonomía de las partes, motivó la creación de esta nueva rama del ordenamiento jurídico a caballo entre el Derecho público y privado. Pero también determinó la aparición del Derecho penal laboral —en su actual versión— en tanto instrumento destinado a proporcionar una tutela reforzada a quienes ostentan una posición de subordinación y quedan bajo el poder de dirección —y potencial abuso— del patrono⁹.

4. Sin embargo, en la segunda década del Siglo XXI se ha procedido al desmantelamiento parcial del Derecho penal del trabajo *gracias* a dos reformas que ejemplifican, una vez más, la falta de racionalidad con la que opera el legislador¹⁰. El proceso se inició con la aprobación de la LO 7/2012 en que, tomando la crisis económico-financiera —y de valores— como telón de fondo, se amplió el art. 311 y elevó a la categoría de delito la ocupación simultánea de una pluralidad de trabajadores «*sin comunicar su alta en el régimen de la Seguridad Social*» o «*sin haber obtenido*

⁸ Al respecto BAYLOS GRAU/TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal...*, pp. 39-40, pusieron de relieve como esta situación de subordinación deviene, precisamente, un factor criminógeno característico en esta tipología penal. Una desequilibrada posición que según POMARES CINTAS, *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Ed. Tirant, Valencia, 2013, p. 50, explicaría el modesto recorrido judicial de los delitos socio-laborales a excepción —matizaría yo— del delito contra la seguridad y salud en el trabajo.

⁹ Cfr., entre otros, CORCOY BIDASOLO, «Delitos laborales. Ámbito y eficacia de la protección penal de los derechos de los trabajadores», en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, (dir.), *Derecho penal económico*, CDJ, Madrid, II-2003, p. 92; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *ADPCP* (Vol. LVII) 2004, p. 19; MUÑOZ SÁNCHEZ, *El delito de imposición...*, pp. 24 y 44-45; ORTUBAY FUENTES, *Tutela penal...*, p. 39. Un idea de la que se ha hecho eco el Alto Tribunal tanto en la interpretación del vigente art. 311.1.º como su precedente legal el art. 499 bis. En este sentido, se ha pronunciado, respectivamente, en las SSTS n.º 247/2017, 5-04 (RJ. 2017\1510, Pte. Giménez García): «*Se parte de la existencia de una determinada clase social: los trabajadores por cuenta ajena que intervienen en el mercado de trabajo en condiciones de inferioridad respecto a los empleadores. No hay que olvidar que el contrato de trabajo descansa sobre una situación asimétrica, porque el empleador/empresario se encuentra en una situación más fuerte que el trabajador/ empleado*» (FD 3.º); y n.º 500/1993, 3-03 (RJ. 1993\1760, Pte. De Vega Ruiz): «*(...) se busca en conclusión la protección de la parte económica y socialmente más débil, para evitar el perjuicio, a veces irreparable, que actividades ilícitas del empresario pudieran originar*» (FD 1.º).

¹⁰ Cfr., HORTAL IBARRA, «Título XV. De los Delitos contra los derechos de los trabajadores», en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG, (dirs.)/VERA SÁNCHEZ, (coord.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Ed. Tirant, Valencia, 2015, pp. 1097-1098.

la correspondiente autorización de trabajo» (art. 311.2.º). Dos aspectos llamaron mi atención de esta primera fase de la demolición. El modesto interés que, pese a su enorme calado, despertó en la doctrina¹¹. Y el que se omitiera en el Preámbulo que traía causa de la parcial transposición de la Directiva 2009/52/CE (art. 9.1 b). Un olvido que contrasta con la irrefrenable propensión legislativa a utilizar el cumplimiento de las obligaciones comunitarias e internacionales como «coartada» universal e irrefutable de las innovaciones penales.

5. La desconfiguración se completó con la promulgación de la LO 1/2015, en que se criminalizó el empleo reiterado de extranjeros y la contratación de menores carentes en ambos casos de permiso de trabajo (art. 311 bis). Esta vez, se acudió, aunque lacónicamente, al socorrido argumento supranacional como fuente legitimadora¹². Lo paradójico —o no— es que, habiendo incorporado respectivamente otros dos supuestos de la citada Directiva (arts. 9.1.a y 9.1.e), no culminó su traslación al ordenamiento español. De forma incomprensible, dejó fuera la conducta materialmente más grave consistente en la contratación a sabiendas de trabajadores víctimas de la trata de seres humanos (art. 9.1.d). Lo cual podría motivar la enésima enmienda del ya irreconocible «Código penal de la democracia» que, dicho sea de paso, no supondrá un especial problema para nuestro inflacionista legislador.

¹¹ Al margen de los comentarios y manuales al uso, destacaría el estudio elaborado por TRAPERO BARREALES, «La transformación del derecho penal laboral: de protector de los derechos de los trabajadores a garante de la competencia empresarial y de las políticas migratorias», *CPC* (114) 2014, pp. 5-44, quien en su exhaustiva y documentada investigación analizó, críticamente, el notable impacto de la LO 7/2012 en la morfología y razón de ser del Derecho penal del trabajo; las rotundas y afiladas reflexiones realizadas por POMARES CINTAS, en su artículo dedicado al art. 311 bis, «La revisión de los delitos contra los derechos de los trabajadores según la reforma de 2015», en QUINTERO OLIVARES, (dir.), *Comentario a la reforma penal del 2015*, Ed. Tirant, Valencia, 2015, pp. 633-635. Y, por último, el trabajo de BENÍTEZ ORTÚZAR, «A propósito de los nuevos artículos 311.2 CP y 311 bis CP. ¿Delitos contra los derechos de los trabajadores?», en DE LA CUESTA AGUADO *et al.*, (coords.), *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Ed. Tirant, Valencia, 2018, pp. 1033-1047, cuyo título ya revela el espíritu crítico que preside su análisis.

¹² En línea con lo denunciado, recientemente, por NAVARRO CARDOSO, «El delito de contratación ilegal del art. 311 bis CP: un nuevo despropósito, y un viejo vicio, legislativo», en DE LA CUESTA AGUADO *et al.*, (coords.), *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Ed. Tirant, Valencia, 2018, pp. 1049-1052, entiendo que la incorporación del art. 311 bis constituye un ejemplo más de cómo el legislador sustituye, sistemáticamente, la cumplida explicación sobre los motivos que justifican la nueva incriminación por la aséptica y parca mención a la traslación de la «obligación» punitiva asumida en la Directiva, Recomendación o Tratado internacional de turno. Un proceder que coarta la mínima y necesaria reflexión previa y redundante en el pésimo producto legal resultante. Lo cual, a su vez, dificulta — y de qué manera— su posterior interpretación y aplicación judicial, y propicia nuevas reformas que adentran, peligrosamente, al Derecho penal en las dinámicas propias del reglamentista y mutable Derecho administrativo sancionador.

6. Los cambios *perpetrados* en 2012 y 2015 no tuvieron por objeto garantizar una tutela adicional a los trabajadores nacionales en general ni a los extranjeros irregulares en particular. De ser así, se habría exigido como resultado típico la efectiva lesión de los derechos laborales mínimos¹³. Los nuevos tipos alumbrados responden a la consecución de unos fines indirectos —cuando no— diametralmente opuestos a los intereses de sendos colectivos. Por un lado, el fomento de la competitividad y la iniciativa empresarial combatiendo el empleo sumergido que afloraría con el alta a la Seguridad Social a fin de nutrir con nuevas cotizaciones e impuestos las famélicas arcas públicas¹⁴. Y, por el otro, el fortalecimiento de la política estatal —y europea— destinada a reprimir la inmigración clandestina, desincentivando la contratación de mano de obra extracomunitaria irregular¹⁵. De ahí que, atendidos los bienes jurídicos verdaderamente amparados en los arts. 311.2.º y 311 bis CP, quizás hubiera resultado más coherente a la par que honesta su ubicación entre los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 305 ss) y contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis) en que se tutelarían, respectivamente, el patrimonio de las primeras y las políticas migratorias estatales —y comunitarias— implementadas contra los segundos¹⁶.

7. Las modificaciones acontecidas en el Título XV constituyen otro ejemplo de la galopante objetivización del Derecho penal y la conculcación de los principios político-criminales limitadores del *ius puniendi*. Pero también ilustran la inquietante y creciente desconfianza mostrada

¹³ Una decisión que, desde la óptica del legislador, resultó lógica porque carecía de sentido proteger penalmente los derechos que, simultáneamente, fueron cercenados en la regresiva reforma del mercado laboral implementada en el RDL 3/2012, de 10 de febrero. Para una lectura amplia y crítica de la misma recomiendo los artículos contenidos en el número monográfico (57) de la Revista de Derecho Social (2012).

¹⁴ La protección de la libre competencia empresarial es condición necesaria para favorecer la contratación de mano de obra, pero insuficiente para mantener un umbral mínimo de derechos laborales que dificulte la explotación de los trabajadores en tanto parte débil de la relación laboral. Es decir, constituye un presupuesto para estimular el empleo, pero no evita *per se* la imposición de condiciones especialmente perjudiciales a quienes ocupan una posición subordinada en términos jerárquicos, organizativos y funcionales.

¹⁵ Con la mera criminalización del empleo de irregulares se pretende contrarrestar el efecto llamada de quienes —en no pocas ocasiones— arriesgan sus vidas para llegar a Europa y esperan conseguir un trabajo aún a costa de hacerlo en muy precarias condiciones. E, indirectamente, se elude el tener que compartir las —cada vez más reducidas— prestaciones y ayudas públicas con aquéllos que, objetivamente, más las precisan. Esto es, se utiliza el Derecho penal como instrumento de lucha contra la inmigración «ilegal», pero también como herramienta *en pro* de la conservación del menguante Estado del Bienestar.

¹⁶ Cfr., TRAPERÓ BARREALES, *CPC* (114) 2014, pp. 20-23 y 32. En sentido contrario se ha expresado FARALDO CABANA, CRISTINA, «Emplear a ciudadanos extranjeros o menores sin permiso de trabajo: ¿Un nuevo delito contra los derechos de los trabajadores?, *RDS* (78) 2017, pp. 131 y 137-138, quien, pese a reconocer que la protección de los derechos de los trabajadores es secundaria frente a los intereses preferentemente tutelados (la lucha contra la inmigración clandestina y la competencia desleal), concluye que su ubicación es correcta.

por el legislador hacia los Jueces y Tribunales que asumen interpretaciones restrictivas en favor de reo¹⁷. Ante esta incómoda realidad, se tipifican conductas que requieren de una simple constatación fáctica, restando de esta forma todo protagonismo a la exégesis judicial y alentando la automatización en la subsunción¹⁸. Así, por ejemplo, en el art. 311.2.º, se condicionó la relevancia jurídico-penal a la verificación de la omisión del alta en la Seguridad Social o la carencia de permiso de trabajo acompañada de una comprobación numérica, a todas luces, insuficiente para elevar a la categoría de delito un mero ilícito administrativo, y justificar además la imposición de un castigo absolutamente desproporcionado. Basta una simple —y odiosa— comparación para corroborar dicha aseveración: de concurrir el tipo básico la pena prevista es superior al límite máximo del robo con violencia e intimidación (6 años), y de aplicarse el subtipo agravado (art. 311.4.º) casi se equipara al mínimo del homicidio doloso (9 años).

2. Mecanismos preventivo-reactivos frente a la delincuencia socio-laboral: un esbozo

1. La especial vulnerabilidad de los trabajadores por cuenta ajena y la constatada ineficacia de los instrumentos sancionadores-laborales, nominalmente, legitimarían la intervención penal en los supuestos más graves y extremos¹⁹. Ciertamente, la multa administrativo-laboral, por

¹⁷ En este sentido, a mi juicio, las incorporaciones contenidas en el art. 311.2.º están llamadas a redefinir el radio de acción del delito contra la contratación de trabajadores extranjeros irregulares en condiciones laborales lesivas (art. 312.2 *in fine*). Es decir, a contrarrestar la acotada interpretación tempranamente defendida por la doctrina y después acogida por la jurisprudencia unánime. La tesis en virtud de la cual se negó significación típica —que no administrativa— a la pura omisión del alta en la Seguridad Social y/o su contratación verbal no seguida de un menoscabo sustancial de las condiciones de trabajo sobre el conjunto de trabajadores que, en el momento de autos, integraban la plantilla. Y, en consonancia con la naturaleza supraindividual del bien jurídico-penal protegido, el posicionamiento mediante el que se rechazó la calificación del concurso de delitos en los supuestos, por otra parte frecuentes, en que se extendían estas condiciones negativas a una pluralidad de empleados.

¹⁸ Una tesis compartida por BENÍTEZ ORTÚZAR, «A propósito...», p. 1043.

¹⁹ Una protección penal que deviene incluso más necesaria en períodos de agudas crisis económicas —como la declarada en 2007— en las que los poderes públicos —de aquí y de allí— responden con la tradicional fórmula consistente en flexibilizar, desregular y precarizar el mercado laboral. Un auténtico acelerante del crecimiento de la economía sumergida y el progresivo empeoramiento de las condiciones de trabajo (temporalidad, congelación salarial, abaratamiento del despido, restricciones en la cobertura social...). Y, por consiguiente, terreno abonado para el abuso empresarial y la explotación de los colectivos, si cabe, más vulnerables (inmigrantes irregulares, desempleados de larga duración, jóvenes y mayores nula o escasamente formados, subcontratados vía ETT...). Un aspecto sobre el que alertaron en su momento, BAYLOS GRAU/TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal...*, p. 44.

muy cuantiosa que sea, no puede erigirse en la respuesta más idónea para prevenir y reprimir las puestas en peligro grave de la vida y salud de los trabajadores imputables a la contumaz inobservancia de las más elementales normas de cuidado. Como tampoco lo será para evitar y castigar a los desaprensivos empresarios que, aprovechando la situación de indefensión de los trabajadores «sin papeles», los explotan en unas condiciones próximas a la semiesclavitud.

2. No debemos pasar por alto que la infracción de la normativa laboral que, a su vez, constituye un presupuesto típico en los «delitos sociales», dependerá de la previa detección y posterior persecución por parte de la Inspección de Trabajo. Y tratándose de una organización infradotada y que opera con criterios de oportunidad, la empresa será todo menos sencilla. El control *orientado* y la perenne escasez de medios característicos en esta institución, condicionarían la eficacia del Derecho administrativo sancionador, pero también del Derecho penal dada la íntima imbricación entre ambas manifestaciones del *ius puniendi*.

La cúspide del organigrama de la Inspección está ocupada por el/la ministro/a del ramo, quien marca las líneas maestras de su actuación como organización administrativa encargada del control, vigilancia y —propuesta— de sanción de la normativa laboral, siendo su principal —que no único— destinatario el empleador. Sin embargo, como se desprende del último informe elaborado por la UPIT (Unión Progresista de Inspectores de Trabajo) han de reorientarse tanto los sujetos a los que supervisar como la tipología de las infracciones a perseguir. Respecto a los primeros, se denuncia la «*actitud del Ministerio*» a «*empujar a los inspectores (y subinspectores) a la persecución de los más favorecidos del sistema, los perceptores de la prestación. No a los reales defraudadores a gran escala*». En cuanto a las segundas, se señala que «*las actuaciones inspectoras hace años que no tienen como prioridad las infracciones del ámbito «laboral», entendiéndose por tales, principalmente, la infracotización, el fraude en el salario, así como «la imposición de condiciones inferiores a las legalmente establecidas en las cláusulas adicionales de los contratos de trabajo*». A tal fin reconocen como «*costumbres extendidas (...) en muchas inspecciones*»: **a)** el desvío directo de las denuncias de salario al juzgado «*sin intervenir ni sancionar*»; **b)** la extensión de actas de liquidación por diferencias de convenio «*sin ni siquiera requerir al empresario que justifique el abono de las diferencias de salario, y mucho menos sancionar*»; **c)** «*la proliferación de actas extendidas a autónomos sin examinar seriamente sin son falsos autónomos*»; **d)** «*la práctica de no extender a los sectores los fraudes comprobados en empresas características*»; **e)** y las raras ocasiones en que reportan al Ministerio Fiscal los «*casos de fraude salarial o contractual*». Y tras cuestionar el auxilio que la Inspección de Trabajo presta a la policía, califican, en muchos casos, de formal el cumplimiento por el empresario de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, de «*muy poco uniforme*» la exigencia de responsabilidades, y de «*desiguales*» las propuestas de recargo elevadas

en función de las Comunidades Autónomas en que tienen lugar dichas infracciones²⁰.

3. En efecto, la eficacia preventivo-conminatoria del sistema dependerá del grado de interacción alcanzado entre los distintos instrumentos habilitados en el primigenio escalón ocupado por el Derecho administrativo, y en el último, reservado a modo de complemento, al Derecho penal. Y dicho objetivo requerirá de la dotación de recursos humanos y materiales suficientes en las dos entidades que velan por el descubrimiento y prosecución de los ilícitos administrativo-laborales y penales. Pero también de un alto grado de coordinación que garantice la fluida y rápida comunicación del tanto de culpa de la Inspección a la Fiscalía cuando a raíz de su tarea supervisora considere que la infracción cometida reviste indicios racionales de criminalidad²¹.

4. *De facto*, el congénito temor del trabajador a denunciar al patrono y la histórica inhibición sindical a la activación de la palanca penal, han convertido a la Inspección de Trabajo en el (cuasi) exclusivo suministrador de la *notitia criminis* al Ministerio Público. Resulta francamente desolador el quietismo practicado por los sindicatos en el impulso judicial de unas causas que tienen como víctimas reales al colectivo que justifica su propia existencia en tanto legítimos representantes y, por tanto, garantes de los trabajadores. Su actividad jurídico-penal brilla por su ausencia, salvo cuando está en juego la defensa de sus afiliados como consecuencia de la investigación y posterior acusación por un delito de coacciones a la huelga. Un interés que, lamentablemente, no preservan con tanto ahínco en los recurrentes casos en que los responsables de la empresa omiten las medidas de seguridad mínimas y ponen en grave peligro la vida y salud de los trabajadores²².

5. El establecimiento de penas de prisión de difícil suspensión y el impulso procesal del Ministerio Fiscal garantizarían, sobre el papel, una

²⁰ El mencionado informe puede consultarse en: www.upit.es/wp-content/uploads/Lineas-de-actuacion.UPIT.pdf.

²¹ Es cierto que con la Instrucción 1/2001 sobre actuación del Ministerio Fiscal en torno a la siniestralidad laboral, mejoraron los canales de comunicación entre ambas. Pero también lo es que, pese a los esfuerzos desplegados, la carencia de medios persiste en la Inspección y ello debilita sus potencialidades preventivo-sancionadoras.

²² En esta línea, se pronunciaron BAYLOS GRAU/TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal...*, p. 43, quienes adujeron como posibles causas de su inacción: **a)** la predisposición natural a decantarse por las jurisdicciones social y contencioso-administrativa; **b)** la percepción de que el ámbito penal constituiría un «*espacio de lucha defensiva*»; y **c)** quizás la consideración de esta rama del ordenamiento como «*una falsa conciencia que asegura anticipadamente su ineficacia*»; y ÁLVAREZ GARCÍA, quien manifiesta en el prólogo a la monografía de POMARES CINTAS que esta escandalosa inhibición respondería, «*dejando aparte las motivaciones colaterales amén del «pensamiento pequeño» del que hacen gala los dirigentes sindicales, al cambio de la seguridad en el trabajo por el mantenimiento del empleo*» (p. 14).

dosis adicional de eficacia preventivo-intimidatoria al Derecho penal. Sin embargo, en la práctica, la generosa automatización de la suspensión condicional y la irregular presencia territorial de la Fiscalía en Sinies-tralidad Laboral, le habrían restado efectividad. Raras veces se condena a los empleadores a penas privativas de libertad superiores a dos años, favoreciendo su perfil la concesión de este sustitutivo porque no suelen tener antecedentes penales y están plenamente socializados²³. Y los limitados recursos humanos y materiales a disposición de estas especializadas fiscalías se concentran en las capitales de provincia y las zonas metropolitanas, prestando una menor atención a los hechos acaecidos en los partidos judiciales más alejados.

6. Por su parte, la multa es la respuesta penal más deseable para quienes pueden sufragarla cómodamente, sea de forma directa o por medio de la empresa a la que representan y que, de hecho, se beneficiaría tanto de las medidas de seguridad no implementadas como de las leoninas condiciones de trabajo impuestas al extranjero irregular. *Ex ante*, la multa intimida menos que la prisión, y a diferencia de esta, no posee un marcado carácter personal que impida la satisfacción por un tercero. *Ex post*, la estancia carcelaria —siquiera breve— tiene un mayor coste reputacional para el delincuente de cuello blanco porque merma el plus de crédito económico y prestigio social del que goza. Una pérdida que, a la salida, dificultará —y mucho— su grado de interacción en el sensible y competitivo mundo de los negocios, y entorpecerá significativamente la influencia que antaño ejerciera sobre los centros de poder político-financiero encargados de regularlos y disciplinarlos²⁴.

7. De ahí que no pueda más que denunciar la exclusión de los delitos contra los derechos de los trabajadores del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas (RPPJ), instaurado en la LO 5/2010 y re-mendado en la LO 1/2015. Un descarte que calificaría de sorprendente e inaceptable. Y ello por varios motivos²⁵. En primer lugar, porque dichos

²³ Cfr., POMARES CINTAS, *El Derecho Penal...*, pp. 43 ss.

²⁴ Partiendo de la premisa de que la delincuencia socio-laboral es una manifestación específica de la criminalidad de empresa, pueden resultar de utilidad las consideraciones expuestas en mi trabajo «Crisis financiera, delincuencia de cuello blanco y respuesta penal: una aproximación criminológica y político-criminal», en PUENTE ABA, (ed.), *Economía y Derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española*, , Ed. Universidade da Coruña, A Coruña, 2015, pp. 217 ss, donde, entre otras cuestiones, examiné la eficacia preventivo-represiva de la multa, la inhabilitación profesional y la prisión —de corta duración—.

²⁵ Hago míos los argumentos brillantemente defendidos por NIETO MARTÍN, «El plan de prevención de riesgos laborales como programa de cumplimiento (a la vez una reflexión sobre la responsabilidad por imprudencia de las personas jurídicas)», en ARROYO JIMÉNEZ/NIETO MARTÍN, (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, (2.ª ed.), Ed. Lex Nova, Valladolid, 2015, p. 356; y LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La prevención del delito contra

ilícitos en general y el delito contra la seguridad en el trabajo en particular, constituyen uno de los epicentros de la criminalidad empresarial. En segundo lugar, porque, curiosamente, este último ámbito es el único que, previendo la imposición de una obligación legal de implementación de planes preventivos, no se ha reforzado con la contemplación de la responsabilidad penal a la propia empresa en sintonía con lo sucedido en materia medioambiental, blanqueo de capitales o mercado de valores. En tercer lugar, porque estos delitos formaron —y siguen formando— parte de las escasas infracciones penales que permitieron —y permiten— la adopción de las «consecuencias accesorias» (art. 129 CP), consideradas la atensala de la RPPJ. Y, en cuarto lugar, porque en los delitos contra los derechos de los trabajadores se proyecta, meridianamente, la racionalidad económica con la que operan las corporaciones mercantiles.

8. Indudablemente, tanto la imposición de condiciones de trabajo perjudiciales (ampliación de jornada, menores salarios...) como la omisión de las obligaciones preventivo-laborales (no facilitación de equipos de protección individual, no implantación de medidas colectivas...) se traducen en una automática reducción de costes empresariales y una ventaja competitiva con respecto a los cumplidores. En términos criminológicos carece de lógica, por cuanto la sanción penal a la propia empresa se erige en un estímulo negativo para seguir desplegando una política palmariamente infractora. Quizás en la voluntad del prelegislador pesó demasiado la presión ejercida por el *lobby* de las constructoras en el esplendor de la burbuja inmobiliaria y la fiebre del ladrillo²⁶. Pero, a buen seguro, también «ayudó» la ausencia de una auténtica política-criminal en torno a las tipologías penales merecedoras de la RPPJ como se infiere, fácilmente, del variopinto y discutible listado de delitos que, tanto en 2010 como en 2015, la motivan.

9. Ahora bien, aún con todas las imperfecciones anteriormente descritas, bueno sería insistir en la idea de que la contrapartida a la protección penal de ámbitos colonizados por otras áreas del ordena-

la seguridad de los trabajadores», en NIETO MARTÍN, (dir.), *Manual de cumplimiento en la empresa*, Ed. Tirant, Valencia, 2015, p. 516. Una cuestión de la que también se ha ocupado RAMÓN RIBAS, «Delitos contra los derechos de los trabajadores: ¿responsabilidad penal de la empresa?», en DE LA CUESTA AGUADO *et al.*, (coords.), *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Ed. Tirant, Valencia, 2018, pp. 991-1002.

²⁶ Un sector estratégico en lo económico y en lo político que entonces andaba muy preocupado por las consecuencias jurídico-penales y reputacionales aparejadas a las escandalosas tasas de accidentes —mortales— de trabajo registradas. De hecho, en la construcción se concentran todavía hoy el grueso de las muertes y lesiones que a título de imprudencia se imputan a quienes ostentan competencias originarias y/o delegadas en materia de riesgos laborales.

miento jurídico, pasa por la asunción de una función subsidiaria y fragmentaria acorde con los principios limitadores del *ius puniendi*. Ello obligará al legislador a extremar el celo en la cuidadosa selección de las conductas y en la precisa delimitación de los elementos típicos que las integran²⁷. Lo cual, a su vez, permitirá perfilar, *ad extra*, las fronteras con sus homólogos administrativo-laborales, y, *ad intra*, con aquellos otros delitos con los que guarden un aparente parentesco. De hacerlo, se evitarán los dañinos solapamientos con los ilícitos extra-penales, y las no menos tortuosas relaciones concursales a las que tan acostumbrados nos tiene el legislador en los últimos tiempos. Y, claro está, en ambos casos nos ahorraremos un buen puñado de *bises in idem* y las consabidas infracciones del principio de proporcionalidad. Asimismo, la intervención penal en terrenos ya polinizados, exigirá del juzgador la adopción de restrictivas interpretaciones que impidan la automática activación y la ilegítima —por desproporcionada— punición de unos comportamientos cuya prohibición y sanción natural se hallan en el derecho laboral²⁸.

3. La incidencia de la dimensión socio-económica en la fundamentación y contenido del Derecho penal del trabajo

1. Sentado lo anterior, pretendo ahora poner en su justo valor la dimensión estrictamente socio-económica *consustancial* al Derecho penal del trabajo y a su principal expresión, los delitos contra los derechos de los trabajadores. Aquélla en la que se enfatizarían tres aspectos diferenciados, pero estrechamente emparentados: **a)** la «fuerza de trabajo» como elemento determinante en la producción de bienes y en la prestación de servicios²⁹; **b)** la contratación laboral al margen del sistema de la Seguridad Social o incumpliendo el haz indisponible de derechos laborales como fuente de competencia desleal³⁰; y **c)** el mantenimiento

²⁷ Una idea sobre la que también ha insistido últimamente BENÍTEZ ORTÚZAR, «A propósito...», pp. 1037-1038.

²⁸ En palabras del siempre certero LASCURAÍN SÁNCHEZ, *ADPCP*, (Vol. LVII) 2004, p. 21: «De lo que se trata pues es de penar poco. Y también de hacerlo bien: que ese poco sea bueno desde la perspectiva moral que demarcan nuestros principios constitucionales. La pena debe ser la mínima suficientemente eficaz para prevenir razonablemente una conducta intolerable que se describe con precisión».

²⁹ Cfr., BAYLOS GRAU/TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal...*, p. 31; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 5.ª ed, Valencia, 2015, p. 790; y MUÑOZ SÁNCHEZ, *El delito de imposición...*, p. 23.

³⁰ Cfr., ARROYO ZAPATERO, *Manual...*, p. 6; y CORCOY BIDASOLO, «Delitos laborales...», pp. 91-92, para quien únicamente estaría legitimada la intervención penal «cuando, por las específicas circunstancias en que se incumple la normativa laboral, se puede afirmar que esa actuación empresarial supone una forma de competencia desleal» (p. 92).

de un —cierto— equilibrio en las relaciones laborales como *conditio sine qua non* de la propia estabilidad del sistema capitalista³¹.

2. Tradicionalmente la «fuerza de trabajo» ha sido considerada, junto a los recursos naturales y el capital, uno de los factores de producción cuya concurrencia garantiza la actividad económica. Por supuesto, desvinculo dicho término del —peyorativo— sentido patrimonialista y cosificador propio del liberalismo económico, poniendo el foco en la aséptica acepción economicista del mismo. La primera estaría en la base de los Códigos penales liberales en que se contemplaba al trabajador como autor de los delitos «sociales», y no como hacedor de derechos dignos de protección también penal³². La segunda, por contra, nos permitiría constatar lo que es una realidad, los trabajadores se erigen además en pieza esencial de la economía porque proporcionan la «fuerza de trabajo» que la hace posible.

3. Por su parte, quebranta la libre competencia y entorpece la iniciativa empresarial quien emplea a trabajadores —nacionales o extranjeros regulares— sin darles de alta en la Seguridad Social o imponiéndoles condiciones laborales por debajo del umbral legal³³. La disminución de los costes laborales le proporciona una ventaja con respecto al resto de competidores que ya concurren en el mercado o pretenden incorporarse. De igual forma que distorsiona la libre competencia el empresario que contrata a trabajadores irregulares porque con ello se dificulta el acceso al mercado laboral de los empleados autóctonos y extracomunitarios con permiso. Ante la constatada tendencia de los primeros a ofrecerse

³¹ Un aspecto que subrayó primero PÉREZ MANZANO, «Delitos contra los derechos de los trabajadores», *RL* (1) 1997, p. 272, cuando identificó un «determinado equilibrio del mercado laboral» como el objeto de protección de los delitos contra los derechos de los trabajadores, y sobre el que insistió después CORCOY BIDASOLO, «Delitos laborales...», p. 90. Tesis que ha sido criticada por su exceso de abstracción, entre otros, por LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Compendio de Derecho penal, Parte Especial*, Vol. II, Ed. Ceura, Madrid, 1998, p. 541; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico...*, p. 797; y MUÑOZ SÁNCHEZ, *El delito de imposición...*, p. 68.

³² Como ya advirtiera ARROYO ZAPATERO, *Manual...*, p. 4, en los Códigos de 1848 y 1870 se incriminaron los delitos de coligaciones y huelga como alteraciones del precio de las cosas (en este caso el salario) entre los delitos contra la propiedad dada la consideración, en aquel momento histórico, del trabajo como mera mercancía.

³³ Salvando las distancias, algo similar sucedería cuando en el ámbito de la corrupción económico-política unas empresas están dispuestas a pagar la comisión exigida y/o sugerida por el responsable del partido o fundación creada como medio para lograr, en detrimento de quienes se niegan, la concesión del contrato, concurso o subvención públicos ofertados. Lo cual, además de constituir una flagrante lesión del buen funcionamiento de la Administración Pública y la confianza ciudadana depositada en quienes las dirigen y gestionan, quebranta la libre competencia entre las distintas empresas que rivalizan en el disputado universo de la contratación pública.

en condiciones perjudiciales, los segundos se verían abocados, de querer competir por idénticos trabajos, a sacrificar sus derechos laborales³⁴.

4. Por último, el mantenimiento de un determinado equilibrio en las relaciones laborales protagonizadas por los agentes sociales resulta crucial en el normal funcionamiento de la economía. Como pudimos comprobar, muy a nuestro pesar, en la última gran recesión mundial, los gobiernos suelen responder a las cíclicas crisis del sistema capitalista, con diversas y profundas reformas en el mercado laboral en tanto instrumento al servicio de la política económica. En España, por ejemplo, se procedió a una intensiva flexibilización de las fórmulas contractuales y una preocupante restricción de la negociación colectiva en manos de patronal y sindicatos. Todo ello con la intención —declarada— de incentivar el empleo y la inversión empresarial, y la —silente— voluntad de mejorar la competitividad en una economía globalizada mediante la aminoración de los costes laborales soportados por los empleadores. Pero cuyas negativas consecuencias en forma de precarización, temporalidad y menor cobertura social por desempleo han pagado —como casi siempre— los trabajadores.

5. Los aspectos descritos inciden en las formulaciones doctrinales que se barajan en torno al bien jurídico-penal protegido en los delitos contra los derechos de los trabajadores, así como en el propio alcance del Derecho penal del trabajo en tanto disciplina autónoma. Con respecto a las primeras podrían diferenciarse tres posiciones en base al mayor o menor peso otorgado a los componentes socio-económicos. La mayoritaria, representada por quienes, omitiendo toda referencia a los mismos o diluyendo su relevancia, sostienen que se tutelarían los derechos de los trabajadores en tanto colectivo social cuya desigual situación contractual legitimaría la intervención penal³⁵. Aquellos otros que, admitiendo

³⁴ Es cierto que en situaciones de bonanza económica los autóctonos —e incluso los extranjeros con especial arraigo social— tienen menos incentivos en la realización de tareas, habitualmente, reservadas a quienes accedieron o permanecían en nuestro territorio habiendo infringido la exigente normativa de extranjería. Estoy pensando en las duras y penosas tareas en el campo, las no menos arduas labores a desempeñar en el ámbito del servicio doméstico o las maratónicas jornadas desarrolladas en la modesta restauración (bares y cafeterías). Pero también lo es, tal y como comprobamos en España durante la fase más aguda de la crisis, que la escasez de trabajo despertó el interés de los nacionales que compitieron entonces con aquéllos que, hasta la fecha, venían ocupándose: los peyorativamente denominados «sin papeles».

³⁵ Cfr., entre otros, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Ed. Civitas, Madrid, 1994, pp. 33 ss; EL MISMO, «Los delitos contra los derechos de los trabajadores en el Derecho español», en MUÑOZ SEGURA/POSADA MAYA, (coords.), *Derecho penal del trabajo: una mirada de doble vía*, Ed. Uniandes, Bogotá, 2017, p. 311; ORTUBAY FUENTES, *Tutela penal...*, p. 39; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico...*, p. 791 ss; y MUÑOZ SÁNCHEZ, *El delito de imposición...*, pp. 24-29 ss. Ahora bien,

lo anterior, entienden que se protegería el buen funcionamiento del mercado laboral como forma de aseguramiento de las condiciones de productividad y de evitación de los comportamientos contrarios a la libre competencia empresarial³⁶. Y, por último, quienes, a modo de solución intermedia, postulan que siendo los derechos de los trabajadores los bienes directamente tutelados, también encontrarían amparo mediato otros intereses patrimoniales o del sistema económico a ellos estrechamente vinculados³⁷.

6. Los penalistas adscritos a la primera de las posiciones enunciada reducen el contenido del Derecho penal del trabajo solamente —y no a todos— los delitos previstos en el Título XV. Niegan la integración de los ilícitos que, pese a perpetrarse con ocasión de la relación laboral, no responden a la directa protección de los derechos básicos del trabajador en su doble dimensión individual y colectiva. De ahí que no incluyan las infracciones penales lesivas de los intereses económico-empresariales producto de un abusivo ejercicio del trabajador, esto es, las coacciones a la huelga (art. 315.3) y la revelación de secretos laborales (art. 199.1). Pero tampoco los ilícitos penales que menoscaban derechos, no en su condición de trabajador, sino como personas, es decir, el acoso sexual (art. 184) y el alzamiento laboral de bienes (art. 257.2). Y a modo de cierre, rechazan igualmente la inclusión de los delitos contra la seguridad social, aduciendo que su naturaleza defraudatoria los dotaría de autonomía propia³⁸. Frente a dichos autores, se situarían los que, con distintos matices, abogan por un concepto extensivo de Derecho penal del trabajo,

debe precisarse que mientras los dos primeros autores citados optan por una concepción estrictamente individualista del bien jurídico, los otros se decantan por una configuración supraindividual *soft* en que se tutelaría mediatamente al colectivo de los trabajadores — que carecería de autonomía como objeto de protección propio— e inmediatamente los «derechos individuales básicos derivados de la relación laboral».

³⁶ Cfr., CORCOY BIDASOLO, «Delitos laborales...», p. 91, para quien esta caracterización, digamos, pluriofensiva del bien jurídico se erigiría, coherentemente, en un criterio limitador de la protección penal de tal forma que solo estaría legitimada cuando el incumplimiento de las condiciones laborales afectara, conjuntamente, al trabajador o trabajadores en cuestión y «a la libre competencia o el buen funcionamiento del mercado» (p. 92).

³⁷ Cfr., entre otros, BAYLOS GRAU/TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal...*, p. 50; y NAVARRO CARDOSO, *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Ed. Tirant, Valencia, 1998, pp. 22-23, siempre y cuando precisa este último no se defienda una lectura puramente economicista de los derechos de los trabajadores, a su juicio, del todo punto incorrecta.

³⁸ Cfr., entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico...*, pp. 790-791; y MUÑOZ SÁNCHEZ, *El delito de imposición...*, p. 24. También se situaría en la órbita de este sector doctrinal, ORTUBAY FUENTES, *Tutela penal...*, p. 40, pero con un relevante matiz. Si bien manifiesta defender una noción estricta de Derecho penal del trabajo, a diferencia de los anteriores, incluye junto a la tutela de las condiciones laborales individuales y colectivas (al que denomina «Derecho penal sindical»), la defensa del Sistema Público de la Seguridad Social en que se ampararía a los trabajadores ante las situaciones de necesidad generadas por la pérdida del empleo (al que llama «Derecho penal de la Seguridad Social»).

comprendiendo junto a los delitos contra los derechos de los trabajadores, la totalidad o parte de los anteriormente enumerados³⁹.

7. Me adhiero a los argumentos esgrimidos por este minoritario y significado sector. No les falta razón cuando insisten que la relación de trabajo constituye el auténtico catalizador de las conductas contenidas en el Título XV, pero también del resto de delitos expresamente excluidos por la doctrina mayoritaria. Por un lado, la innegable naturaleza defraudatoria-patrimonial de los atentados contra la Seguridad Social, no debería eclipsar el hecho, igualmente constatable, de que el colectivo de los trabajadores es uno de los sostenedores y principal beneficiario de las prestaciones derivadas del sistema y, por ende, las víctimas finales de los incumplimientos empresariales tipificados, originariamente, en el art. 307 CP. Y, por el otro, calificaría de artificial la escisión entre las condiciones de trabajador y persona como fundamento del desplazamiento, por ejemplo, del acoso sexual y, por extensión, del laboral (art. 173.1 párr. 2.º).

8. Efectivamente, como demuestran la realidad empírico-criminológica y judicial, sería la asimetría inherente a la relación laboral la que abonaría la conculcación del derecho a la consideración debida al trabajador que estaría en el epicentro de ambos comportamientos (art. 4.2. e ET)⁴⁰. Basta un breve repaso por la jurisprudencia penal vertida en materia de acoso sexual para corroborar dicha afirmación. Hasta donde alcanzo, en las contadas ocasiones en que el TS se ha pronunciado —y confirmado— la condena impuesta por las Audiencias

³⁹ Dichos autores comparten la adopción de un concepto no restrictivo de Derecho penal del trabajo, pero difieren en cuanto a su concreta «longitud», entre otros, DE VICENTE MARTÍNEZ, *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Ed. Tirant, Valencia, 2008, quien contempla, junto a los ilícitos penales contenidos en el Título XV, la crisis fraudulenta de empresa, los delitos contra la Seguridad Social y los acosos sexual y moral; BAYLOS GRAU/TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal...*, p. 7, quienes a los anteriores suman —incluso— los delitos de desórdenes públicos y el secreto empresarial; CORCOY BIDASOLO, «Delitos laborales...», p. 93, quien lo amplía únicamente al acoso sexual y el alzamiento laboral de bienes; y NAVARRO CARDOSO, *Los delitos contra...*, p. 23, nota 23, quien lo circunscribe al último y a los delitos contra la Seguridad Social.

⁴⁰ Cfr., POMARES CINTAS, *El Derecho penal...*, p. 29, para quien las situaciones en que se vulneran sistemática y manifiestamente los derechos laborales mínimos no deben identificarse exclusivamente con la explotación económico-productiva encaminada a la consecución de un beneficio económico, sino que caben otros supuestos tales como el acoso sexual y laboral, donde dicha conculcación deviene «*un fin en sí mismo*». En la misma línea, se ha pronunciado ACALE SÁNCHEZ, «El concepto poliédrico de acoso en el trabajo en el Código Penal: luces y sombras», RDS (79) 2017, pp. 79, 88 y 91, quien partiendo de la premisa de que ambos comportamientos lesionan las condiciones laborales de la víctima y le impiden desarrollarse como trabajadora, propone, en aras de la seguridad jurídica, su reubicación en el Título XV y la sustitución de la vigente rúbrica por la de «delitos laborales».

Provinciales, tuvieron lugar en el marco de una relación de trabajo y/o profesional siendo, habitualmente, el victimario superior jerárquico de la víctima⁴¹.

Así, por ejemplo, en la STS n.º 1135/2000, 23-06 (RJ. 2000\5789, Pte. Granados Pérez), enjuició el caso de una guarda de seguridad que fue objeto de actos y comentarios de contenido sexual por parte del condenado, vigilante de seguridad y superior jerárquico de la primera, quien tardó más de 6 meses en denunciar los hechos a la empresa «por temor a sufrir represalias del acusado». En la STS n.º 1460/2003, 7-11 (RJ. 2003\7573, Pte. Sánchez Melgar, «Caso Nevenka Fernández») el Alto Tribunal casó parcialmente la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, al rechazar la aplicación del subtipo agravado, argumentando que no existía superioridad jerárquica entre el alcalde acusado y la concejal denunciante⁴². En la STS n.º 349/2012, 26-04 (RJ. 2012\5769, Pte. Varela Castro) enjuició a un comisario del Cuerpo Nacional de Policía que, insistentemente, solicitaba favores de naturaleza sexual a las inspectoras que trabajaban bajo su mando, enfatizando el contexto laboral y la desigualdad de las partes⁴³. En la STS n.º 343/2013, 30-04 (RJ. 2013\8315, Pte. Berdugo y Gómez de la Torre, José Ramón) conoció del acoso consistente en «tocamientos, comentarios humillantes y exigencias sexuales» (FD 3.º), y la posterior doble violación de la empleada, administrativa de la empresa, cometida por su Jefe quien aprovechó «la situación de poder de mando, de ascendencia y de influencia». En la STS n.º 830/2014 (RJ. 2014\6231, Pte. Sánchez Melgar) la primera distribuidora alimenticia del Estado fue declarada responsable civil subsidiaria por infringir sus deberes *in eligendo* e *in vigilando* sobre el coordinador del establecimiento condenado como autor de dos delitos de acoso sexual y otro de agresión sexual. Y, por último, en la STS n.º 721/2015, 22-10 (RJ. 2015\4970, Pte. Conde Pumpido Tourón), el Alto Tribunal describió las notas características de este grave fenómeno socio-laboral, y confirmó la aplicación del concurso ideal entre los delitos de acoso sexual y las lesiones psíquicas dolosas⁴⁴.

⁴¹ Una superioridad que, a decir verdad, únicamente se exigiría en el tipo agravado (art. 184.2), pero no en el básico donde se castigaría el llamado acoso sexual ambiental u horizontal (art. 184.1) que tiene lugar entre iguales.

⁴² A los efectos aquí analizados, dicha resolución es muy relevante porque se ocupa del fundamento del acoso ambiental o entre iguales («mayor riesgo a ser sometidas a tratos de naturaleza sexual por parte de sus potenciales hostigadores»), y se califica de ordinaria la concurrencia de «alguna situación de superioridad (pero que la ley no exige), siendo también posible su consideración típica cuando el acoso sexual se produzca en un cuadro de horizontalidad» (FD 7.º).

⁴³ «La asimetría de la relación entre acusado y víctima se traducía en una indudable superioridad del acusado de la que éste hizo abuso a los fines de favorecer la formulación de sus solicitudes sexuales con pretensión de aceptación por la víctima» (FD 4.º).

⁴⁴ «(...) la continuidad del acoso, su permanencia y reiteración a través de múltiples acciones diferenciadas, verbales e incluso físicas, el ámbito policial y militar en el que se producía, pues la víctima era una joven guardia civil recién ingresada, en la parte inicial de su carrera mientras que el condenado era un guardia muy experimentado, la gravedad y grosería que alcanzaron sus insinuaciones y requerimientos de favores sexuales, etc., (...)» (FD 18.º).

9. En mi opinión, es un tanto contradictorio aseverar que la reunificación de los delitos laborales en el Título XV trajo consigo la consolidación del Derecho penal del trabajo como disciplina propia cuando, acto seguido, se constriñe su alcance al reducido número de preceptos que lo integraban en 1995. El camino es, justamente, el contrario. Su verdadera emancipación del Derecho penal económico pasaría por la asunción de un concepto extensivo que abarque la totalidad de tipos que giran en torno a las relaciones laborales⁴⁵. El denominador común que justificaría su ubicación y tratamiento unitario no sería tanto la naturaleza individual o laboral del derecho como el contexto en que se cometen. Se aglutinarían bajo el mismo techo los delitos contra los derechos de los trabajadores en sentido estricto, así como el resto de ilícitos cometidos con motivo de la relación de trabajo. Siendo precisamente esta mención la que, de *lege ferenda*, daría nombre a la nueva rúbrica en sintonía con el Proyecto de Reforma de Código penal de 1980⁴⁶. Eso sí, a diferencia de éste, no como un mero capítulo entre los delitos contra el orden socio-económico, sino como un Título independiente, evitando de esta forma cualquier atisbo de cosificación y/o mercantilización del trabajo y de quienes lo desarrollan.

⁴⁵ Recientemente TERRADILLOS BASOCO/BOZA MARTÍNEZ, *El derecho penal aplicable a las relaciones laborales*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2017, examinan los delitos contra los derechos de los trabajadores en la Parte II, y dedican la III a «Otros delitos en el ámbito de las relaciones laborales», donde, junto a los delitos contra la Seguridad Social y los acosos sexual y laboral, estudian los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y la trata de seres humanos. No cuestiono, en términos estrictamente académicos, la inclusión de estas dos últimas temáticas en el seno del Derecho penal del trabajo. Ello podría fundamentarse en base a la estrecha vinculación entre el castigo de la ayuda a la inmigración clandestina y la posterior contratación de este vulnerable colectivo en el mercado informal, así como en la constatación de que la explotación laboral constituye una de las finalidades de la trata («La imposición de trabajo o de servicios forzosos, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendacidad» (art. 177 bis a. CP). Pero albergo serias dudas acerca de su ubicación en un hipotético Título destinado a los «delitos con ocasión de la relación laboral». Si bien tengo la certeza de que las conductas previstas en el art. 318 bis carecen de la mínima lesividad necesarias para legitimar la intervención penal, la ayuda a la inmigración clandestina voluntaria constituiría un estadio previo al —hipotético— menoscabo posterior de los derechos laborales también reconocidos a los trabajadores extranjeros irregulares. Por su parte, la incuestionable antijuricidad material de esta modalidad de trata reside en que la captación, traslado o acogida de la víctima se produce contra su voluntad («empleando violencia, intimidación») o con un consentimiento viciado («o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima», art. 177 bis 1 CP), y tiene por finalidad la prestación de un trabajo, servicio o actividad igualmente impuestos. No se castigaría su efectivo sometimiento a unas perjudiciales condiciones de trabajo (art. 311.1.º CP), sino la negación misma de su condición de persona. Ciertamente, la víctima de trata con fines de explotación laboral, primero, es degradada a la consideración de mera mercancía con la que se comercializa. Y, una vez cosificada, deviene una futura fuente de ingresos mediante su conversión en un esclavo o asimilado que, por definición, constituye la antítesis del concepto de trabajador. Y sería justamente esta dual lesión de la dignidad y de la libertad la que justificaría, con creces, la mayor penalidad de este ilícito con respecto al previsto en el art. 311.1.º CP.

⁴⁶ Cfr., PÉREZ MANZANO, *RL* (1) 1997, p. 272.

4. A modo de cierre

1. En conclusión, la vertiente socio-económica cumpliría un papel meramente complementario tanto en la fundamentación del bien jurídico-penalmente protegido en los delitos contra los derechos de los trabajadores como en la conceptualización y el contenido del Derecho penal laboral. Lo cual explicaría mi desacuerdo con las LLO 7/2012 y 1/2015, donde se invirtieron los términos. Es decir, se priorizó la utilización del Derecho penal como mecanismo de lucha contra la competencia desleal y la inmigración clandestina en detrimento de su primigenia función en tanto reforzamiento de un colectivo cuyas limitaciones en la contratación lo sitúan en un plano de inferioridad material. Una opción político-criminal que contribuyó a la desnaturalización de los delitos contra los derechos de los trabajadores, y a la mutación del Derecho penal del trabajo en España⁴⁷.

2. En efecto, con el pretexto de la crisis económico-financiera, se removieron los pilares de las relaciones laborales, vaciando parcialmente de contenido algunos de los derechos, hasta la fecha, reconocidos a los trabajadores, y —cual acordeón— empuqueñeciendo la negociación colectiva y ensanchando el poder de dirección del empresario. Una operación que se culminó con la inestimable *colaboración* de la máxima expresión del *ius puniendi* proyectada, en esta ocasión, en la defensa por el Derecho penal laboral de unos intereses ajenos —si no— contrarios a su genuina razón de ser. A tal fin se convirtieron en delito meras infracciones administrativo-laborales carentes de antijuricidad material suficiente para soportar un castigo —tan— limitador de derechos fundamentales. Y lejos de velar por la construcción de una política criminal racional, el Derecho penal se puso al servicio de la coyuntural política económica, forzando, una vez más, sus frágiles costuras.

Bibliografía citada

- ACALE SÁNCHEZ, «El concepto poliédrico de acoso en el trabajo en el Código Penal: luces y sombras», *RDS* (79) 2017, pp. 63-92.
- ARROYO ZAPATERO, *Manual de derecho penal del trabajo*, Ed. Praxis, Barcelona, 1988.

⁴⁷ En parecidos términos se han expresado, BENÍTEZ ORTÚZAR, «A propósito...», pp. 1038-1039 y 1042-1043; DOLZ LAGO, «¿Existió alguna vez un verdadero Derecho penal del trabajo?», en DE LA CUESTA AGUADO *et alt.*, (coords.), *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Ed. Tirant, Valencia, 2018, pp. 964 y 973; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico...*, p. 809; POMARES CINTAS, «La revisión...», pp. 633-635; y TRAPERO BARREALES, *CPC* (114) 2014, pp. 19-37.

- BAYLOS GRAU/TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal del trabajo*, (2.^a ed.), Ed. Trotta, Madrid, 1997.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, «A propósito de los nuevos artículos 311.2 CP y 311 bis CP. ¿Delitos contra los derechos de los trabajadores», en De la Cuesta Aguado *et alt.*, (coords.), *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Ed. Tirant, Valencia, 2018, pp. 1033-1047.
- CORCOY BIDASOLO, «Delitos laborales. Ámbito y eficacia de la protección penal de los derechos de los trabajadores», en Conde-Pumpido Tourón, (dir.), *Derecho penal económico*, CDJ, Madrid, II-2003, pp. 87-128.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Ed. Tirant, Valencia, 2008.
- DOLZ LAGO, «¿Existió alguna vez un verdadero Derecho penal del trabajo?», en De la Cuesta Aguado *et alt.*, (coords.), *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Ed. Tirant, Valencia, 2018, pp. 963-975.
- FARALDO CABANA, CRISTINA, «Emplear a ciudadanos extranjeros o menores sin permiso de trabajo: ¿Un nuevo delito contra los derechos de los trabajadores?», *RDS* (78) 2017, pp. 127-138.
- HAVA GARCÍA, «Delito social: Contrato de esclavo», *RDS* (6) 1999, pp. 213-220.
- HORTAL IBARRA, «Título XV. De los Delitos contra los derechos de los trabajadores», en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG, (dirs.)/VERA SÁNCHEZ, (coord.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Ed. Tirant, Valencia, 2015, pp. 1096-1128.
- «Crisis financiera, delincuencia de cuello blanco y respuesta penal: una aproximación criminológica y político-criminal», en Puente Aba, (ed.), *Economía y Derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española*, Ed. Universidade da Coruña, A Coruña, 2015, pp. 149-223.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Ed. Civitas, Madrid, 1994.
- «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en Bajo Fernández, (dir.), *Compendio de Derecho penal, Parte Especial*, Vol. II, Ed. Ceura, Madrid, 1998.
- «Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta», *ADPCP* (Vol. LVII) 2004, pp. 19-52.
- «La prevención del delito contra la seguridad de los trabajadores», en Nieto Martín, (dir.), *Manual de cumplimiento en la empresa*, Ed. Tirant, Valencia, 2015, pp. 494-526.

- «Los delitos contra los derechos de los trabajadores en el Derecho español», en Muñoz Segura/Posada Maya, (coords.), *Derecho penal del trabajo: una mirada de doble vía*, Bogotá, Ed. Uniandes, 2017, pp. 311-355.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 5.^a ed, Valencia, 2015.
- MUÑOZ SANCHEZ, *El delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo del art. 311 del Código Penal en el marco del derecho penal del trabajo*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- NAVARRO CARDOSO, *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, ED. Tirant, Valencia, 1998.
- «El delito de contratación ilegal del art. 311 bis CP: un nuevo despropósito, y un viejo vicio, legislativo», en DE LA CUESTA AGUADO *et alt.*, (coords.), *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Ed. Tirant, Valencia, 2018, pp. 1049-1063.
- NIETO MARTÍN, «El plan de prevención de riesgos laborales como programa de cumplimiento (a la vez una reflexión sobre la responsabilidad por imprudencia de las personas jurídicas)», en Arroyo Jiménez/Nieto Martín, (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, (2.^a ed.), Ed. Lex Nova, Valladolid, 2015, pp. 341-367.
- ORTUBAY FUENTES, *Tutela penal de las condiciones laborales. Un estudio del artículo 311 del Código Penal*, Ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000.
- PÉREZ MANZANO, «Delitos contra los derechos de los trabajadores», *RL* (1) 1997, pp. 270-307.
- POMARES CINTAS, *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Ed. Tirant, Valencia, 2013.
- «La revisión de los delitos contra los derechos de los trabajadores según la reforma de 2015», en Quintero Olivares, (dir.), *Comentario a la reforma penal del 2015*, Ed. Tirant, Valencia, 2015, pp. 633-642.
- RAMÓN RIBAS, «Delitos contra los derechos de los trabajadores: ¿responsabilidad penal de la empresa?», en De la Cuesta Aguado *et alt.*, (coords.), *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Ed. Tirant, Valencia, 2018, pp. 991-1002.
- TERRADILLOS BASOCO/BOZA MARTÍNEZ, *El derecho penal aplicable a las relaciones laborales*, ED. Bomarzo, Albacete, 2017.
- TRAPERO BARREALES, «La transformación del derecho penal laboral: de protector de los derechos de los trabajadores a garante de la competencia empresarial y de las políticas migratorias», *CPC* (114) 2014, pp. 5-44.

