

DERECHO PENAL

¿IMPONER O MANTENER? CONSIDERACIONES EN TORNO AL NUEVO DELITO DE IMPOSICIÓN O MANTENIMIENTO DE CONDICIONES ILEGALES MEDIANTE FÓRMULAS AJENAS AL CONTRATO DE TRABAJO¹

Pau Alabau Pereiro

Investigador Predoctoral FPU del Área de Derecho penal
Universitat Pompeu Fabra

***Title:** To impose or to maintain? Thoughts on the new crime of imposing or maintaining illegal conditions through means outside the employment contract.*

Resumen: Entre la multitud de reformas penales que han visto la luz a lo largo de 2022, la introducción de un nuevo delito contra los derechos de los trabajadores puede haber pasado inadvertida. El nuevo artículo 311.2º CP, bautizado como delito de imposición o mantenimiento de condiciones ilegales mediante fórmulas ajenas al contrato de trabajo, presenta no pocos interrogantes a la luz del principio de intervención mínima y ofrece una enrevesada y deficiente redacción que anticipa serias dificultades en su aplicación judicial. Ante esta situación, el presente trabajo pretende, desde una perspectiva crítica, plantear los aspectos controvertidos de dicha figura para, a continuación, ofrecer una serie de criterios interpretativos que permitan alcanzar una solución dogmática-

¹ El presente trabajo se enmarca en el proyecto PID2020-115863GB-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. El contenido del artículo se corresponde con la ponencia que tuvo lugar en el seno del Seminario del Grupo de Investigación en Derecho Penal Económico-Empresarial de la Universitat Pompeu Fabra. Quisiera agradecer efusivamente a sus integrantes (con especial mención a los profesores Ramon Ragués, Beatriz Goena y Jordi Miró) los valiosos comentarios y críticas efectuadas, que han contribuido a enriquecer sustancialmente lo desarrollado en las próximas líneas. También debo dar las gracias a los evaluadores anónimos de la revista, quienes con su concienzuda revisión y exhaustivos comentarios han puesto de relieve algunos aspectos del texto que empañaban el resultado de la investigación.

mente coherente y político-criminalmente respetuosa con los principios irrenunciables que rigen en nuestro Derecho penal.

Palabras clave: principio de intervención mínima; condiciones ilegales; trabajadores; delito de peligro; explotación laboral.

Abstract: *Among the several penal reforms that have come to light throughout 2022, the introduction of a new crime against the rights of workers may have gone unnoticed. The new article 311.2 of the Spanish Criminal Code, named as the offense of imposing or maintaining illegal conditions through means outside the employment contract, raises a relevant number of inquiries in light of the minimal intervention principle. Furthermore, its convoluted and deficient phrasing foreshadows sensitive issues regarding its judicial implementation. Considering the abovementioned, this paper endeavours, from a critical perspective, to discuss the controversial topics surrounding this legal provision and to offer a set of interpretative criteria to reach a solution that is dogmatically coherent and poses crime policy consequences that are mindful of the fundamental principles intertwined with our Criminal Law.*

Keywords: *minimal intervention principle; illegal conditions; workers; crimes of Endangerment; labour exploitation.*

Sumario: 1. Introducción. – 2. Origen de la reforma. – 3. El nuevo art. 311.2º CP y su relación con el principio de intervención mínima del Derecho penal. – 4. Interrogantes que suscita el precepto. – 4.1. El bien jurídico protegido. – 4.2. Sujeto activo. – 4.3. Sujeto pasivo. – 4.4. Consentimiento del trabajador. – 5. Las conductas típicas. – 5.1. Imposición de condiciones ilegales mediante la contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo. – 5.2. Mantenimiento de condiciones ilegales en contra de requerimiento o sanción administrativa. – 6. Conclusión. – 7. Bibliografía.

1. Introducción

La reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, ha incorporado un nuevo delito contra los derechos de los trabajadores que, por la celeridad de su tramitación y la escasa reflexión en su tipificación —característica que no es exclusiva de esta última reforma²—, presenta una redacción que puede generar problemas

² El tipo penal analizado fue introducido por vía de enmienda al articulado, sin haber sido objeto de comentario o justificación a lo largo de las sesiones en las que se debatió sobre la reforma del Código Penal que debía operarse mediante la hoy vigente Ley Orgánica 14/2022. Situación similar a la denunciada, en relación con el art. 314 CP, por Pomares Cintas, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 155. En relación con la introducción del art. 311 bis CP, en idénticos términos se pronuncia Navarro Cardoso, F., «El delito de contratación ilegal del art. 311 bis CP: un nuevo despropósito, y un viejo vicio, legislativo»,

interpretativos y colisionar con algunos de los principios limitadores del *ius puniendi*.

A partir de la citada reforma, que entró en vigor el pasado 12 de enero de 2023, el artículo 311 CP ha incorporado una nueva figura delictiva en su ordinal segundo, pasando las conductas descritas en los números dos a cuatro a estar tipificadas en los números tres a cinco. El nuevo tipo penal, que parece redactado *ad hoc* para perseguir y castigar a determinadas sociedades mercantiles que operan en el mercado como plataformas digitales de reparto o distribución de productos, dice así:

«Artículo 311

Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses: (...)

2.º Los que impongan condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa».

El presente trabajo se iniciará con una breve exposición sobre los antecedentes que han conducido a la aparición de este nuevo delito en el Título correspondiente a los delitos contra los derechos de los trabajadores (2). A continuación, se analizará el art. 311.2º CP a la luz del principio de intervención mínima del Derecho penal y se presentará la problemática que plantea su delimitación con algunas infracciones administrativas (3). Más adelante, se ofrecerá una breve panorámica de los interrogantes que genera el precepto (4) y de las conductas típicas descritas en éste (5), para finalizar con un apartado en el que se resumirán las principales conclusiones obtenidas (6).

2. Origen de la reforma

La causa de esta reforma legislativa puede encontrarse en la explosión experimentada en el campo de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y, más concretamente, en la generalización del uso de datos agregados y la estructuración algorítmica de las relaciones laborales, que permiten la reducción de costes empresariales y una ordenación de los recursos humanos más eficiente.

En este contexto, en la década de 2010 se produjo un auge de las plataformas digitales de trabajo localizado —como Uber, Glovo o Deliveroo—, que actúan mediante sus aplicaciones epónimas como intermediarios para la prestación de servicios de transporte o de reparto de productos y mercancías, fundamentalmente.

en De La Cuesta Aguado, P. M. *et al.* (Dirs.), *Liber Amicorum: Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M.ª Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1049-1051.

La organización de los recursos humanos de este tipo de plataformas opera del siguiente modo: el empresario actúa como intermediario entre el usuario final (el cliente) y la persona que realiza la prestación (denominados «colaboradores»), y asigna mediante una fórmula algorítmica los pedidos a cada uno de los «colaboradores». La asignación automática a través del algoritmo selecciona al colaborador que se encuentra en mejor disposición de realizar la tarea de entre todos los posibles, con tal de minimizar la suma de costes.

A pesar de los numerosos beneficios productivos que la introducción de dichas herramientas comporta en términos de reducción de costes, se ha alertado de la posibilidad de que dichas estructuras empresariales oculten una auténtica relación laboral³, así como del impacto que la ordenación algorítmica de las tareas y del tiempo de trabajo tiene en el bienestar de los mencionados «colaboradores». A este respecto, la Organización Internacional del Trabajo denuncia que los algoritmos usados para emparejar a trabajadores y clientes mediante la geolocalización y el sistema de puntuación empleado limitan la flexibilidad y autonomía de los trabajadores⁴.

En este sentido, las referidas plataformas digitales, que han ido adquiriendo protagonismo en la denominada *gig economy*, también han suscitado controversias en nuestro entorno próximo, tanto en lo referido a la naturaleza de los servicios que prestan⁵ como a la posibilidad de identificar una relación laboral respecto a las personas que prestan servicios en su seno⁶. De hecho, la relevancia cuantitativa de la «incorrecta clasificación de los trabajadores» ha llegado hasta el punto de atraer la atención del legislador comunitario, alcanzando El Consejo de la Unión Europea y el Parlamento Europeo el pasado 8 de febrero de 2024 un acuerdo en relación con la *Propuesta de Directiva relativa a la mejora de*

³ El Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de julio de 2018, por el que se aprobó el *Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020*, incluía como manifestación de la precarización del mercado laboral español la existencia de los «falsos autónomos», figura que «en los nuevos negocios creados a través de plataformas digitales es significativa» y que, pese a «difuminar ciertas notas de la relación laboral ello no impide su calificación como tal».

⁴ Organización Internacional Del Trabajo, *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo 2021: El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo*, 2021, p. 205.

⁵ La STJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-434/15 (ECLI:EU:C:2017:981), determina que los servicios prestados por Uber no pueden calificarse como «servicios de la sociedad de información», sino como verdaderos servicios de transporte.

⁶ Cfr., sin ánimo de exhaustividad, la Sentencia de la Corte Suprema del Reino Unido de 19 de febrero de 2021, asunto *Uber BV and others v Aslam and others* y la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte de Apelación de Amsterdam de 21 de diciembre de 2021. Ambas resoluciones reconocen la laboralidad de las personas trabajadoras al servicio de Uber y Deliveroo, respectivamente.

las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales⁷. Entre otras medidas, el texto normativo, aún provisional mientras se escriben estas líneas, introduce en su artículo 5 una presunción *iuris tantum* de laboralidad aplicable en las relaciones entre una plataforma digital y la persona que le presta servicios⁸. Esta preocupación, asimismo, se enmarca en un contexto internacional en el que el debate en torno a las condiciones mínimas de trabajo ha evolucionado específicamente hacia la necesidad de poner en el foco de atención el «trabajo decente» como herramienta fundamental de toda política social y económica⁹.

En nuestro ordenamiento jurídico, el interés por este fenómeno¹⁰ se evidenció a partir de los intentos de protección de las personas que prestaban sus servicios a las referidas plataformas que, como no podía ser de otra forma, se articularon en primera instancia desde el ordenamiento laboral. Por un lado, desde la perspectiva de la normativa sancionadora, el Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, vino a reformar el artículo 22 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social (en adelante, LISOS) para tipificar en el inciso 16 una nueva infracción administrativa grave aplicable a nuevos supuestos que no podían subsumirse en el art. 22.2 LISOS¹¹. De esta forma, no se sancionaban únicamente

⁷ El Resumen Ejecutivo del Informe de Evaluación de Impacto elaborado por la Comisión Europea, que acompaña a la referida Propuesta de Directiva, estima que, de los 28 millones de trabajadores por cuenta ajena que prestan sus servicios en plataformas digitales, 5,5 millones están incorrectamente clasificados como trabajadores por cuenta propia.

⁸ No obstante, el propio art. 5.3 II excluye expresamente el efecto de dicha presunción en el ámbito penal.

⁹ Son manifestaciones representativas de dicha evolución las Resoluciones de la Organización Internacional del Trabajo de 10 de junio de 2008 y de 9 de junio de 2016, principales exponentes de la Agenda de Trabajo Decente del citado organismo. Las anteriores consideraciones fueron recogidas en la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 25 de septiembre de 2015, en la que se aprobó la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, cuyo Objetivo 8 reza: «Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el *trabajo decente* para todos» (la cursiva es propia).

¹⁰ Según las declaraciones del presidente de la Federación Nacional de Asociaciones de Trabajadores Autónomos (ATA) en enero de 2018, el número de «falsos autónomos» en España ascendía a 100.000 personas, mientras que la Unión de Asociaciones de Trabajadores Autónomos y Emprendedores (UATAE) lo cifraba en 210.000. Las referencias pueden encontrarse en prensa (disponible, entre otros, en: <https://www.elcorreo.com/economia/nuevo-decreto-sacar-20180804221011-nt.html> [última consulta el 12 de marzo de 2023]).

¹¹ Los arts. 22.2 y 22.16 LISOS rezan: «Se consideran infracciones graves las siguientes: (...) 2. No solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio, o solicitar la misma, como consecuencia de actuación inspectora, fuera del plazo establecido. A estos efectos se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectados. (...) 16. Comunicar la baja en un régimen de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena pese a que continúen la misma actividad laboral o mantengan idéntica prestación de servicios, sirviéndose de un alta indebida en un régimen de trabajadores por cuenta propia. A estos efectos se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectados».

los supuestos en los que, desde el principio, faltaba la afiliación o alta en la Seguridad Social del empleado como trabajador por cuenta ajena (art. 22.2 LISOS), sino también aquellos casos —muy frecuentes en la práctica— en los que el empresario solicitaba al trabajador en cierto momento de la relación laboral su alta como trabajador por cuenta propia, pese a seguir desempeñando las mismas funciones (art. 22.16 LISOS).

Del mismo modo, la jurisprudencia de los tribunales del orden social ha ido perfilando los contornos de la figura del trabajador por cuenta ajena y ha tratado de delimitarlo de los difusos límites que presenta en el ámbito de las plataformas digitales frente al trabajador por cuenta propia. La sentencia más renombrada es sin duda la STS 805/2020, Social (Pleno), de 25 de septiembre, (ECLI:ES:TS:2020:2924), primera resolución en la que nuestro Alto Tribunal se pronunció sobre la materia, al resolver un recurso de casación interpuesto por un repartidor de la sociedad mercantil Glovo contra las decisiones que, tanto en primera como en segunda instancia, desestimaron las demandas formuladas contra la empresa.

En el mentado pronunciamiento, el Tribunal Supremo advirtió de entrada la falta de nitidez en la delimitación entre el contrato de trabajo y fórmulas análogas, reconociendo que la materia se rige por el «más puro casuismo». En consecuencia, se analizaron las circunstancias concurrentes en el caso estudiado, extrayéndose de ellas los indicios que acreditaban la existencia de una relación laboral: (i) el demandante disponía de unos medios materiales irrelevantes (una motocicleta y un teléfono móvil) en comparación con la propia estructura de la plataforma digital; (ii) Glovo era quien recibía el pago de los usuarios finales, redundando en su propio beneficio; (iii) era también la empresa quien fijaba los precios, la forma de pago y la remuneración de los repartidores; y (iv) el sistema de puntuación establecido condicionaba la libertad de elección de horarios de los repartidores.

Con base en ello, el Alto Tribunal declaró que concurrían las notas de voluntariedad, retribución, ajenidad y dependencia características del contrato de trabajo. Posteriormente, otras resoluciones del mismo órgano jurisdiccional¹² y de tribunales inferiores¹³ han mantenido dicha línea interpretativa.

¹² Cfr., en este sentido, ATS, Social, de 15 de junio de 2022, (ECLI:ES:TS:2022:10076A); ATS, Social, de 19 de julio de 2022, (ECLI:ES:TS:2022:12041A), que inadmiten los recursos de casación interpuestos contra sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que declaraban la existencia de una relación laboral entre los demandantes y Deliveroo o Glovo, respectivamente.

¹³ Ejemplificativamente, STSJ Aragón, Sala de lo Social, de 29 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TSJAR:2021:149); STSJ Aragón, Sala de lo Social, de 19 de septiembre de 2022 (ECLI:ES:TSJAR:2022:1150).

Esta corriente jurisprudencial fue reforzada legislativamente por medio de la Ley 12/2021, de 28 de septiembre —conocida popularmente como «Ley Rider»—, que introdujo la presunción de laboralidad de la actividad de personas que, en el marco de la gestión algorítmica desarrollada por las plataformas digitales, prestan servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de productos o mercancías¹⁴.

No obstante todo lo anterior, algunas organizaciones denuncian que el fenómeno de los «falsos autónomos» —esto es, trabajadores por cuenta ajena que son fraudulentamente clasificados como trabajadores por cuenta propia— sigue en auge¹⁵.

Esto último manifiesta, a juicio del legislador, la ineffectividad del ordenamiento laboral y administrativo sancionador para prevenir dichas conductas fraudulentas indeseadas¹⁶. La alegada ineficacia ha conllevado que, en consecuencia, se haya estimado adecuado tipificar en el nuevo art. 311.2º CP las conductas relacionadas con este fenómeno que, por los medios empleados o por su contumacia, son consideradas gravemente atentatorias contra los derechos de los trabajadores.

3. El nuevo art. 311.2º CP y su relación con el principio de intervención mínima del Derecho penal

Tradicionalmente, se han asociado las distintas conductas típicas contenidas en el art. 311 CP con la protección de los trabajadores fren-

¹⁴ La Ley 12/2021, de 28 de septiembre, introduce una Disposición Adicional 23ª en el Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) con este contenido: «Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital. Esta presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 de la presente norma».

¹⁵ En una nota de prensa de 26 de enero de 2023, basándose en los datos obtenidos de la Encuesta de Población Activa del cuarto trimestre de 2022 publicados por el Instituto Nacional de Estadística, la UATAE advierte de la existencia de más de 240.000 trabajadores que pueden ser considerados «falsos autónomos» en España (disponible en: <https://uatae.org/el-empleo-autonomo-desciende-debido-a-la-incertidumbre-de-la-situacion-economica-derivada-del-conflicto-belico-y-los-falsos-autonomos/> [última consulta el 13 marzo de 2023]).

¹⁶ El apartado V del Preámbulo de la Ley Orgánica 14/2022 así lo recoge: «El conjunto de instrumentos de tutela de la relación de trabajo reposa en el ordenamiento jurídico laboral, que garantiza la eficacia de sus preceptos mediante las instituciones, administrativas y judiciales, que permiten asegurar la vigencia de las normas y de las decisiones judiciales. No obstante, cuando los medios preventivos y sancionadores con que cuenta el ordenamiento laboral ceden ante nuevas formas de criminalidad grave, es inevitable el recurso, como última ratio, al Derecho penal» (el subrayado es propio).

te a las distintas manifestaciones de la explotación, en su vertiente de explotación laboral. Dicho concepto ha sido definido por algún sector doctrinal como el aprovechamiento de la vulnerabilidad del trabajador para la obtención de un rédito económico mediante el atropello de sus derechos socio-laborales¹⁷.

Desde una lógica del principio del daño, y desde un análisis supra-positivo, sólo algunos autores como Peralta se han cuestionado la legitimidad de la criminalización de la explotación, por cuanto la conducta explotadora no produciría un resultado de daño material —puesto que no se afecta negativamente la prospectiva de vida de la supuesta víctima, sino que, de hecho, ésta se ve mejorada— ni un daño moral —ya que no pueda afirmarse que se elimine la autonomía de la víctima, sino que, al contrario, es la prohibición estatal la que lo hace al desoír su voluntad—. De esta forma, la represión de la explotación únicamente estaría justificada como herramienta para revertir el desequilibrio entre explotador y explotado. No obstante, y pese a su conveniencia en términos de utilidad social, soslayar el principio según el cual únicamente pueden criminalizarse las conductas dañinas en sí mismas tiñe dicha represión, a juicio de este autor, de un sabor moralista. En consecuencia, la legitimidad de dicho castigo, en su opinión, quizá debería buscarse en la violación de un deber positivo de auxilio para con el sujeto vulnerable¹⁸.

Pese a que la respuesta al interrogante precedente excede del objeto del presente trabajo, la cuestión que se plantea acerca de la conveniencia de criminalizar ciertas conductas puede reconducirse al nuevo tipo penal del art. 311.2º CP, a partir de un análisis a la luz de los principios limitadores del *ius puniendi* que deben regir en un Estado social y democrático de Derecho.

La existencia de delitos de peligro como el estudiado en este trabajo no es novedosa en nuestro ordenamiento jurídico, pues puede advertirse desde hace años su presencia en distintos sectores, como el tráfico rodado, la salud pública y el medio ambiente, entre muchos otros¹⁹. Asimismo, el interés del legislador por dicha figura ha propiciado su proliferación, con especial intensidad en las últimas reformas penales, en el Derecho penal económico²⁰.

¹⁷ Citando jurisprudencia al respecto, Pomares Cintas, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, op. cit., p. 57.

¹⁸ Peralta, J. M., «La explotación de una necesidad: una discusión filosófica sobre su ilicitud penal», en *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Vol. XVI, 2015, pp. 488 ss.

¹⁹ Rodríguez Montañés, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid/Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, pp. 3-5.

²⁰ Kubiciel, M., «Libertad, instituciones, delitos de peligro abstracto: ¿Un nuevo prototipo del Derecho penal económico?», en *InDret*, Vol. 3, 2017, pp. 2, 4-7, aprecia que pueden encontrarse las causas de esta ampliación en las dificultades probatorias de los

Así, a pesar de ciertas reticencias dogmáticas dirigidas hacia tales clases de delitos, esencialmente en relación con los delitos de peligro abstracto²¹, la inseguridad —real o percibida— relativa a estos específicos sectores de actividad ha conllevado una demanda de mayor tipificación de delitos de peligro, siendo éste un elemento más del fenómeno de la expansión del Derecho penal²².

Dicha tendencia ha recibido severas objeciones por parte de un importante sector doctrinal, que estima que vulnera el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, puesto que tales delitos de peligro suponen una anticipación de las barreras penales que protege únicamente de forma muy lejana una eventual afectación al individuo²³.

No obstante, otros autores, a partir de la superación de la teoría de la protección del bien jurídico²⁴, abogan por la legitimidad de los delitos de peligro abstracto como instrumento idóneo para la protección de normas primarias de dirección económica. Así, según esta posición doctrinal, esta clase de delitos se erige como estandarte de defensa de las instituciones básicas en una sociedad democrática, a partir de la protección de las normas indispensables para el correcto funcionamiento de éstas, por lo que su expansión en el Derecho penal económico estaría justificada²⁵.

Esta opinión se ha visto reforzada por la tendencia anteriormente mencionada, en la que se inserta también la creación del nuevo delito de imposición o mantenimiento de condiciones ilegales. En efecto, el incremento del número de delitos de peligro, en los que el objeto de protección es difuso, ha evidenciado la crisis del principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos, dado que ya no puede afirmarse que todas las normas jurídico-penales legítimas protejan dichas realidades²⁶.

delitos de resultado lesivo, la influencia del «Derecho penal europeo» y el aumento de normas primarias de dirección económica.

²¹ En España, Torío López, Á., «Los delitos del peligro hipotético», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 34, No. 2-3, 1981, pp. 825-847, únicamente excluye de la crítica relativa a los problemas de legitimidad de los delitos de peligro abstracto a los delitos de peligro hipotético, entendidos como categoría intermedia entre los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro concreto.

²² Silva Sánchez, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., Edisofer, Madrid, 2011, pp. 45-46.

²³ Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., B de F, Buenos Aires, 2010, pp. 462-464, recogiendo esta crítica.

²⁴ Kubiciel, M., «Derecho penal económico indispensable, delitos prescindibles», en *La Ley compliance penal*, Vol. 5, 2021, p. 7.

²⁵ *Ibidem*, pp. 3, 6; Kubiciel, M., «Libertad, instituciones, delitos de peligro abstracto: ¿Un nuevo prototipo del Derecho penal económico?», op. cit., pp. 7-11, estima que sólo mediante éstos puede garantizarse la libertad como posibilidad real del propio desarrollo personal.

²⁶ Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., pp. 501-504.

Estos procesos de incriminación conducen, por tanto, a una «administrativización» del Derecho penal. En este contexto, éste se constituye como un mero instrumento de gestión de riesgos cumulativamente significativos —esto es, cuya relevancia proviene de la repetición masiva de tales conductas—, en lugar de orientarse a la represión de conductas que, individualmente consideradas, son lesivas para un determinado bien jurídico.

La discusión en torno a la falta de antijuridicidad material y de legitimidad, predicada respecto a distintos tipos penales que conforman el Derecho penal económico, puede extenderse también al delito contenido en el nuevo art. 311.2º CP pues, como se verá *infra* apartado 4.1, resulta complejo extraer cuál es el objeto de protección que el legislador ha pretendido incorporar.

Más allá de la postura que se adopte respecto a este extremo, sin embargo, es esencial identificar un especial desvalor en las conductas típicas del art. 311.2º CP que justifique la intervención penal y permita su deslinde respecto a la infracción administrativa. El punto de partida previo para dicho análisis se encuentra en las infracciones contenidas en la precitada LISOS. Asumiendo la práctica identidad entre la conducta que fundamenta la sanción administrativa en dicho texto legal y la sanción penal contenida en el art. 311.2º CP, debe procederse a la ardua tarea de espigar el especial desvalor de la conducta reprochada penalmente.

La trascendencia del referido proceso de deslinde trae causa de la preeminencia del ordenamiento penal frente al administrativo sancionador en supuestos de concurrencia de dualidad sancionadora en el mismo supuesto de hecho. Frente a esta situación, si no se distingue un plus de lesividad en relación con la conducta sancionada penalmente, la normativa laboral puede sufrir una derogación *de facto* al ser inaplicable en este caso, bajo riesgo de vulnerar el principio *non bis in idem* en caso contrario²⁷.

En lo que aquí respecta, dicha preeminencia se encuentra recogida en el artículo 3 LISOS, que prohíbe sancionar aquellos hechos que ya hayan sido objeto de sanción penal o administrativa, siempre que concurra «identidad de sujeto, de hecho y de fundamento». En nuestro caso, merece la pena detenerse en la primera de ellas pues, como se profundizará a continuación, el legislador no ha aprovechado mediante la reforma operada por la Ley Orgánica 14/2022 la oportunidad de incluir los delitos contra los derechos de los trabajadores dentro del catálogo de aquéllos que generan responsabilidad penal de las personas jurídicas.

²⁷ Fuentes Osorio, J. L., «¿El legislador penal conoce la normativa sancionadora laboral?», en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 36, 2016, pp. 556-566.

Lo anterior trae como resultado no sólo una distorsión del régimen aplicable a las personas jurídicas en este tipo de delitos —que sí estarían sujetas a las medidas accesorias del art. 129 CP, por remisión a éste del art. 318 CP²⁸—, sino que también puede tener efectos perversos al admitir la posibilidad de un sistema sancionador dual. En efecto, cuando los hechos que fundamenten la sanción administrativa hayan sido ejecutados por un empresario que tenga la condición de persona jurídica, nunca concurrirá identidad de sujeto respecto a la sanción penal que, *ex art.* 318 CP, no puede imponerse a dichas entidades. La descoordinación entre el orden penal y el administrativo sancionador a este respecto conllevará la posibilidad de imponer una sanción con base en la LISOS al empresario persona jurídica y, simultáneamente —si concurren todos los requisitos—, condenar penalmente por los mismos hechos a su administrador o encargado del servicio correspondiente en virtud del art. 318 CP, sin vulnerar el principio *non bis in idem*²⁹.

²⁸ La doctrina es prácticamente unánime al señalar que, desde la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, las medidas contenidas en el art. 129 CP serían aplicables, conforme a la literalidad del precepto, únicamente a entidades sin personalidad jurídica. En este sentido, por todos, Dopico Gómez-Aller, J., «Tema 4. Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en De La Mata, N. *et al.* (Dir.), *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 166-167; Goena Vives, B., «Tema 7. Las sanciones y otras consecuencias jurídicas», en Silva Sánchez (Dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte General y Especial*, 2ª ed., Atelier, Barcelona, 2023, pp. 240-241; Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 765. Por tanto, este sector doctrinal mayoritario, del que es exponente Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa Parte Especial*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 1093, señala que, por mucho que el art. 318 CP *in fine* remita a las medidas accesorias del art. 129 CP para el caso de que los hechos fueran atribuidos a personas jurídicas, dicho precepto es de imposible aplicación. No obstante, otro sector doctrinal sigue una interpretación literal del art. 318 CP y esgrime que la remisión no es a los *presupuestos materiales* del art. 129 CP, sino al mero *catálogo de medidas* a imponer recogido en éste, por lo que las consecuencias accesorias descritas en este último serían aplicables a personas jurídicas a las que fueran atribuibles hechos tipificados como delitos contra los derechos de los trabajadores (Palomo Del Arco, A., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en Camacho Vizcaíno, A. [Dir.], *Tratado de Derecho Penal Económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 1756; De Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 76-77). Dado que decantarse fundadamente por una u otra posición excedería del alcance del presente artículo, debe advertirse que las críticas que se efectuarán a lo largo del texto respecto a la posible aplicación del art. 129 CP a personas jurídicas no presuponen la asunción de una determinada posición doctrinal, sino que parten de lo que, en la práctica, sucede. Así, sin perjuicio de que el Tribunal Supremo no haya argumentado expresamente los fundamentos que permiten aplicar las medidas del art. 129 CP a personas jurídicas en el ámbito de los delitos contra los derechos de los trabajadores, lo cierto es que el Alto Tribunal ha venido pronunciándose recientemente, de forma reiterada, a favor de imponer dichas consecuencias accesorias a personas jurídicas en esta tipología de delitos; *vid.*, en este sentido, STS 162/2019, Penal, de 26 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:1007) y la más reciente STS 792/2022, Penal, de 29 de septiembre (ECLI:ES:TS:2022:3488).

²⁹ En este sentido se pronuncia la STS 469/2020, Social (Pleno), de 18 de junio (ECLI:ES:TS:2020:2632): «Razona el TC que no es posible apreciar la triple identidad

La discusión acerca de la delimitación entre el área de intervención del ordenamiento administrativo sancionador y la del ordenamiento penal nos brinda un último interrogante: ¿realmente era necesaria la creación del tipo penal contenido en el nuevo art. 311.2º CP?

Algún autor ha celebrado su inclusión alegando que el *modus operandi* de ciertos empresarios facilita ataques de especial gravedad que atentan contra el núcleo de los derechos de los trabajadores, y que tales conductas no eran subsumibles en el ordinal primero del mismo precepto porque la expresión «trabajadores a su servicio» empleada en éste restringía la condición de sujeto pasivo a aquéllos que tuvieran la condición jurídica de trabajadores por cuenta ajena³⁰. Por otro lado, se ha rechazado la posibilidad de subsumir tales conductas en el art. 311.1º CP porque éste exige que las condiciones impuestas perjudiquen los derechos reconocidos, entre otros, en el contrato laboral, y las conductas analizadas no llegan a perjudicar dichos derechos, ya que simplemente conforman un nuevo marco de referencia, al margen del contrato laboral³¹.

Sin embargo, en mi opinión, la conducta de imposición de condiciones ilegales mediante una fórmula ajena al contrato de trabajo podía encontrar acomodo en el tipo penal de referencia, siempre que concurriera engaño o abuso de necesidad³². Respecto a la primera alegación, como se verá *infra* apartado 4.3, el concepto de trabajador que ha manejado la ju-

requerida, (...) al no darse la identidad subjetiva exigida como presupuesto para la vulneración denunciada cuando en uno de los procesos se sanciona a la persona jurídica empresario y en el otro se sanciona penalmente al representante legal de la misma. (...) [E]sa misma imposibilidad de sancionar en vía penal a la persona jurídica concurre igualmente en el supuesto de autos, pues, (...) el delito contra la seguridad de los trabajadores por el que fue condenado el encargado de la empresa, es uno de los que está expresamente excluido de la responsabilidad penal de la persona jurídica».

³⁰ Martínez-Buján Pérez, C., «El nuevo delito de imposición (o mantenimiento) de condiciones ilegales a los trabajadores mediante su contratación con fórmulas ajenas al contrato de trabajo del art. 311-2º del Código Penal», en González Cussac J. L. (Coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 99.; Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, op. cit., pp. 1010-1011.

³¹ Pérez González, S., «El art. 311 del Código Penal: ¿la ley penal Glovo?», en *Almacén de Derecho*, 2023, disponible en: <https://almacenederecho.org/el-art-311-del-codigo-penal-la-ley-penal-glovo>, [última consulta el 18 de febrero de 2023].

³² También así lo interpreta Quintero Olivares, G., «Reformas penales de acompañamiento: la ocultación de cadáver y la contratación laboral ilegal», en *Almacén de Derecho*, 2023, disponible en: <https://almacenederecho.org/reformas-penales-de-acompanamiento-la-ocultacion-de-cadaver-y-la-contratacion-laboral-ilegal>, [última consulta el 18 de febrero de 2023]. En la jurisprudencia reciente, puede encontrarse en la STS 543/2023, Penal, de 5 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3075), un supuesto que avala la anterior interpretación, pues se condena por el art. 311.1º CP al sujeto que, constituyendo una «falsa cooperativa» y engañando a sus trabajadores *de facto* para que aceptaran darse de alta en el régimen de autónomos, les impuso condiciones laborales perjudiciales, tales como una remuneración inferior a la pactada y, en algunos supuestos, la *ausencia de remuneración alguna*.

risprudencia y la doctrina dominante en relación con el art. 311.1º CP es el del trabajador en sentido fáctico³³, por lo que la posibilidad de incluir en el círculo de sujetos pasivos a los trabajadores que fraudulentamente han sido contratados mediante fórmulas ajenas a la laboral arroja pocas dudas. En relación con el segundo aserto, no debe obviarse que el art. 311.1º CP efectúa una referencia a los derechos contenidos no sólo en el contrato de trabajo, sino también en las disposiciones legales. En tanto la falta de alta en el Régimen General de Seguridad Social suprime, perjudica o restringe los derechos que de ella se derivan³⁴ —en materia de pensiones contributivas, principalmente— considero que, siempre que concurrieran el resto de los requisitos que exige el tipo penal, dichas conductas podrían haber sido sancionadas con base en éste.

Teniendo en cuenta que la falta de alta del trabajador, o la baja indebida en el régimen general con la correspondiente alta en el régimen de trabajadores autónomos, son calificadas como infracciones graves por el artículo 22 LISOS —que no como muy graves— difícilmente puede verse con buenos ojos la redacción deficiente de un tipo penal que, por su vaguedad, no justifica el plus de desvalor que el principio de intervención mínima exige. Ello también es aplicable a la conducta correspondiente al segundo inciso del nuevo tipo penal, por cuanto el incumplimiento de requerimientos administrativos o la reincidencia en las infracciones ya se encuentran comprendidos como criterio de gradación de la sanción en los arts. 39.2 y 41 LISOS, entre otros.

Las críticas anteriores se agravan si se tiene en cuenta que, a causa de su tipificación en el art. 311 CP, dichas conductas podrían llevar aparejadas unas penas a todas luces desproporcionadas (de 6 meses a 6 años de prisión), especialmente si se tiene en cuenta que, con la agravación prevista en el nuevo ordinal quinto del tipo penal, éstas podrían alcanzar los 9 años de prisión y los 18 meses de multa³⁵. Decisión legislativa que, probablemente, responda a la intención de extender el periodo de prescripción de tales delitos a los 10 años³⁶.

³³ Por todas, STS 348/2017, Penal, de 17 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1908).

³⁴ Ortubay Fuentes, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo: un estudio del artículo 311 del Código penal*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000, p. 419; De Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., pp. 141-143; Navarro Cardoso, F., «El delito de contratación ilegal del art. 311 bis CP: un nuevo despropósito, un viejo vicio, legislativo», op. cit., p. 1058.

³⁵ El actual art. 311.5º CP prevé la aplicación de la pena superior en grado en aquellos casos en los que las conductas de los apartados anteriores fueran llevadas a cabo mediante violencia o intimidación.

³⁶ El desajuste entre el ordenamiento jurídico-penal y el administrativo sancionador a efectos de plazos de prescripción —en la mayoría de los casos, las infracciones del orden laboral prescribirán a los 3 años, ex art. 4 LISOS— puede generar consecuencias indeseadas. En efecto, la distancia abismal entre los plazos de prescripción de la infracción administrativa y el delito puede llevar a una preferencia por la vía penal en algunos casos en

En consecuencia, a través de la reforma del artículo 311 CP, el legislador introduce un nuevo precepto penal que parece ser innecesario e injustificado desde la perspectiva de su antijuridicidad material, obstaculizando con ello la aplicación de medios individuales y colectivos más ágiles de protección de los derechos de los trabajadores³⁷. Sin embargo, debido a su vigencia desde el 12 de enero de 2023, no queda otro remedio que intentar llevar a cabo una interpretación del tipo penal que permita disipar algunas de las dudas que arroja su redacción y delimitar las conductas típicas descritas en éste.

4. Interrogantes que suscita el precepto

4.1. El bien jurídico protegido

Pese a que la doctrina ha reflexionado sobre la posibilidad de afirmar la existencia de un bien jurídico común en los delitos contra los derechos de los trabajadores³⁸, se ha afirmado que para determinar el bien jurídico protegido en cada uno de los preceptos penales de dicho Título debe acudir al tipo penal específico en cada caso³⁹.

Puede establecerse un paralelismo entre el bien jurídico protegido por el primer inciso del reciente art. 311.2º CP —esto es, la *imposición* de condiciones ilegales mediante fórmulas ajenas al contrato de trabajo— y el correspondiente al del primer ordinal del mismo precepto. Como se desarrollará *infra* apartado 5.1, el núcleo del injusto de la conducta activa se concentra en el empleo de formas contractuales ajenas a la laboral con el resultado de imposición de condiciones ilegales. La norma permite inferir, a partir de su configuración típica, que el bien jurídico que se pretende proteger se concreta en «los derechos que dimanen de las condiciones mínimas exigibles e irrenunciables de la contratación laboral»⁴⁰. Así se desprende de la exigencia de imposición de condiciones ilegales, es decir, *contrarias a disposiciones legales* que configuran los derechos mínimos de los trabajadores, al contrario de lo que sucede con el art. 311.1º CP, que desvalora las conductas que supriman, restrinjan o perjudiquen los derechos reconocidos no sólo en las leyes, sino también en los con-

los que la conducta pueda constituir únicamente una infracción administrativa, saturando innecesariamente los ya sobrecargados tribunales del orden jurisdiccional penal.

³⁷ Ya a inicios de este siglo, advertía contra esta tendencia en el contexto de los delitos contra los derechos de los trabajadores Lascuraín Sánchez, J. A., «Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 57, No. 1, 2004, pp. 19-20.

³⁸ Ortubay Fuentes, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo*, op. cit., pp. 92 ss.

³⁹ De Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., p. 125.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 126. Contraria al carácter supraindividual del bien jurídico protegido, Ortubay Fuentes, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo*, op. cit., pp. 163 ss.

venios colectivos y el contrato, extremo este último muy criticado por la doctrina⁴¹.

En este sentido, la referencia a «condiciones ilegales» refuerza la tesis consistente en centrar el bien jurídico protegido por el primer inciso del precepto en aquellas condiciones mínimas amparadas en los instrumentos normativos competentes. Si bien la exclusión del contrato individual es inevitable —pues la conducta típica presupone, precisamente, la ausencia de contrato laboral— debe considerarse ajustada al principio de intervención mínima del Derecho penal el rechazo de la figura del convenio colectivo como instrumento cuyo incumplimiento pueda generar responsabilidad penal. En consecuencia, a pesar de que al trabajador le pueda ser aplicable *de facto* un determinado convenio colectivo, sólo será típica, si concurren el resto de condicionantes, la imposición de condiciones contrarias a las disposiciones legales.

Así, por ejemplo, serán atípicas las conductas mediante las cuales una empresa de distribución de productos cocinados para su venta a domicilio impone a un «falso autónomo» condiciones que vulneran el periodo de descanso semanal establecido en el convenio colectivo aplicable, pero respetando los límites mínimos que fija el Estatuto de los Trabajadores.

La dimensión supraindividual del bien jurídico protegido implica que la afectación a varios trabajadores deba interpretarse como un solo delito, sin que pueda entenderse cometido un delito por cada uno de los trabajadores afectados⁴². Lo mismo sucedería, en su caso, con las conductas subsumibles en el segundo inciso del precepto.

Ello contrasta con la solución seguida por la LISOS, en cuyos artículos 22.2 y 22.16 se afirma que «se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectados». Ello puede generar un desajuste entre la pena de multa impuesta por la comisión del delito y las sanciones administrativas que, en muchas ocasiones, serán muy superiores a la pena pecuniaria⁴³. Lo anterior es aún más evidente en la mayoría de los

⁴¹ Baylos Grau, A. y Terradillos Basoco, J. M., *Derecho penal del trabajo*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 1997, pp. 77-78; Lascuraín Sánchez, J. A., «Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta», op. cit., p. 42.

⁴² De Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., p. 183; Agustina Sanllehí, J. R., «Tema 13. Delitos contra los derechos de los trabajadores», en Silva Sánchez (Dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte General y Especial*, 2ª ed., Atelier, Barcelona, 2023, p. 483; Lascuraín Sánchez, J. A., «Tema 15. Delitos contra los derechos de los trabajadores», en De La Mata, N. et al. (Dir.), *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 600. También en este sentido se pronuncia la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo en la que, pese a la afectación a varios trabajadores, se confirma la condena por un solo delito contra los derechos de los trabajadores; *vid.* STS 247/2017, Penal, de 5 de abril (ECLI:ES:TS:2017:1303); STS 639/2017, Penal, de 28 de septiembre (ECLI:ES:TS:2017:3389).

⁴³ Esta situación fue ya advertida en su día por Benítez Ortúzar, I., «A propósito de los nuevos artículos 311.2 CP y 311 bis CP. ¿Delitos contra los derechos de los trabajadores?»,

supuestos para los que nació el art. 311.2º CP —empresas de grandes dimensiones, con un gran número de trabajadores afectados— puesto que, en este caso, no es posible la imposición de la pena de multa a la persona jurídica, por no encontrarse entre las medidas accesorias del art. 129 CP, al que remite el art. 318 CP *in fine*⁴⁴.

Peor suerte corre la inclusión de la segunda conducta típica del nuevo art. 311.2º CP —esto es, el *mantenimiento* de condiciones ilegales en contra de requerimiento o sanción administrativa— en el Título correspondiente a los delitos contra los derechos de los trabajadores. En efecto, difícilmente puede sostenerse que el bien jurídico protegido en dicho tipo penal comprenda las condiciones laborales irrenunciables de los trabajadores, por cuanto el reproche punitivo del art. 311.2º CP *in fine* no va ligado a una conducta de lesión o peligro vinculada a sus derechos laborales —como sí sucede en el inciso primero—, sino al mero mantenimiento de tales condiciones pese a requerimiento o sanción administrativa en contra. Ello invita a inferir que el bien jurídico protegido por este segundo inciso sea, por tanto, el interés del Estado en el cumplimiento de la normativa laboral y la efectividad de su sistema de control administrativo⁴⁵, lo que apoya la tesis expuesta *supra* apartado 3, por cuanto el nuevo tipo penal parece haber sido creado para la protección de ciertas «normas primarias de dirección económica».

En consecuencia, la introducción del segundo inciso entre los delitos contra los derechos de los trabajadores se justificaría únicamente por el contexto en el que dicha conducta típica sería ejecutada; esto es, en el marco de las *relaciones laborales*. Debe advertirse que ello no supone un hecho aislado, sino que es extensible a otros tipos penales del mismo Título del Código Penal, como el delito de contratación plural sin alta en la Seguridad Social o sin el preceptivo contrato de trabajo del actual art.

en De La Cuesta Aguado, P. M. *et al.* (Dirs.), *Liber Amicorum: Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M^a. Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1039-1040. Dicha descoordinación fue también alertada por la Fiscalía General del Estado en su Memoria del año 2001, tal y como expone De Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., p. 80.

⁴⁴ Sin perjuicio de lo advertido en la nota 29, debe reconocerse que el inciso final del art. 318 CP establece que «la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código», entre las cuales no está incluida la multa a la persona jurídica.

⁴⁵ El Preámbulo de la Ley Orgánica 14/2022 detalla en su apartado V los dos objetivos de política criminal que persigue la reforma del Código Penal que, junto a la redacción del tipo penal contenido en el art. 311.2º CP, permiten deducir el bien jurídico protegido. En lo respectivo al segundo objetivo, en lo que aquí interesa, se justifica la reforma del siguiente modo: «Por otro lado, pretende garantizar la efectividad del ordenamiento jurídico laboral y de su sistema de control administrativo ante incumplimientos del mismo en detrimento de los derechos, individuales y colectivos, de las personas trabajadoras».

311.3º CP⁴⁶, el delito de contratación ilegal del art. 311 bis CP⁴⁷ o el delito de explotación de inmigrantes irregulares del art. 312.2 *in fine* CP⁴⁸, entre otros.

4.1. Sujeto activo

La discusión doctrinal en relación con el sujeto activo no es nueva ni exclusiva del precepto estudiado. Ya en relación con el resto de las conductas tipificadas en el art. 311 CP, la posición doctrinal mayoritaria ha abogado por reconocer que, pese a su formulación como delitos comunes, se configuraban en realidad como *delitos especiales* que, como tales, sólo podían ser cometidos por el empresario o empleador⁴⁹.

Estas consideraciones, según algunos autores⁵⁰, no podrían extenderse al nuevo tipo penal de imposición de condiciones ilegales mediante la contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, puesto que la sustitución de la expresión «trabajadores a su servicio» del art. 311.1º CP por la de «sus trabajadores» del nuevo art. 311.2º CP manifestaría la voluntad del legislador de ampliar el círculo de autores a todo aquél con

⁴⁶ Trapero Barreales, M. A., «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», en *Cuadernos de Política Criminal*, Vol. 114, 2014, pp. 32 ss., advierte que el bien jurídico protegido por el delito tipificado en el anterior art. 311.2º CP consiste en la competencia leal empresarial.

⁴⁷ Conforme a Benítez Ortúzar, I., «A propósito de los nuevos artículos 311.2 CP y 311 bis CP. ¿Delitos contra los derechos de los trabajadores?», op. cit., pp. 1036 ss., la introducción del entonces art. 311.2º CP por la Ley Orgánica 7/2012 y del art. 311 bis CP por la Ley Orgánica 1/2015 distorsionaba el Título XV, por cuanto el bien jurídico protegido ya no comprendía únicamente los derechos de los trabajadores, sino la competencia leal empresarial. En el mismo sentido, Navarro Cardoso, F., «El delito de contratación ilegal del art. 311 bis CP: un nuevo despropósito, y un viejo vicio, legislativo», op. cit., p. 1054; Hortal Ibarra, J. C., «Tutela de las condiciones laborales y reformas penales: ¿El ocaso del Derecho penal del Trabajo?», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, Vol. 20, 2018, p. 70.

⁴⁸ Pomares Cintas, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral*, op. cit., pp. 94-95, denuncia que con la inclusión de dicho precepto penal se introducen en el Título correspondiente a los delitos contra los derechos de los trabajadores tipos penales cuyo interés es el control de los flujos migratorios irregulares, al considerar como bien jurídico protegido el interés estatal en el control de flujo migratorio.

⁴⁹ Narváez Bermejo, M. A., *Delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 24-25; Navarro Cardoso, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 57-58; Baylos Grau, A. y Terradillos Basoco, J. M., *Derecho penal del trabajo*, op. cit., p. 57. También así lo reconoce la jurisprudencia; por todas, STS 247/2017, Penal, de 5 de abril (ECLI:ES:TS:2017:1303).

⁵⁰ Martínez-Buján Pérez, C., «El nuevo delito de imposición (o mantenimiento) de condiciones ilegales...», op. cit., p. 103.

capacidad para contratar, entendiendo que en este último caso devenirían «sus trabajadores» con posterioridad a la consumación del delito.

Sin embargo, esta concepción parte, a mi juicio, de dos preconcepciones erróneas. En primer lugar, y pese a que la expresión «trabajadores a su servicio» invite a interpretar que el delito tipificado en el art. 311.1º CP sólo puede cometerse con posterioridad a la contratación de dicho trabajador —pues sólo en ese instante puede considerarse que el trabajador está *a su servicio*— la doctrina mayoritaria ha entendido que la imposición de condiciones perjudiciales tiene relevancia típica también en el momento de contratar⁵¹. En segundo lugar, en relación con el art. 311.2º CP, no puede entenderse que el núcleo del injusto se circunscriba a la *mera contratación fraudulenta* —en ella, si se quiere, radicará el desvalor de acción—, puesto que en ese caso no se diferenciaría de la infracción administrativa. Se defiende en estas líneas, al contrario, que la consumación se produce cuando se imponen las condiciones ilegales —desvalor de resultado— mediante una fórmula fraudulenta ya establecida anteriormente⁵².

Piénsese en el caso de una empresa cuyo objeto social es la organización de festivales de música. Para ello, en lugar de disponer de técnicos de sonido como personal laboral, la sociedad celebra contratos de obra con cada uno de ellos, para cada uno de los conciertos que organiza. Durante la celebración del espectáculo, los técnicos de sonido realizan durante varios días jornadas de trabajo superiores a las 14 horas, sin descanso para comer. Siguiendo la interpretación que aquí se mantiene, *sólo cuando se impusieran dichas condiciones ilegales* (jornadas maratonianas sin respetar el tiempo de descanso), facilitado por su contratación como «falsos autónomos», podría subsumirse dicha conducta en el nuevo art. 311.2º CP.

Consecuentemente, y dado que sólo puede imponer y mantener condiciones ilegales a sus trabajadores quien reúne la condición de empresario, el nuevo delito de imposición de condiciones ilegales debe ser interpretado como un delito especial, con un círculo de autores determinado. La introducción del sintagma «sus trabajadores» únicamente debe conducir, por tanto, a entender, de forma similar a lo que sucedía con el art. 311.1º CP, que la imposición de condiciones ilegales se puede producir no sólo una vez iniciada la relación contractual, sino también en el momento de contratar.

Lo anterior permitiría incluir en el art. 311.2º CP aquellos supuestos en los que, en el momento de suscribir el contrato de obra o servicio, se estipula un sistema de retribución por reparto de pedido que, pese al

⁵¹ De Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., p. 134; Navarro Cardoso, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, op. cit., p. 55.

⁵² Respecto a esta cuestión, ver *infra* apartado 5.1.

desarrollo de una jornada laboral completa, sea inferior a la fijada como salario mínimo interprofesional.

Las anteriores consideraciones se enturbian cuando la condición de empresario la tiene una persona jurídica. Cuestión que, en la práctica, sucede en la mayoría de los casos. Más allá de profundizar en el análisis de la responsabilidad penal de los administradores de la sociedad o de sus delegados cuando la condición de empresario se reúne en la persona jurídica —que excedería enormemente del objeto de este trabajo—, merece la pena nombrar la problemática generada por dicho fenómeno desde la perspectiva de la responsabilidad penal de los entes colectivos.

En primer lugar, huelga reiterar que en el Título correspondiente a los delitos contra los derechos de los trabajadores se produce una tensión entre los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas consagrado en el art. 31 *bis* CP y el de las medidas accesorias del art. 129 CP, al que se remite el art. 318 CP⁵³. En efecto, persiste el *societas delinquere non potest* en esta clase de delitos, pero, al mismo tiempo, son aplicables unas medidas accesorias cuyo contenido, en gran parte, es idéntico a las penas que pueden imponerse a las personas jurídicas⁵⁴. Esta situación, extensible al nuevo tipo penal del art. 311.2º CP, conlleva una supresión de las garantías procesales del empresario persona jurídica al no poder acogerse, por las razones expuestas, a la condición de investigado.

Por otro lado, resulta incoherente que la incorporación de un tipo penal que parece haber sido introducido *ad hoc* para unos supuestos y unos sujetos activos específicos —en todo caso, empresarios personas jurídicas— no admita la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a aquellos sujetos colectivos que ejecutan actos cuya especial gravedad justifica, a juicio del legislador, el reproche penal.

Por último, la interpretación seguida puede extenderse también a la segunda conducta típica, pues debe entenderse que el que mantiene dichas condiciones ilegales será el empresario, en todo caso. Respecto a la cuestión relativa a si el empresario que mantiene debe ser distinto al que previamente ha impuesto tales condiciones⁵⁵, considero pertinente

⁵³ Este último precepto, aplicable al nuevo art. 311.2º CP, detalla: «Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código». Esta disposición, dicho sea de paso, refuerza la interpretación del tipo penal estudiado como delito especial, cuyo sujeto activo puede serlo únicamente el empresario.

⁵⁴ Todo ello, sin perjuicio de las advertencias efectuadas en la nota 29.

⁵⁵ Así lo interpreta Núñez Castaño, E., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en Galán Muñoz, A. y Núñez Castaño, E. (Dirs.), *Manual de Derecho penal económico y de la empresa*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 313.

rechazar dicha interpretación, puesto que tales supuestos quedarían cubiertos por la cláusula contenida en el actual art. 311.4º CP⁵⁶.

4.3. *Sujeto pasivo*

Al precepto estudiado le son aplicables, con matices, algunas de las conclusiones alcanzadas en relación con el tipo penal de imposición de condiciones perjudiciales mediante engaño o abuso de situación de necesidad —art. 311.1º CP—. No obstante, merece la pena resaltar los dos aspectos más controvertidos que pueden condicionar la aplicación del nuevo art. 311.2º CP.

La cuestión del sujeto pasivo plantea mayores dudas en relación con la primera conducta típica. El sujeto pasivo del delito tipificado en el art. 311.2º CP, primer inciso, lo conforman los trabajadores⁵⁷. El concepto que se debe manejar, sin embargo, es el de trabajador *de facto*⁵⁸ y no una concepción jurídico-laboral que, por definición, no concurrirá nunca en relación con este tipo penal.

En este sentido, se emplea un concepto de trabajador que, como sucede en el resto de los delitos contra los derechos de los trabajadores, no requiere la existencia de un contrato laboral válido, y que, en consecuencia, permite extender la protección penal a aquellas personas en las que se reúnan las notas características propias de un *trabajador por cuenta ajena*⁵⁹, aun cuando formalmente no pueda celebrarse un contrato de

⁵⁶ Este precepto dispone que se impondrán las mismas penas a «Los que en el supuesto de transmisión de empresas, con conocimiento de los procedimientos descritos en los apartados anteriores, mantengan las referidas condiciones impuestas por otro».

⁵⁷ Así lo afirmaban, respecto al tipo penal del art. 311.1º CP, De Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., p. 130; Lascurain Sánchez, J. A., «Tema 15. Delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., p. 600. Por otro lado, distintos autores consideran que el sujeto pasivo son los trabajadores como colectivo o como fuerza de trabajo. En este último sentido, Navarro Cardoso, F.: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, op. cit., p. 45; Agustina Sanllehí, J. R.: «Tema 13. Delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., p. 482; Baylos Grau, A. y Terradillos Basoco, J. M., *Derecho penal del trabajo*, op. cit., p. 50.

⁵⁸ En relación con el art. 311.1º CP, Terradillos Basoco, J. M., «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 41, 2021, p. 31; Ortubay Fuentes, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 58; Agustina Sanllehí, J. R., «Tema 13. Delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., p. 482; De Vicente Martínez, R.: *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., pp. 131 ss.

⁵⁹ La Sala Segunda del Tribunal Supremo, en relación con este punto, exige que el sujeto pasivo reúna los rasgos de dependencia, ajenidad, retribución y voluntariedad que la jurisprudencia del orden social extrae del art. 1 ET. A este respecto, STS 34/2023, Penal, de 25 de enero (ECLI:ES:TS:2023:253).

trabajo⁶⁰ o la relación laboral provenga de un contrato con causa ilícita⁶¹. Por todo ello, es cuestionable que las conductas que el nuevo art. 311.2º CP busca reprimir no fueran subsumibles ya en otros preceptos del mismo Título del Código Penal.

Por otro lado, y a pesar de la consideración del bien jurídico como bien supraindividual, el sujeto plural al que se refiere el precepto no puede excluir la tipicidad penal de aquellas conductas cuyo destinatario sea *un único trabajador*, puesto que también éstas pueden llegar a afectar potencialmente a las condiciones laborales mínimas e irrenunciables del conjunto de trabajadores⁶².

Finalmente, pese a que el Preámbulo de la Ley Orgánica 14/2022 remite claramente al fenómeno de los «falsos autónomos», la redacción típica posibilita la aplicación del art. 311.2º CP cuando se impongan condiciones ilegales a otros sujetos en los que concurra una fórmula de contratación ajena a la laboral, como los «falsos becarios», «falsos cooperativistas» o «falsos voluntarios», entre muchos otros supuestos.

En relación con este último punto, una interpretación amplia del concepto «trabajadores» conduciría a la aplicación de este nuevo tipo penal a situaciones en las que no existe una verdadera situación de *explotación laboral*. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un director financiero de una empresa emergente o *startup* que prefiere prestar sus servicios como autónomo y así lo acuerda con el administrador de la sociedad pues, de esta manera, obtiene unos rendimientos económicos superiores a los percibidos en caso de vinculación laboral con la empresa.

Es evidente que estos supuestos, como sucede en la mayoría de los casos en los que el «trabajador» dispone de una posición de poder dentro de la estructura empresarial, no pueden regirse por los mismos paráme-

⁶⁰ Así, la jurisprudencia interpreta unánimemente que los delitos contra los derechos de los trabajadores también protegen a los extranjeros irregulares que, como tales, no pueden suscribir un contrato de trabajo. La STS 348/2017, Penal, de 17 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1908) considera, respecto al art. 312.2 *in fine* CP, que «[c]onsiderar solo sujeto pasivo de este derecho al trabajador legal y no al inmigrante clandestino llevaría a una concepción que crearía unas situaciones inaceptables de desigualdad social, porque el empleador podría imponer a los trabajadores ilegales las condiciones laborales más discriminatorias sin riesgo alguno de infracción legal».

⁶¹ En este sentido, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado de forma constante respecto a la posibilidad de aplicar los delitos contra los derechos de los trabajadores en casos en los que las víctimas ejercían labores de alterne y de prostitución. *Vid.*, entre otras, las STS 34/2023, Penal, de 25 de enero (ECLI:ES:TS:2023:253); STS 237/2023, Penal, de 30 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:1377), STS 162/2019, Penal, de 26 de marzo, (ECLI:ES:TS:2019:1007); STS 792/2022, Penal, de 29 de septiembre, (ECLI:ES:TS:2022:3488); STS 270/2016, Penal, de 5 de abril, (ECLI:ES:TS:2016:1553).

⁶² Citando jurisprudencia, Agustina Sanllehí, J. R., «Tema 13. Delitos contra los derechos de los trabajadores», *op. cit.*, p. 483. En el mismo sentido, De Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo*, *op. cit.*, p. 134.

tros que los casos anteriormente mencionados, pese a que formalmente podrían encajar en la descripción del tipo penal. En efecto, considero que debe efectuarse un ejercicio de reducción teleológica del precepto que permita, a la luz de su ubicación sistemática, delimitar el umbral mínimo de tipicidad y, especialmente, concretar los sujetos pasivos sobre los que puede recaer la conducta típica.

El criterio empleado en este trabajo toma como referencia no sólo una interpretación teleológica, que parte de las condiciones mínimas de trabajo como bien jurídico protegible, sino que, especialmente, se sigue una interpretación sistemática del precepto, al ponerlo en relación con el art. 311.1º CP. Por ello, se considera que únicamente colman el tipo penal estudiado las conductas en las que haya una verdadera *imposición* de condiciones ilegales a los trabajadores; esto es, aquellas acciones que se desarrollan en un contexto que permita afirmar una verdadera situación de *explotación laboral*⁶³. Sólo así es coherente la inclusión de este tipo penal en el Título correspondiente a los derechos de los trabajadores y sólo esta interpretación permite afirmar que el nuevo tipo penal protege, de igual forma que el art. 311.1º CP, las condiciones laborales *mínimas e irrenunciables* de la relación laboral.

La necesaria concurrencia de una *imposición* unilateral por parte del empresario permite diferenciar, en consecuencia, el tratamiento dispensado a los grupos de casos en los que al sujeto no se le imponen como cargas ciertas condiciones, sino que éste las acuerda o incluso las propone al empresario, respecto a aquellos otros en los que se sitúa al trabajador en una situación de *vulnerabilidad* que determina la apreciación de una verdadera situación de explotación laboral y que, en consecuencia, permite asimilar valorativamente dichas conductas a las comprendidas en el art. 311.1º CP.

La interpretación sistemática efectuada viene exigida, asimismo, por la pena vinculada al nuevo tipo penal, que es idéntica a la del art. 311.1º CP. Así, la aplicación del nuevo delito de imposición de condiciones ilegales a supuestos en los que no concurriera una verdadera *imposición* conllevaría una clara desproporción entre ambas disposiciones, pues el delito tipificado en el ordinal primero requiere una imposición mediante unos medios comisivos —engaño o abuso de situación de necesidad— que manifiestan una especial vulnerabilidad del sujeto pasivo. Asumiendo lo anterior, sería incoherente asociar la misma pena —de una gravedad nada desdeñable, por otra parte— a un tipo penal que obviara dicha realidad.

⁶³ Una interpretación similar a la seguida por Agustina Sanllehí, J. R., «Tema 13. Delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., p. 486.

4.4. Consentimiento del trabajador

El ordenamiento jurídico laboral, de acuerdo con su orientación tuitiva, parte del principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales y de Seguridad Social por parte de los trabajadores⁶⁴. Sin embargo, y pese a la eficacia que tales disposiciones puedan proyectar en el plano jurídico-laboral⁶⁵, la doctrina penal aboga por ofrecer una teoría del consentimiento acotada, en relación con los delitos contra los derechos de los trabajadores, a la naturaleza del bien jurídico protegido y a los propios medios comisivos del tipo de injusto analizado.

En relación con el delito previsto en el art. 311.1º CP, un sector doctrinal, coherente con la interpretación del carácter supraindividual del bien jurídico protegido, niega cualquier tipo de eficacia al consentimiento manifestado por un trabajador⁶⁶. Otros autores, pese a reconocer la dimensión colectiva del bien jurídico protegido, afirman que cuando la concurrencia de medios comisivos cristaliza en formas de ataque individuales —como el engaño o el abuso de situación de necesidad en el art. 311.1º CP— el consentimiento individual puede ser relevante⁶⁷. Finalmente, una tercera posición reconduce su eficacia a la presencia o no de las causas de vicios del consentimiento⁶⁸.

Esta última posición, seguida por el Tribunal Supremo⁶⁹, infiere que el consentimiento puede ser relevante cuando la decisión del trabajador no traiga causa de engaño ni abuso de necesidad. Sin embargo, en la mayoría de los casos en los que la voluntad no esté viciada, la exclusión de la tipicidad no vendrá producida por la eficacia del consentimiento, sino por la propia falta de concurrencia de los medios comisivos. Dicho de otro modo: en un supuesto en el que el trabajador consintiera, sin mediar engaño, la imposición de condiciones perjudiciales, la atipicidad

⁶⁴ Cfr., en este sentido, el art. 3.5 ET y el art. 3 de la Ley General de Seguridad Social.

⁶⁵ Ortubay Fuentes, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 405.

⁶⁶ Terradillos Basoco, J. M., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., pp. 2 ss.; Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, op. cit., p. 995; Navarro Cardoso, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, op. cit., p. 51. *Vid.*, en este mismo sentido, el compendio de posturas presentado en De Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., p. 178.

⁶⁷ Baylos Grau, A. y Terradillos Basoco, J. M., *Derecho penal del trabajo*, op. cit., p. 51.

⁶⁸ Ortubay Fuentes, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo*, op. cit., pp. 405-406, reconoce que la inclusión en el art. 311.1º CP del engaño y abuso de necesidad como medios comisivos refuerza la tesis de la eficacia del consentimiento. No obstante, entiende que la desigualdad inherente en las relaciones laborales viciará en no pocas ocasiones el consentimiento del trabajador. Baylos Grau, A. y Terradillos Basoco, J. M., *Derecho penal del trabajo*, op. cit., p. 73, entienden que, si concurre el consentimiento del trabajador, la conducta es atípica por no existir «imposición».

⁶⁹ Cfr., por todas, la STS 247/2017, Penal, de 5 de abril, (ECLI:ES:TS:2017:1303).

no provendría de la eficacia de dicho consentimiento, sino de la ausencia de engaño.

Al reconducir la discusión al nuevo art. 311.2º CP, el interrogante relativo a la eficacia del consentimiento manifestado por el trabajador adquiere importancia de nuevo, por cuanto la supresión de los requisitos de engaño o abuso de situación de necesidad puede manifestar la voluntad del legislador de reconocer expresamente la irrelevancia del consentimiento⁷⁰.

La respuesta a dicho interrogante dependerá del concreto bien jurídico que se entienda protegido por el nuevo tipo penal que, como se ha defendido en líneas anteriores, lo constituiría la protección de las condiciones mínimas exigibles e irrenunciables de la contratación laboral. En consecuencia, pese a que una persona individual pueda ser el objeto o destinatario de la conducta típica, se trata de un bien jurídico supraindividual⁷¹. Abona esta interpretación la falta de exigencia de causación de un perjuicio a los derechos de los trabajadores concretos siendo que, como se desarrollará *infra* apartado 5.1, es suficiente con la imposición de condiciones ilegales.

Asumiendo la premisa anterior, podría ya justificarse la irrelevancia del consentimiento del concreto trabajador al que se le impongan condiciones ilegales mediante una fórmula ajena al contrato laboral. En efecto, y acogiendo la interpretación que un sector doctrinal ofrecía en relación con el art. 311.1º CP⁷², el consentimiento del trabajador sería irrelevante por la indisponibilidad del bien jurídico protegido por el nuevo tipo penal⁷³.

Sin embargo, aunque no se acogiera la anterior interpretación, debe rechazarse con carácter general, asimismo, la eficacia del consentimiento en los supuestos subsumibles en el tipo penal del art. 311.2º CP. En no pocas ocasiones, el perfil de trabajador al que se le imponen las condiciones ilegales mediante fórmulas ajenas al contrato de trabajo determinará una asimetría informativa en la que difícilmente concurrirán el conocimiento y la voluntad necesarios para tomar una decisión autónoma.

⁷⁰ La inclusión del engaño como medio típico había sido criticada por un sector de la doctrina, pues implicaba la concurrencia del consentimiento de la víctima —aunque estuviera viciado— en la renuncia de unos derechos irrenunciables. A este respecto, Navarro Cardoso, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, op. cit., pp. 51-52.

⁷¹ Pérez González, S., «El art. 311 del Código Penal: ¿la ley penal Globo?», op. cit.

⁷² *Vid.* nota 67.

⁷³ Sobre la irrelevancia del consentimiento en bienes jurídicos supraindividuales, *vid.* Íñigo Corroza, E.: «El consentimiento de la víctima. Hacia una teoría normativa de la acción del que consiente», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 75, No. 1, p. 174, nota 11. En el mismo sentido, Roxin, C.: *Derecho Penal. Parte General*, (trad. por Luzón Peña, D. M. et al.), t. I, Civitas, Madrid, 1997, pp. 526 ss.; Jescheck, H. y Weigend, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, (trad. por Olmedo Cardenete, M.), Comares, Granada, 2002 p. 408.

Por otro lado, en la mayoría de los casos, la desigualdad y necesidad que genera un mercado laboral con exceso de demanda y escasez de oferta mermará la capacidad del trabajador para oponerse a las irregularidades impuestas en esa relación de prestación de servicios⁷⁴.

Por ello, según la interpretación mantenida, será típica *ex art.* 311.2º CP la conducta del empresario que impone condiciones de jornada y retribución contrarias a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores a un repartidor, encuadrado indebidamente como trabajador autónomo, por mucho que éste consienta en dicha *imposición unilateral* por parte de la plataforma digital.

5. Las conductas típicas

El art. 311.2º CP parece contener dos conductas típicas: (i) una *conducta activa*, consistente en la *imposición* de condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo; y (ii) una *conducta omisiva*, que comprende el *mantenimiento* de dichas condiciones tras requerimiento o sanción administrativa en contra.

Con carácter previo al análisis de las conductas recogidas en el nuevo tipo penal, debe procederse a dilucidar la relación existente entre ambas, que se encuentran unidas por la conjunción disyuntiva «o». A pesar de que vincular ambas conductas típicas mediante la conjunción copulativa «y» hubiera resuelto la mayoría de los interrogantes que el precepto plantea, el legislador ha optado por relacionar ambas conductas de forma alternativa, por lo que debe rechazarse que únicamente sea típica la imposición de condiciones ilegales cuando ésta sea mantenida en contra de requerimiento o sanción administrativa⁷⁵, bajo riesgo de vulnerar el principio de legalidad. Si así fuera, la referencia a la «imposición» que efectúa el primer inciso sería superflua, pues todo mantenimiento de unas determinadas condiciones trae como causa una previa imposición. Al contrario, la configuración de un tipo mixto alternativo anuda el reproche penal, por un lado, a la imposición de condiciones ilegales me-

⁷⁴ Lascuraín Sánchez, J. A., «Tema 15. Delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., pp. 624-625.

⁷⁵ Esta posición ha sido defendida por Lascuraín Sánchez, J. A., «Más para el catálogo de excesos punitivos: el nuevo delito de camuflaje de la laboralidad», en Almacén de Derecho, 2023, disponible en: <https://almacendederecho.org/mas-para-el-catalogo-de-excesos-punitivos-el-nuevo-delito-de-camuflaje-de-la-laboralidad> [última consulta el 10 de abril de 2023]. Con base en una interpretación sistemática debe rechazarse dicha posibilidad dado que, cuando el legislador ha pretendido exigir la concurrencia cumulativa de diversas conductas, así lo ha hecho (así, por ejemplo, en el delito de discriminación laboral del art. 314 CP).

dianate la contratación fraudulenta y, por otro, a su mantenimiento pese a requerimiento o sanción previos.

Se han ofrecido dos posibles interpretaciones adicionales referidas a la relación entre ambas conductas típicas: (i) serían *típicas* aquellas conductas de *imposición* de condiciones ilegales cometidas con posterioridad a dicha entrada en vigor, pero únicamente serían *punibles* si se mantienen pese a requerimiento o sanción administrativa en contra⁷⁶; o bien (ii) el segundo inciso operaría como una suerte de *cláusula transitoria* para aquellas condiciones ilegales que sean *mantenidas*, pero *no impuestas*, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/2022⁷⁷.

Empezando por la primera vía interpretativa, no puede entenderse que la referencia al mantenimiento de condiciones ilegales impuestas previamente contenga una *condición objetiva de punibilidad*, pues la configuración del propio tipo penal, que agrupa ambas conductas de forma alternativa y excluyente, imposibilita dicha interpretación.

En segundo lugar, respecto a la posibilidad de interpretar la segunda conducta típica como una *cláusula transitoria* para dotar a los potenciales sujetos activos del delito de un marco temporal razonable para ajustar su conducta a lo dispuesto en la norma, debe definirse con carácter previo si el delito de *imposición* de condiciones ilegales se configura como delito *permanente* o *de estado* (instantáneo de efectos permanentes). Sólo así podrá delimitarse el espacio ocupado por esta primera conducta de los supuestos en los que sería aplicable la segunda modalidad prevista en el art. 311.2º.

La doctrina y la jurisprudencia efectúan, a mi juicio, un análisis erróneo —y en algunos casos, caótico— de dicha cuestión en relación con el tipo contenido en el ordinal primero del art. 311 CP. Así, se interpreta de forma unánime el referido tipo penal como un delito instantáneo de efectos permanentes, que se consuma en el momento de imposición de las condiciones irregulares, pero cuyos efectos se extienden en el tiempo con posterioridad a dicha imposición⁷⁸. No obstante, la confusión aparece cuando se identifica el *dies a quo* a efectos de prescripción con el momento de levantamiento de dichas condiciones⁷⁹.

⁷⁶ Pérez González, S., «El art. 311 del Código Penal: ¿la ley penal Glovo?», op. cit.

⁷⁷ De conformidad con la Disposición Transitoria Primera de la referida Ley Orgánica, de forma análoga a las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda del Código Penal, las conductas de imposición de condiciones ilegales llevadas a cabo con anterioridad a su entrada en vigor, el 12 de enero de 2023, serían atípicas.

⁷⁸ De Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., p. 176; Ortubay Fuentes, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo*, op. cit., pp. 478-479; Navarro Cardoso, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, op. cit., pp. 63-64.

⁷⁹ En la jurisprudencia, múltiples resoluciones califican el art. 311.1º CP como delito instantáneo de efectos permanentes pero, a la vez, afirman que no puede empezarse a computar el plazo de prescripción mientras se mantengan dichas condiciones: SAP Teruel,

Lo anterior es incompatible con la naturaleza del delito de estado, que concentra el núcleo de injusto en la creación de un estado antijurídico, hallándose fuera del tipo de injusto el mantenimiento de dicha situación, con lo que la consumación del delito se produce necesariamente con la creación del referido estado antijurídico, y no con su cesación⁸⁰. Y viceversa, de interpretarse el tipo como delito permanente, en el que la prolongación del estado antijurídico, que pertenece al tipo de injusto, depende de la voluntad del autor⁸¹, la consumación seguiría produciéndose hasta el levantamiento de dicha situación antijurídica⁸².

Como se ha dicho, la solución adoptada en este caso tendrá incidencia en materia de prescripción, de consumación y, por tanto, de ley aplicable temporalmente⁸³, cuestión que reviste enorme trascendencia en nuestro caso para la delimitación de los supuestos en los que será aplicable la conducta de *mantenimiento* de condiciones ilegales, frente a la de *imposición*.

Pues bien, extendiendo tales consideraciones al estudio del primer inciso del nuevo art. 311.2º CP, si se es coherente con la tesis de su interpretación como delito de estado, deberá asumirse que la consumación se producirá con la imposición de las condiciones ilegales, mientras que su mantenimiento integraría, en su caso, la fase de agotamiento del delito. Por tanto, a partir de la entrada en vigor del nuevo precepto serían típicas únicamente las nuevas conductas de imposición de condiciones ilegales o el mantenimiento de las impuestas con anterioridad a la entrada en vigor, siempre que concurriera un requerimiento o sanción administrativa previa en este último caso. Esta postura sería más acorde con la dimen-

Sección 1ª, de 5 de abril de 2018 (ECLI:ES:APTE:2018:37); SAP Asturias, Sección 3ª, de 5 de octubre de 2015 (ECLI:ES:APO:2015:3377); SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 2ª, de 15 de febrero de 2002 (ECLI:ES:APTF:2002:385). Ello parece desprenderse también de la STS de 15 de marzo de 1990, Penal, (ECLI:ES:TS:1990:2404). También así la doctrina mayoritaria; *vid.* De Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., p. 176; Navarro Cardoso, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, op. cit., pp. 63-64.

⁸⁰ Borja Jiménez, E., «La terminación del delito», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 48, No. 1, 1995, pp. 158-159.

⁸¹ Lloria García, P., *Aproximación al estudio del delito permanente*, Comares, Granada, 2006, pp. 46-47.

⁸² Borja Jiménez, E., «La terminación del delito», op. cit., p. 159; Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2016, p. 232; Jescheck, H. y Weigend, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 281-282.

⁸³ Es ilustrativa a este respecto la *Circular 2/1996, de 22 de mayo, sobre el régimen transitorio del nuevo Código Penal: incidencia en el enjuiciamiento de hechos anteriores*, elaborada por la Fiscalía General del Estado, que interpretó que era aplicable el nuevo texto penal a aquellos delitos permanentes cometidos con anterioridad a su entrada en vigor, pero que ello no era «trasvasable a los delitos instantáneos de efectos permanentes, como muchos supuestos de falsedad, en que habrá que estar a la fecha en que se realizó la actividad aunque sus efectos se perpetúen en el tiempo».

sión supraindividual del bien jurídico protegido⁸⁴ y dotaría de significado independiente a las conductas tipificadas en ambos incisos.

Según esta interpretación, por ejemplo, sería impune la conducta del empresario que impone a unos «falsos becarios» jornadas maratónicas que superan las 50 horas semanales, si dicha imposición se produjo con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma.

Por el contrario, en caso de ser interpretado como delito permanente, la consumación se prolongaría más allá de la mera imposición de dichas condiciones ilegales. En efecto, la entrada en vigor de la norma conllevaría una suerte de aplicación retroactiva del nuevo precepto: los empresarios que hubieran impuesto, con anterioridad a la reforma, condiciones ilegales mediante fórmulas ajenas al contrato de trabajo podrían ser considerados automáticamente sujetos activos del delito del art. 311.2º CP con su entrada en vigor.

Siguiendo con el mismo ejemplo anterior, sería típica la conducta del empresario que impone a unos «falsos becarios» jornadas maratónicas que superan las 50 horas semanales, a pesar de que dicha imposición se produjera con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma.

Como puede observarse, esta última interpretación permitiría incluir en el precepto aquellos casos en los que se mantuvieran las condiciones ilegales impuestas con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma sin que mediara requerimiento o sanción administrativa, que de otro modo quedarían impunes. No obstante, haría inaplicable la conducta tipificada en el segundo inciso pues, en todo caso, el mantener unas condiciones ilegales entraña una previa imposición de éstas. En consecuencia, de seguirse esta interpretación, la segunda conducta típica devendría virtualmente inaplicable.

Coherentemente con lo argumentado en el apartado correspondiente al bien jurídico protegido por el nuevo precepto, se acoge en estas líneas una interpretación de dicho tipo penal como *delito de estado*, que se consume con la imposición de las condiciones ilegales —para un análisis en profundidad de este último aspecto, *vid. infra* apartado 5.1— excluyendo del tipo de injusto el mantenimiento de dichas condiciones. En efecto, de forma similar a lo que sucede con el delito de bigamia, no puede defenderse que se impongan nuevamente —esto es, que se renueve el peligro para el bien jurídico protegido reiteradamente— condiciones ilegales por su simple mantenimiento. La subsistencia de la situación antijurídica no se integra en el tipo de injusto porque el peligro para el bien jurídico

⁸⁴ En efecto, el peligro para el bien jurídico protegido por el tipo penal analizado se materializaría con la mera imposición de las condiciones ilegales, sin que el contenido de injusto se intensificara por el mantenimiento de dichas condiciones. Distinta sería la conclusión si el bien jurídico protegido fuera de naturaleza individual, en cuyo caso el contenido de injusto no se agotaría con la mera imposición de las condiciones ilegales.

protegido, de dimensión supraindividual, no se intensifica con ello, sino que éste se agota con la mera creación de aquélla.

Se podría objetar que este planteamiento conlleva la impunidad de aquellas conductas de imposición de condiciones ilegales cometidas con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma pero que se mantengan después de ésta sin sanción o requerimiento previos. Puede responderse que, efectivamente, ello se desprende del principio de irretroactividad plasmado en el art. 2 CP que deriva del principio de legalidad. Pero es que, además, ello no redundaría necesariamente en un trato desigual respecto a aquellos trabajadores a los que les fueran impuestas dichas condiciones con posterioridad a la entrada en vigor, puesto que el mantenimiento de las condiciones ilegales, siempre que concurriera un requerimiento o sanción administrativa previos, sería subsumible en el art. 311.2º *in fine*. Así, nada obstaría a que cada uno de los trabajadores afectados, en caso de condiciones impuestas con anterioridad a la entrada en vigor del precepto estudiado, pudiera interponer una denuncia frente a la autoridad laboral competente. En ese supuesto, tras la sanción correspondiente, el mantenimiento de las condiciones sería subsumible en la conducta tipificada en el segundo inciso.

Por todo lo anterior, considero que la introducción del segundo inciso debe entenderse como una suerte de *cláusula transitoria* que proporciona al empresario un lapso de tiempo para acogerse a la nueva norma. De esta forma se dota de contenido a la norma en su totalidad, entendiendo que el delito se comete, en su primera modalidad típica, cuando se imponen condiciones ilegales mediante una contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo —algo que deberá suceder en todo caso con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma— y, en la segunda, cuando éstas son mantenidas en contra de requerimiento o sanción administrativa —a pesar de que hayan sido impuestas con anterioridad a la entrada en vigor de la norma—.

Hecha esta precisión preliminar, procede a continuación adentrarnos en el estudio diferenciado de cada una de las conductas contenidas en el tipo penal del nuevo art. 311.2º CP.

5.1. Imposición de condiciones ilegales mediante la contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo

A diferencia de lo que sucede con el tipo penal del primer ordinal del art. 311 CP, el nuevo delito de imposición de condiciones ilegales incorpora un novedoso medio comisivo que da respuesta a un específico objetivo de política criminal.

En efecto, se sustituyen los medios determinados «engaño o abuso de situación de necesidad» por la «contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo», aunque ambos exigen la producción de un *resultado*⁸⁵: la imposición de condiciones, en nuestro caso, ilegales. La supresión de los medios comisivos descritos en el art. 311.1° CP había sido una demanda de algún sector doctrinal⁸⁶, que entendía que reducían en exceso el ámbito de aplicación del tipo penal. Según esta posición, el plus de lesividad que debía servir como criterio de deslinde frente a la infracción administrativa se identificaría con en el verbo «imponer»⁸⁷, que se interpretaba como el establecimiento de una carga, gravamen u obligación⁸⁸, sin violencia ni intimidación —en caso contrario, estaríamos ante el tipo agravado del actual art. 311.5° CP—.

No obstante, no es de recibo que la «imposición» sirva como *único* criterio delimitador frente a la infracción administrativa, no sólo porque éste puede ser interpretado como un término neutro⁸⁹, sino porque la situación de desigualdad en que se fundamenta dicha interpretación es inherente a la propia relación laboral y ya es valorada por el ordenamiento jurídico-laboral, cuya función tuitiva prevé esa relación asimétrica. Es por ello por lo que la conducta tipificada en el primer inciso del art. 311.2° CP introduce un elemento adicional, que consiste en la utilización indebida de *fórmulas ajenas al contrato de trabajo*.

En este sentido, a mi parecer, la utilidad del verbo «imponer» radicaría, como sucedía con el art. 311.1° CP, en manifestar el desvalor de resultado; esto es, la imposición no se refiere únicamente a la propia acción de imponer, sino, principalmente, al *resultado de establecimiento de dichas condiciones ilegales* mediante esta conducta⁹⁰. Por otro lado, la necesidad de apreciar una *imposición* unilateral por parte del empresario serviría para delimitar, como se ha desarrollado *supra* apartado 4.3, el umbral mínimo de tipicidad y el círculo de sujetos pasivos.

⁸⁵ Así lo afirmaban, respecto al art. 311.1° CP, De Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., pp. 136-137; Ortubay Fuentes, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo*, op. cit., pp. 332-334.

⁸⁶ Baylos Grau, A. y Terradillos Basoco, J. M., *Derecho penal del trabajo*, op. cit., p. 72. Lascuraín Sánchez, J. A., «Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta», op. cit., p. 40, por su parte, denuncia el engaño como medio típico reduce en exceso la aplicación del tipo penal mientras que el abuso de la situación de necesidad, al contrario, conlleva un exceso por su inherencia a la naturaleza de la relación laboral.

⁸⁷ Baylos Grau, A. y Terradillos Basoco, J. M., *Derecho penal del trabajo*, op. cit., p. 72.

⁸⁸ Navarro Cardoso, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, op. cit., p. 50.

⁸⁹ Ortubay Fuentes, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 468, reconoce que podría sustituirse dicho concepto por «poner» o «aplicar», aludiendo únicamente al modo en que debe desarrollarse la relación entre empleador y trabajador.

⁹⁰ De Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., pp. 136-137; Ortubay Fuentes, M.: *Tutela penal de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 333.

En consecuencia, como sucede con el ordinal primero del precepto estudiado, el especial desvalor de acción se concentra en el empleo de unos medios comisivos determinados que, para un sector doctrinal, sirve como criterio delimitador frente a la infracción administrativa⁹¹. En el caso del actual 311.2º CP, el medio comisivo consistiría en la utilización de fórmulas ajenas al contrato de trabajo para la producción de un resultado típico: la imposición de condiciones ilegales.

En un esfuerzo interpretativo para concretar el ámbito de aplicación del nuevo tipo penal, por tanto, en este trabajo se afirma que los elementos que presuponen la necesidad de intervención penal consisten en el empleo de fórmulas ajenas al contrato de trabajo —desvalor de acción— para la imposición de condiciones ilegales —desvalor de resultado—. No obstante, la vaguedad empleada en la redacción de ambos conceptos y la necesaria remisión a cuerpos legales de otros sectores del ordenamiento jurídico dificultan su comprensión.

El legislador ha pretendido anudar un especial desvalor de acción a la contratación mediante fórmulas ajenas al contrato de trabajo, por la mayor facilidad que genera su abuso para la imposición de condiciones ilegales. A modo de ejemplo, resulta más sencillo para el empresario imponer una jornada superior a la prevista legalmente a un «falso autónomo» que a un trabajador en sentido jurídico-laboral, puesto que en relación con los primeros no existe obligación de registro de jornada por parte del empresario.

Así, no toda imposición de condiciones ilegales a una persona contratada mediante fórmula distinta a la laboral será típica. Al contrario, deberá tratarse de un trabajador *de facto*⁹² al que se le impongan dichas condiciones aprovechando la especial vulnerabilidad generada por su contratación mediante fórmula distinta al contrato de trabajo⁹³. La norma, por tanto, no será aplicable únicamente al caso de los conocidos como «falsos autónomos», sino también puede serlo en todos aquellos supuestos en los que concurra un trabajador por cuenta ajena en sentido

⁹¹ De Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., p. 152.

⁹² Lo que debe entenderse como un trabajador fáctico no queda suficientemente delimitado en todos los casos, ya que la Disposición Adicional 23ª ET únicamente incorpora una presunción de laboralidad respecto a las plataformas digitales de reparto, sin extenderlo a otras plataformas donde esta cuestión es fenomenológicamente relevante, como el caso de las plataformas digitales de transporte.

⁹³ Fernández Nieto, L., «Los delitos contra los derechos de los trabajadores. El 'tipo especial' del nuevo artículo 311.2º del Código Penal», en *Diario La Ley*, Vol. 10279, 2023, p. 4, afirma que la contratación fraudulenta de los conocidos como «falsos autónomos» agrava la situación de vulnerabilidad inherente a la posición del trabajador respecto al empresario, al precisar, con carácter previo a la protección de sus derechos laborales, su reconocimiento como trabajadores en sentido jurídico-laboral.

fáctico⁹⁴ y se le impongan condiciones ilegales aprovechando una previa falta de contratación laboral fraudulenta⁹⁵.

En relación con el especial desvalor de resultado —la imposición de condiciones ilegales— parece que las exigencias de mayor precisión que demandaba la doctrina⁹⁶ en relación con los delitos contra los derechos de los trabajadores han sido desoídas por el legislador de 2022. En efecto, como sucedía con el art. 311.1º CP, no se definen las infracciones del ordenamiento jurídico-laboral relevantes a efectos penales.

En primer lugar, la expresión «condiciones ilegales» excluye del tipo la imposición de condiciones que sean contrarias al contrato —que, como se ha dicho, será normalmente un contrato mercantil de prestación de servicios— o al convenio colectivo al que materialmente podría acogerse el empleado en caso de ser reconocido como trabajador por cuenta ajena. En este sentido, debe valorarse positivamente la subsunción en el tipo únicamente de aquellas conductas que impongan condiciones que lesionen los derechos mínimos reconocidos en las disposiciones legales, respondiendo adecuadamente en relación con este extremo al principio de subsidiariedad del Derecho penal⁹⁷.

Por otro lado, deben entenderse excluidas aquellas condiciones cuya imposición sea implícita a la propia falta de reconocimiento del empleado como trabajador por cuenta ajena⁹⁸ pues, de lo contrario, la mera contratación de un trabajador con fórmulas ajenas a la laboral colmaría el tipo. Un criterio que puede resultar adecuado para delimitar las condiciones cuya imposición a través del medio típico puede generar respon-

⁹⁴ La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo recurre para ello a las notas definitorias de una relación laboral por cuenta ajena, recogidas en el art. 1.1 ET. En este sentido, por todas, STS 348/2017, Penal, de 17 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1908), FJ 3º.

⁹⁵ Por tanto, también pueden subsumirse en este tipo penal, sin ánimo de exhaustividad, los supuestos de falsas cooperativas, falsos becarios e, incluso, los relativos a profesionales de la Abogacía que, pese a constar como trabajadores por cuenta propia, prestan servicios a un empresario concurriendo las notas características de una relación laboral por cuenta ajena.

⁹⁶ Baylos Grau, A. y Terradillos Basoco, J. M., *Derecho penal del trabajo*, op. cit., p. 73; Lascuraín Sánchez, J. A., «Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta», op. cit., pp. 39 ss.

⁹⁷ Ya se ha hecho referencia al rechazo de un amplio sector doctrinal a la tipificación de conductas de imposición de condiciones contrarias a las acordadas en el contrato de trabajo o, incluso, en el convenio colectivo correspondiente, pues estos instrumentos convencionales reconocen derechos superiores al umbral mínimo legal, lo que no justifica la intervención penal en su protección.

⁹⁸ En este sentido, no podrán ser típicas, entre otras, la falta de alta o afiliación en el Régimen General de Seguridad Social, la falta de indemnización ante una finalización de la relación laboral o la ausencia del abono de la prestación de incapacidad temporal cuando así le corresponda al empresario. Se acogen respecto a este extremo, por tanto, las mismas consideraciones que en relación con el delito de imposición de condiciones ilegales a extranjeros sin permiso efectúa Lascuraín Sánchez, J. A., «Tema 15. Delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., pp. 603-604.

sabilidad penal sería optar por aquellas infracciones graves o muy graves tipificadas en la LISOS⁹⁹.

A modo de ejemplo, sería típica la imposición por parte del empresario de condiciones que vulneraran las disposiciones legales reguladoras del salario mínimo interprofesional, de los límites en materia de jornada máxima, descanso, vacaciones, permisos¹⁰⁰... Por otro lado, únicamente podrán ser típicas aquellas condiciones ilegales que sean impuestas *ex novo* por el empleador, sin que al incumplimiento de las condiciones lícitas impuestas anteriormente pueda anudarse reproche penal alguno¹⁰¹, pues el tipo no abarca los incumplimientos puntuales, sino la constitución de relaciones laborales que se estructuran en torno a condiciones ilegales.

A este respecto, sería típica la conducta del empresario que impone a un trabajador contratado como «falso autónomo» una retribución que no alcanza el salario mínimo interprofesional, pero no sería penalmente relevante el impago de cinco mensualidades por parte de ese empresario al mismo trabajador.

Por todo ello, el plus de desvalor que permite diferenciar el delito frente a la infracción administrativa grave del art. 22 LISOS no puede buscarse en la mera imposición de condiciones por parte del empleador. Para colmar el tipo, a dicha base fáctica se le deben añadir dos notas determinantes: (i) la contratación de un trabajador *de facto* mediante una fórmula distinta al contrato de trabajo —desvalor de acción—, y (ii) sirviéndose de la vulnerabilidad en que se coloca al empleado a través del referido medio comisivo, el establecimiento de condiciones que vulneran los derechos mínimos e irrenunciables reconocidos en las disposiciones legales —desvalor de resultado—¹⁰².

⁹⁹ Esta conclusión se obtiene a partir de la interpretación que respecto al tipo penal del art. 311.1º CP ofrecen Baylos Grau, A. y Terradillos Basoco, J. M., *Derecho penal del trabajo*, op. cit., p. 74. También lo planteó como criterio de deslinde Fuentes Osorio, J. L., «¿El legislador penal conoce la normativa sancionadora laboral?», op. cit., p. 566. Por su parte, Lascuraín Sánchez, J. A., «Tema 15. Delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., pp. 598-599, defiende únicamente la consideración de las infracciones muy graves.

¹⁰⁰ Todas ellas, tipificadas como infracción grave en el art. 7 LISOS.

¹⁰¹ En relación con el art. 311.1º CP, en este sentido, Ortubay Fuentes, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 333. En sentido contrario, a favor de tipificar los meros retrasos o el impago de salario, Lascuraín Sánchez, J. A., «Tema 15. Delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., p. 599. En mi opinión, estas irregularidades difícilmente tendrán encaje en el tipo penal del art. 311.2º CP, máxime si se considera que existen otros delitos, como el de estafa, que pueden abarcar de modo más adecuado el injusto que emana de tales conductas.

¹⁰² Alcanzando conclusiones similares, Núñez Castaño, E., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., pp. 310-311. Sin embargo, no se comparte la interpretación que efectúa la autora al incluir las condiciones de Seguridad Social perjudiciales entre aquellas cuya imposición puede colmar el tipo penal del 311.2º CP.

En resumen, según la interpretación seguida en este trabajo, este medio comisivo viene a sustituir en el tipo penal estudiado el engaño y el abuso de la situación de necesidad requeridos por el art. 311.1º CP¹⁰³. Por ello, los dos primeros ordinales del art. 311 CP recogen conductas cuyos medios comisivos colocan al sujeto pasivo en una especial situación de vulnerabilidad (sea por el engaño, el abuso de la situación de necesidad o el empleo de fórmulas ajenas a la contratación laboral), cuya concurrencia permite afirmar que ambos preceptos protegen a los trabajadores ante conductas de verdadera explotación laboral. Solamente esta interpretación permite justificar la equivalencia valorativa de ambas conductas y su inclusión entre los delitos contra los derechos de los trabajadores.

Finalmente, debe esbozarse una breve nota complementaria en relación con la consumación de la conducta típica estudiada. El nuevo tipo penal despeja cualquier duda acerca de la irrelevancia del perjuicio para la consumación del delito, de forma similar a la interpretación doctrinal¹⁰⁴ y jurisprudencial¹⁰⁵ mayoritaria respecto al art. 311.1º CP. Sin embargo, subsiste la incógnita relativa a si la mera imposición formal colma el tipo o si, por el contrario, es necesario que el trabajador desempeñe sus funciones sometido a dichas condiciones. Si se acoge, como se ha hecho en estas líneas, que el término «imposición» remite, principalmente, al resultado de establecimiento de dichas condiciones, debe necesariamente acogerse la segunda opción: únicamente pueden entenderse impuestas las condiciones al trabajador cuando éste sigue prestando sus servicios pese a estar sometido a dichas cargas¹⁰⁶.

Así, en el supuesto en el que una empresa de reparto de comida a domicilio pretende imponer a un «falso autónomo» la realización de horas extraordinarias sin que sean retribuidas y éste se opone, negándose a seguir prestando sus servicios bajo dichas condiciones, el delito no se

¹⁰³ Fernández Nieto, L., «Los delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., pp. 3-4, alude a estos diversos medios comisivos como las distintas modalidades de las que se sirve el empresario para imponer unas mismas condiciones ilegales.

¹⁰⁴ Ortubay Fuentes, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 480; De Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., p. 173. En sentido contrario, exigiendo la concurrencia de un perjuicio, Baylos Grau, A. y Terradillos Basoco, J. M., *Derecho penal del trabajo*, op. cit., p. 73.

¹⁰⁵ Es representativa la ya citada STS 247/2017, Penal, de 5 de abril, (ECLI:ES:TS:2017:1303), que con claridad meridiana expone que no se exige «perjuicio alguno que de existir constituiría el agotamiento del delito».

¹⁰⁶ De forma similar lo expone, respecto al art. 311.1º CP, Lascuraín Sánchez, J. A., «Tema 15. Delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., p. 601. En contra, un amplio sector doctrinal exigía únicamente para la consumación la fijación de dichas condiciones, sin que fuera necesaria la prestación de servicios por el trabajador bajo tales condiciones; *vid.* Navarro Cardoso, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, op. cit., p. 62; Ortubay Fuentes, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 477; Agustina Sanllehí, J. R., «Tema 13. Delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., p. 485.

habría consumado. Se estaría en este supuesto, por tanto, ante una tentativa del delito de imposición de condiciones ilegales.

5.2. *Mantenimiento de condiciones ilegales en contra de requerimiento o sanción administrativa*

El segundo inciso del nuevo tipo penal contempla una conducta cuyos presupuestos típicos no son inéditos entre los delitos contra los derechos de los trabajadores —puede verse, en concreto, en el delito de discriminación laboral del art. 314 CP— pero que, sin embargo, introduce ciertas consideraciones que merecen un detallado estudio. Para el análisis efectuado en este apartado se acogerán algunas de las aportaciones doctrinales efectuadas en relación con el art. 314 CP, en todo aquello que pueda ser aplicable al nuevo tipo de mantenimiento de condiciones ilegales.

En primer lugar, debe advertirse que esta segunda conducta típica adolece de una redacción técnicamente deficiente que, conforme a lo denunciado en líneas anteriores, trae causa de un procedimiento legislativo precipitado. La primera manifestación de ello consiste en la expresión «mantengan en contra de (...) sanción administrativa» pues, teniendo en cuenta que una sanción no impone obligación de ningún tipo al destinatario en relación con la comisión de infracciones futuras, es evidente que las condiciones ilegales no pueden ser mantenidas *en contra de* sanción sino, en todo caso, *con posterioridad a* una sanción. Lo que se desprende de ello, por tanto, es que el tipo penal parece pretender reprimir las conductas *contumaces* en las que el sujeto persiste pese a la existencia de una sanción previa.

En relación con el propio concepto de «sanción», la doctrina, al interpretar el delito de discriminación laboral, es unánime —y no puede entenderse de otra forma, atendiendo al tenor literal del precepto— en considerar únicamente relevante a efectos penales la sanción administrativa¹⁰⁷, es decir, aquella impuesta por la Inspección de Trabajo por la comisión de una infracción tipificada en la LISOS siguiendo el procedimiento establecido en el Real Decreto 928/1998¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Tapia Ballesteros, P., «El delito de discriminación laboral (art. 314 CP): ¿ejemplo de una deliberada técnica legislativa deficiente?», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Vol. 55, 2019, p. 5; Navarro Cardoso, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, op. cit., pp. 118-119; DE Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., p. 363; Pomares Cintas, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral*, op. cit., p. 153.

¹⁰⁸ Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

Conforme al principio de subsidiariedad, considero que la sanción, entendida como elemento del tipo objetivo¹⁰⁹, deberá ser firme para que su inadvertencia pueda considerarse típica a efectos del segundo inciso del nuevo precepto. En efecto, cuando la declaración de la existencia de relación laboral entre la empresa y el trabajador o la ilegalidad de la condición impuesta es todavía litigiosa, y el ordenamiento laboral prevé medios de impugnación que aún están siendo ejercidos por el empresario, debe optarse por agotar dicha vía antes de recurrir a la sanción penal.

Mayor controversia doctrinal y jurisprudencial ha suscitado la consideración del concepto «requerimiento», cuya interpretación ha cristalizado en tres alternativas posibles: (i) considerar relevante a efectos penales únicamente el requerimiento administrativo¹¹⁰; (ii) dotar de trascendencia típica tanto al requerimiento administrativo como al judicial¹¹¹; (iii) admitir solamente el requerimiento judicial, excluyendo el administrativo¹¹².

En este sentido, si bien el tenor literal del precepto admite ambas interpretaciones, entiendo preferible, junto con un sector doctrinal minoritario, la tercera postura. En efecto, se comparte que desoír los requerimientos que efectúa la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social¹¹³,

¹⁰⁹ En relación con el delito de discriminación laboral, en contra de su consideración como condición objetiva de punibilidad o de procedibilidad, a los que me adhiero, Palomo Del Arco, A., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., p. 1781; Tapia Ballesteros, P., «El delito de discriminación laboral (art. 314 CP)», op. cit., pp. 3-4.

¹¹⁰ Un amplio sector doctrinal desecha esta posibilidad, por entender que el término «administrativa», adjetivo cuyo género y número son el femenino y singular; únicamente califica al sustantivo «sanción» y no al término «requerimiento», que podrá ser tanto administrativo como judicial. No obstante, en sentido contrario se manifiestan Agustina Sanllehí, J. R., «Tema 13. Delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., p. 496 y algunas resoluciones judiciales: SAP Islas Baleares Sección 1ª, de 24 de marzo de 2017 (ECLI:ES:APIB:2017:497); AAP Barcelona, Sección 10ª, de 13 de abril de 2010 (ECLI:ES:APB:2010:2585ª). *Vid.* éstas y otras referencias en Tapia Ballesteros, P., «El delito de discriminación laboral (art. 314 CP)», op. cit., p. 5.

¹¹¹ Esta posición es claramente mayoritaria en la doctrina; cfr., Lascurain Sánchez, J. A., «Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta», op. cit., p. 27; Palomo Del Arco, A., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., p. 1781; De Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., pp. 365-366; Navarro Cardoso, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, op. cit., pp. 118-119; Baylos Grau, A. y Terradillos Basoco, J. M., *Derecho penal del trabajo*, op. cit., p. 136; Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, op. cit., pp. 1051-1052.

¹¹² Pomares Cintas, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral*, op. cit., pp. 153-155; Tapia Ballesteros, P., «El delito de discriminación laboral (art. 314 CP)», op. cit., 2019, p. 7.

¹¹³ Dichos requerimientos tienen por objeto la subsanación de los incumplimientos advertidos por el órgano inspector con anterioridad al inicio de un procedimiento sancionador. A este respecto, *vid.* art. 22.1 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como el art. 11.5 del ya citado Real Decreto 928/1998.

frente a los que la ley *no confiere la posibilidad de recurso alguno*, no puede configurar ningún ilícito penal, bajo riesgo de vulnerar el principio de subsidiariedad del Derecho penal¹¹⁴. El requerimiento administrativo no tiene la misma fuerza que la sanción administrativa, por cuanto no constata la existencia de infracción alguna, sino la presencia de una irregularidad que puede ser subsanada para prevenir la incoación de un procedimiento sancionador¹¹⁵. Por ello, situar en el mismo escalón valorativo —y penológico— el incumplimiento del requerimiento administrativo y de la sanción del mismo orden resulta axiológicamente incoherente.

No obstante, parece que las anteriores consideraciones, en relación con el nuevo delito de mantenimiento de condiciones ilegales, son más una propuesta *de lege ferenda* que una interpretación compatible *de lege lata*. Y ello porque no puede identificarse ningún requerimiento judicial que pudiera ser aplicable en este caso, por lo que, de seguir esta vía interpretativa, un elemento del tipo objetivo quedaría vacío de contenido.

En primer lugar, porque, contrariamente a lo que algunos autores concluían con respecto al delito de discriminación laboral, la sentencia confirmatoria de la sanción en el orden jurisdiccional social no puede ser considerada un *requerimiento judicial* a efectos del art. 311.2º CP *in fine*¹¹⁶. La diferencia radica en el hecho de que, en los casos de discriminación laboral, la sentencia del orden social declara la situación de discriminación y, por otra parte, *conmina* al autor a reponer la situación de igualdad —readmitiendo, por ejemplo, al trabajador despedido de forma discriminatoria—. En cambio, en las condiciones ilegales cuyo mantenimiento puede colmar el tipo penal del art. 311.2º CP, las sentencias del orden social únicamente *declaran* la conformidad a Derecho de las sanciones, sin que *requieran* al autor a cesar en su conducta.

Por otro lado, ninguno de los requerimientos judiciales recogidos en legislación procesal del orden social parece ser aplicable a estos supuestos ya que, esencialmente, van destinados a cuestiones de medidas cautelares o prueba, o bien referidos al proceso monitorio o a la fase de ejecución de sentencia¹¹⁷.

Por tanto, los requerimientos cuya inadvertencia adquiere relevancia penal a la luz del art. 311.2º CP *in fine* son aquellos que el personal ins-

¹¹⁴ Tapia Ballesteros, P., «El delito de discriminación laboral (art. 314 CP)», op. cit., p. 7.

¹¹⁵ Pomares Cintas, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral*, op. cit., pp. 153-155.

¹¹⁶ En este sentido se pronunciaban Tapia Ballesteros, P., *La discriminación laboral. Análisis del artículo 314 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 287; Pomares Cintas, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral*, op. cit., pp. 154-155; De Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo*, op. cit., p. 367.

¹¹⁷ *Vid.*, a modo de ejemplo, arts. 79.3, 93, 101 y 241.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

pector efectúa con anterioridad al inicio del procedimiento sancionador, siempre que así lo aconsejen las circunstancias del caso, y que encuentra respaldo normativo, como ya se ha dicho, en la Ley Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como en el Reglamento general sobre el procedimiento para la imposición de sanciones del orden social.

En conclusión, pese a que el tenor literal del precepto admita ambas posibilidades interpretativas, en la práctica, el único requerimiento que puede colmar el tipo del art. 311.2º CP *in fine* será únicamente el *administrativo*, por lo que le son aplicables a esta consideración las críticas efectuadas anteriormente. En consecuencia, la configuración de esta segunda conducta típica permite afirmar, de acuerdo con otros autores, que se está ante una figura que evoca a un delito de *desobediencia*, por un lado, y a un tipo penal de *contumacia*, por otro¹¹⁸. La referencia al *requerimiento* alude a la primera cuestión, mientras que la represión penal de una conducta reincidente posterior a una *sanción* administrativa permite defender el segundo aserto.

Otro interrogante que surge ante la lectura de la segunda conducta típica consiste en la determinación del *objeto* cuyo mantenimiento es reprochado penalmente. En este sentido, debe dilucidarse si el pronombre «las» se refiere a las condiciones ilegales o a las fórmulas ajenas al contrato de trabajo. Si lo que se tipifica es el mantenimiento de una contratación ajena al ordenamiento jurídico-laboral, se vulnera el carácter fragmentario del Derecho penal y el principio de subsidiariedad, pues no existiría ningún criterio para deslindar dicha infracción penal de la administrativa. Si, por el contrario, lo punible consiste en mantener las condiciones ilegales impuestas mediante tales fórmulas ajenas al contrato laboral, surge el problema de determinar a qué deben ir referidos los requerimientos o sanciones administrativas que menciona el tipo: si a la concreta condición ilegal o al mantenimiento de la fórmula ajena al ordenamiento laboral.

En este sentido, resulta difícil delimitar cuándo deberá intervenir el ordenamiento administrativo sancionador y cuándo será aplicable el art. 311.2º CP. Ello porque, precisamente, los arts. 39.2 y 41 LISOS prevén como circunstancias agravatorias, respectivamente, el incumplimiento de advertencias y requerimientos de la Inspección de Trabajo y las infracciones reincidentes.

¹¹⁸ Respecto al delito del art. 311.2º CP, Martínez-Buján Pérez, C., «El nuevo delito de imposición (o mantenimiento) de condiciones ilegales...», op. cit., p. 100. Respecto al delito de discriminación laboral, extrañan dichas consideraciones de la interpretación de los términos *requerimiento* y *sanción* Agustina Sanllehí, J. R., «Tema 13. Delitos contra los derechos de los trabajadores», op. cit., p. 495; Lascuraín Sánchez, J. A., «Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta», op. cit., p. 27.

Ello puede conducir a intentar identificar el especial desvalor de conducta con una *contumacia o desobediencia específicamente intensas* —lo que puede ser incompatible con el respeto al principio de legalidad— o con la *relación que mantiene con la conducta tipificada en el primer inciso*. Inclinandome por la segunda posibilidad, considero que el especial desvalor de la segunda conducta típica, que permite diferenciarla de la infracción administrativa, consiste en el mantenimiento de unas condiciones ilegales que han sido impuestas previamente a través de fórmulas ajenas al contrato de trabajo.

En consecuencia, este nuevo delito se configura como un delito de omisión pura en el que el objeto de prohibición recae en el *mantenimiento de condiciones ilegales*, no de fórmulas ajenas al contrato de trabajo, por lo que el requerimiento o la sanción deberán ir dirigidos a aquéllas, y no a la propia contratación fraudulenta.

Asumiendo lo anterior, no será típica la conducta del sujeto que mantenga, con posterioridad a la sanción o requerimiento, unas condiciones *sustancialmente distintas* a aquéllas que hubieran sido objeto de la sanción o requerimiento. Del mismo modo, serán relevantes, a efectos de determinar la subsunción o no de la conducta en el art. 311.2º CP *in fine*, las *modificaciones en las circunstancias de prestación de servicios* que el empresario haya podido efectuar y que afecten a la calificación del sujeto pasivo como trabajador; es decir, que permitan afirmar que en ese individuo ya no concurren las notas de retribución, dependencia, ajenidad y voluntariedad.

Finalmente, la conducta típica contenida en el art. 311.2º CP, en atención a la comprensión de su configuración típica y a su naturaleza como delito de omisión pura, deberá entenderse consumada en el preciso instante de recepción del requerimiento que origine el deber de actuar o desde la firmeza de la sanción administrativa. No obstante, quizá debería haberse previsto una cláusula que circunscribiera la consumación del delito a aquellos incumplimientos injustificados, excluyendo la tipicidad de los meros retrasos¹¹⁹.

6. Conclusión

En las páginas precedentes se ha procurado, además de destacar los vicios de los que adolece el nuevo delito contenido en el art. 311.2º CP, ofrecer una serie de criterios interpretativos que permitan dotar de seguridad jurídica a los distintos operadores en su tarea de aplicación del

¹¹⁹ Exigiéndolo respecto al delito de discriminación laboral, Baylos Grau, A. y Terradillos Basoco, J. M., *Derecho penal del trabajo*, op. cit., p. 138.

nuevo tipo penal. Las conclusiones obtenidas a lo largo del presente trabajo se pueden resumir en los puntos que a continuación se exponen.

En primer lugar, resulta difícil identificar el plus de lesividad que justifique la intervención penal respecto a las conductas sancionadas por el nuevo precepto, lo que parece encuadrarse en la tendencia del legislador de ampliar la tipificación de delitos de peligro de dudosa antijuridicidad material para, de este modo, salvaguardar una serie de instituciones económicas consideradas esenciales.

Por otro lado, el adelantamiento de las barreras de protección mediante la creación de un delito de peligro posiblemente era, en este caso concreto, innecesario y desproporcionado. Innecesario, porque el ordenamiento laboral ya contaba con medios de prevención de tales conductas y porque, además, los ataques más graves ya podían entenderse subsumidos en el art. 311.1.º CP, siempre que concurrieran los medios comisivos en él descritos. Por otro lado, el nuevo tipo penal puede resultar desproporcionado, al llevar aparejada una pena de prisión de hasta 6 años, pudiendo ascender hasta los 9 años con la agravación dispuesta en el nuevo ordinal quinto del precepto.

En tercer lugar, el bien jurídico protegido por el delito consiste en las condiciones mínimas e irrenunciables de la relación laboral, respecto a la conducta de *imposición*, y en el interés del Estado en el cumplimiento de la normativa laboral y la efectividad de su sistema de control administrativo, respecto a la conducta recogida en el segundo inciso.

En relación con el sujeto activo del delito, se ha argumentado que, en la línea del resto de los delitos contra los derechos de los trabajadores, el art. 311.2.º CP debe interpretarse como un delito especial, dado que las conductas típicas únicamente pueden ser ejecutadas por el empresario.

Por su parte, los destinatarios de la conducta típica lo son los trabajadores en sentido fáctico, sin que sea exigible que concurra en ellos una calificación jurídico-laboral de trabajador por cuenta ajena que, por definición, no será apreciable nunca en estos supuestos.

El ámbito de aplicación de cada una de las conductas sancionadas por el nuevo tipo penal lo marca su interpretación como un tipo penal mixto, en el que la segunda conducta opera como cláusula transitoria. En efecto, serán típicas las conductas de *imposición* de condiciones ilegales cometidas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/2022 —esto es, a partir del 12 de enero de 2023—. Por otro lado, serán subsumibles en el segundo inciso del art. 311.2.º CP las conductas de *mantenimiento* de dichas condiciones ilegales cuando éstas hayan sido impuestas con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma.

La conducta del primer inciso debe consistir en una verdadera *imposición* de condiciones ilegales, por lo que no será delictiva la mera existencia de condiciones ilegales que hayan sido acordadas entre el empre-

sario y el trabajador. Además, para subsumir una conducta en el primer inciso del art. 311.2° CP, es preciso no sólo una imposición de condiciones ilegales, sino que ésta haya sido ejecutada aprovechando el empresario la fórmula ajena al contrato de trabajo, lo que permite afirmar una situación de verdadera *explotación laboral* que permite equiparar valorativamente estas conductas con las contenidas en el art. 311.1° CP, cuya pena es idéntica.

Finalmente, se ha argumentado que sólo adquiere relevancia penal el *mantenimiento* de condiciones ilegales impuestas previamente mediante una fórmula ajena al contrato de trabajo, siempre que sea posterior a una sanción administrativa o a un requerimiento judicial o administrativo. Sin embargo, en la práctica, ante la inexistencia de requerimientos judiciales aplicables en estos supuestos, sólo colmará el tipo el mantenimiento de condiciones ilegales con posterioridad a un requerimiento administrativo.

7. Bibliografía

- Agustina Sanllehí, J. R., «Tema 13. Delitos contra los derechos de los trabajadores», en Silva Sánchez (Dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte General y Especial*, 2ª ed., Atelier, Barcelona, 2023, pp. 477-508.
- Baylos Grau, A. y Terradillos Basoco, J. M., *Derecho penal del trabajo*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 1997.
- Benítez Ortúzar, I., «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, P. M. et al. (Dirs.), *Liber Amicorum: Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M^a. Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1033-1047.
- Borja Jiménez, E., «La terminación del delito», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 48, No. 1, 1995, pp. 89-185.
- De Vicente Martínez, R., *Derecho Penal del Trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- Dopico Gómez-Aller, J., «Tema 4. Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en De La Mata, N. et al. (Dirs.), *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 129-168.
- Fernández Nieto, L., «Los delitos contra los derechos de los trabajadores. El 'tipo especial' del nuevo artículo 311.2° del Código Penal», en *Diario La Ley*, Vol. 10279, 2023, pp. 1-12.
- Fuentes Osorio, J. L., «¿El legislador penal conoce la normativa sancionadora laboral?», en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 36, 2016, pp. 553-603.

- Goena Vives, B., «Tema 7. Las sanciones y otras consecuencias jurídicas», en Silva Sánchez (Dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte General y Especial*, 2ª ed., Atelier, Barcelona, 2023, pp. 217-241.
- Hortal Ibarra, J. C., «Tutela de las condiciones laborales y reformas penales: ¿El ocaso del Derecho penal del Trabajo?», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, Vol. 20, 2018, pp. 65-85.
- Íñigo Corroza, E., «El consentimiento de la víctima. Hacia una teoría normativa de la acción del que consiente», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 75, No. 1, 2022, pp. 167-203.
- Jescheck, H. y Weigend, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, (trad. por Olmedo Cardenete, M.), Comares, Granada, 2002.
- Kubiciel, M., «Libertad, instituciones, delitos de peligro abstracto: ¿Un nuevo prototipo del Derecho penal económico?», (trad. por Vílchez Chinchayán, R.), en *InDret*, Vol. 3, 2017, pp. 1-18.
- «Derecho penal económico indispensable, delitos prescindibles», (trad. por Goena Vives, B.), en *La Ley compliance penal*, Vol. 5, 2021, pp. 1-16.
- Lascuraín Sánchez, J. A., «Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 57, No. 1, 2004, pp. 19-52.
- «Tema 15. Delitos contra los derechos de los trabajadores», en De la Mata, N. et al. (Dir.), *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 593-628.
- Lascuraín Sánchez, J. A., «Más para el catálogo de excesos punitivos: el nuevo delito de camuflaje de la laboralidad», en *Almacén de Derecho*, 2023, disponible en: <https://almacenederecho.org/mas-para-el-catalogo-de-excesos-punitivos-el-nuevo-delito-de-camuflaje-de-la-laboralidad> [última consulta el 10 de abril de 2023].
- Lloria García, P., *Aproximación al estudio del delito permanente*, Comares, Granada, 2006.
- Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- «El nuevo delito de imposición (o mantenimiento) de condiciones ilegales a los trabajadores mediante su contratación con fórmulas ajenas al contrato de trabajo del art. 311-2º del Código Penal», en González Cussac J. L. (Coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 91-104.
- Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2016.

- Navarro Cardoso, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, 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, P. M. *et al.* (Dir.), *Liber Amicorum: Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M^a. Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1049-1063.
- Narváez Bermejo, M. A., *Delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- Núñez Castaño, E., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en Galán Muñoz, A. y Núñez Castaño, E. (Dir.), *Manual de Derecho penal económico y de la empresa*, 5^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 310-311.
- Organización Internacional del Trabajo, *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo 2021: El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo*, 2021.
- Ortubay Fuentes, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo: un estudio del artículo 311 del Código penal*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000.
- Palomo del Arco, A., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en Camacho Vizcaíno, A. (Dir.), *Tratado de Derecho Penal Económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 1747-1802.
- Peralta, J. M., «La explotación de una necesidad: una discusión filosófica sobre su ilicitud penal», en *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Vol. XVI, 2015, pp. 481-497.
- Pérez González, S., «El art. 311 del Código Penal: ¿la ley penal Glovo?», en *Almacén de Derecho*, 2023, disponible en: <https://almacenederecho.org/el-art-311-del-codigo-penal-la-ley-penal-glovo>, [última consulta el 18 de febrero de 2023].
- Pomares Cintas, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Quintero Olivares, G., «Reformas penales de acompañamiento: la ocultación de cadáver y la contratación laboral ilegal», en *Almacén de Derecho*, 2023, disponible en: <https://almacenederecho.org/reformas-penales-de-acompanamiento-la-ocultacion-de-cadaver-y-la-contratacion-laboral-ilegal>, [última consulta el 18 de febrero de 2023].
- Rodríguez Montañés, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid/Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994.
- Roxin, C., *Derecho Penal. Parte General*, (trad. por Luzón Peña, D. M. *et al.*), t. I, Civitas, Madrid, 1997.

- Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., B de F, Buenos Aires, 2010.
- *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., Edisofer, Madrid, 2011.
- Tapia Ballesteros, P., *La discriminación laboral. Análisis del artículo 314 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- «El delito de discriminación laboral (art. 314 CP): ¿ejemplo de una deliberada técnica legislativa deficiente?», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Vol. 55, 2019, pp. 1-26.
- Terradillos Basoco, J. M., «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 41, 2021, pp. 1-57.
- Torío López, Á., «Los delitos del peligro hipotético», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 34, No. 2-3, 1981, pp. 825-847.
- Trapero Barreales, M. A., «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», en *Cuadernos de Política Criminal*, Vol. 114, 2014, pp. 5-44.