



Derecho penal del trabajo

Juan M. Terradillos Basoco

Catedrático de Derecho penal
de la Universidad de Cádiz

Introducción

El Código Penal (CP) de 1995 es el resultado de un largo proceso legiferante que se inicia con el Proyecto de Ley Orgánica del Nuevo Código Penal de 1980 (PLOCP). Sus artículos 356 a 362 constituían el Capítulo V del Título VIII, dedicado a los "delitos cometidos contra el orden socio-económico". Se recogían en él figuras herederas del artículo 499 bis del CP de 1973, añadiéndose otras nuevas, criminalizadoras de conductas de fraude en el ámbito de la Seguridad Social. Se incluía también, para sustituir al artículo 427, una cláusula de agravación del homicidio o de las lesiones imprudentes cuando fueren causadas por infracción de normativa de seguridad laboral.

Avatares políticos que impidieron la aprobación del proyecto obligaron al legislador a acometer la profunda reforma del CP operada por la LO 8/1983, que afectó a la literalidad, que no al fondo, del artículo 427, e introdujo los artículos 348 bis a) y 177 bis, criminalizadores de los delitos contra la seguridad en el trabajo y contra la libertad sindical y el derecho de huelga respectivamente.

El Proyecto subsiguiente, de 1992, que reconocía en su Exposición de Motivos la inadecuación de los entonces vigentes delitos contra los derechos de los trabajadores, modificó la estructura del delito de discriminación laboral, añadiendo la exigencia de que el acto discriminatorio fuese seguido del no restablecimiento de la situación de igualdad tras el correspondiente requerimiento o sanción administrativa (art. 295). Por su parte, el artículo 296 contemplaba los ataques a la libertad sindical y el derecho de huelga como una modalidad de coacciones, castigados, además, con la penalidad prevista para las coacciones en el artículo 180, con lo que se delataba como un precepto inútil¹.

El inmediato antecedente del Código vigente es el Proyecto de 1994, en el que ya se contempla el contrato individual como fuente de las obligaciones, cuyo incumplimiento ilícito puede integrar el clásico delito contra los derechos mínimos de los trabajadores del ulterior artículo 311. Sigue, además, identificando las coacciones contrarias a las libertades sindicales con las comunes.

El trabajo parlamentario, que intentó sin éxito introducir el llamado acoso sexual laboral, consiguió aclarar el texto del delito de discriminación laboral, al pronunciarse en términos que luego pasaron a ser Derecho positivo, en el sentido de que su ámbito de realización es tanto el empleo público como el privado. Se introdujo también un nuevo artículo dedicado a los delitos contra la vida y la salud en el trabajo cometidos por imprudencia. Y se logró tipificar –en la Comisión de Justicia e Interior– los delitos contra la libertad sindical y el derecho de huelga con criterios distintos a los de las coacciones genéricas. A los trabajos de la Ponencia se debe la sistematización de estos delitos en un Título independiente, el XIV, así como la inclusión de criterios discriminadores –señaladamente la orientación sexual de la víctima– que no habían sido incluidos en el Proyecto. Positiva fue también la inclusión de la salud entre los bienes jurídicos protegidos en el artículo 312. El debate en el Senado sirvió, sobre todo, para rebajar el límite máximo de las penas de prisión que, en general, iban de seis meses a seis años. Se fijó una duración máxima de tres años para los tipos básicos, criterio que debe estimarse más adecuado.

El texto definitivamente aprobado, que opta por la decidida intervención del legislador penal en el ámbito del trabajo, no queda al abrigo de consideraciones críticas. En un contexto de flexibilidad legislativa cabe, en efecto, recelar de una intervención pública que podría desincentivar la inver-

1. TERRADILLOS BASOCO, J. M. *Coacciones en el ámbito laboral*, en J. M. TERRADILLOS BASOCO (coord.), *Delitos contra la libertad y seguridad*. Madrid. 1997, p. 232.

sión empresarial, imprescindible en tiempos de crisis como única fuente generadora de empleo. Su pervivencia sería disfuncional al nuevo sistema de regulación y de ordenación de las relaciones laborales. Tampoco el Derecho penal del trabajo debería, así, escapar a la "cultura" de la flexibilidad. Este planteamiento del debate es, sin embargo, un tanto simplificador. Parte de argumentos escorados ideológicamente, que no quieren reconocer que la reducción de la tutela del trabajo subordinado constituye sin más una estrategia de contención de costes y de restauración de un modelo de gobernabilidad del trabajo en sintonía con las exigencias de las empresas².

Es cierto que el debate actual sobre la ordenación de las fuentes y las funciones normativas en el Derecho del trabajo puede suministrar indicaciones sobre una modificación de las relaciones tradicionales, pero no conduce a la desaparición virtual de la tutela legal de los derechos de los trabajadores, que sigue constituyendo el sentido específico y el principio rector de este sistema normativo positivo. Se podrá discutir por tanto el cambio de función, la subsidiariedad o la utilización de nuevas técnicas de control por las instituciones jurídico-laborales, pero no la necesidad o la oportunidad del orden sancionatorio penal sobre el trabajo: cualquiera que sea la función que se asigne a la intervención legal estatal en materia de relaciones de trabajo, existen unos principios fundamentales, un núcleo esencial de derechos e intereses que el ordenamiento jurídico debe intentar preservar, también mediante el instrumento que le suministra al Estado el sistema penal.

I. Elementos comunes

El nuevo CP, aprobado por LO 10/1995, dedica a estos delitos -acogiendo una enmienda presentada al Proyecto por el Grupo Parlamentario Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya- un Título autónomo, el XV, a los "delitos contra los derechos de los trabajadores". Por otra parte, nuestro ordenamiento evita, en este punto, el recurso a leyes penales especiales, con lo que el catálogo de hechos delictivos integrantes del Derecho penal del trabajo, se agrupa bajo una rúbrica unificadora.

El ámbito funcional único determina la existencia de elementos comunes a la mayoría de los delitos del Título.

I.1. BIEN JURÍDICO

Es elemento común a los preceptos incluidos en el Título XV, con excepción quizá del artículo 314, el recoger delitos que afectan, lesionándolos o poniéndolos en peligro, a intereses de innegable dimensión colectiva. No se protege a los trabajadores en cuanto individuos necesitados de ayuda, sino a la "fuerza de trabajo" como titular de esos "intereses difusos o colectivos" que coinciden con el desarrollo de un determinado orden económico y social.

Ese carácter colectivo e institucional del interés tutelado parece evidente en los delitos de imposición de condiciones ilegales de trabajo (art. 311), tráfico ilegal (art. 312), migraciones ilegales (art. 313) o en los delitos contra la libertad sindical (art. 315), o contra el sistema de Seguridad Social (art. 307). Pero es también detectable en los llamados delitos contra la seguridad en el trabajo. Basta para fundamentar este aserto con tener presente la estructura del artículo 316, tipo de peligro que requiere la infracción de una normativa laboral que, en materia de seguridad e higiene, recoge derechos y obligaciones no susceptibles de transacción ni renuncia. Afecta a intereses individuales, pero legalmente contemplados en su dimensión colectiva y constitutivos de un bien jurídico transpersonal y estrictamente "laboral"³.

En la medida en que el carácter colectivo del interés protegido se incorpora a los correspondientes tipos como bien jurídico, se despliegan importantes efectos que, retomando argumentos de ARROYO ZAPATERO, podemos sintetizar así: 1.º Es indiferente el número de trabajadores afectados, de modo que se apreciará un único delito. 2.º El consentimiento del trabajador es irrelevante. 3.º Las conductas que, además de lesionar o poner en peligro bienes jurídicos considerados en su dimensión colectiva, lesionen otros de naturaleza individual, suponen la realización de delitos distintos que entran en concurso de infracciones⁴. Recurrir a las reglas del concurso aparente de leyes sería tanto como dejar de lado significativos elementos del injusto⁵.

I.2. SUJETO ACTIVO

El Título XV recoge tanto delitos comunes como especiales. En aquéllos la realización de la conducta constitutiva de delito por parte de sujetos

2. ROMAGNOLI, U. *Un derecho a la medida del hombre*, en M. E. CASAS BAAMONDE (coord.), *Estudios sobre flexibilidad laboral y nuevos comportamientos sindicales*, RFDUC, monográfico 14 (1988), pp. 20-21.

3. Ver LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A. *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*. Madrid. 1994, p. 112.

4. ARROYO ZAPATERO, L. A. *Los delitos contra los derechos de los trabajadores (especial consideración del artículo 499 bis CP)*, *Revista española de Derecho del trabajo*, 8 (1981), pp. 357-358.

5. BAJO FERNÁNDEZ, M. *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*. Madrid. 1978, p. 520.

distintos del empresario o de los titulares de los órganos de la empresa, permite la consideración de estos sujetos como autores, en la medida en que, como requiere el artículo 28 CP, "realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento". Pero ha de tenerse presente que, dado el complejo entramado de funciones y obligaciones propio de la empresa, la afirmación de responsabilidad criminal de los subordinados no excluye necesariamente la del empresario o de sus representantes, ya que sobre él, en su calidad de jefe de la empresa, recae un deber de control y de vigilancia sobre la correcta observancia de las prescripciones dictadas por el ordenamiento.

Una mejor delimitación de los respectivos círculos de obligaciones, derivados, a su vez, de la transferencia de funciones, aconseja distinguir entre delegación o encargo de funciones y encargo de ejecución. El encargo de ejecución no exonera al delegante, de modo que es posible afirmar su responsabilidad penal a título de «culpa in eligendo», de «culpa in vigilando», o a través del esquema de la comisión por omisión⁶. Cuando lo que se delega es la función, se producirá una sustitución del sujeto responsable penalmente. La eficacia y la operatividad de la transferencia de funciones quedará, no obstante, subordinada, entre otros requisitos, a la existencia real de autonomía suficiente por parte del destinatario de las funciones cuyo ejercicio se le encomienda, entendiendo por autonomía no sólo la concedida por la delegación, sino también la posible dentro del marco normativo laboral. De otro modo se chocaría contra el principio de inderogabilidad de la ley penal, que no tolera que la determinación del destinatario del precepto penal quede confiada a la voluntad privada.

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

sica o jurídica, despliega sus efectos entre los interesados, pero no puede perjudicar al productor contratado. Ello obliga a declarar criminalmente responsable a quien ha venido realizando actos de significado inequívoco que autorizan a pensar a los que con él contratan que es el titular de la empresa⁷, si bien, en los delitos especiales, esa responsabilidad no podrá ser a título de autor.

En cuanto al concurso por parte de quien confiere el encargo, es problemático configurar a su costa una obligación que tenga la naturaleza y los contenidos de la obligación jurídica de impedir el resultado. Las obligaciones de garantía podrían dar lugar a responsabilidad en comisión por omisión, efecto del que carecería la simple obligación de vigilancia⁸.

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

En el Derecho penal del trabajo el primer destinatario de la norma suele ser el empresario, en cuanto que el ejercicio de su actividad lo coloca en condición de garante directo, incluso exclusivo en ocasiones, de la salvaguarda de los bienes e intereses de los sujetos que forman parte de la estructura empresarial⁹, lo que obliga a una previa delimitación de lo que por empresario ha de entenderse. A tenor del artículo 1.º del Estatuto de los Trabajadores (ET), lo es la persona física o jurídica o la comunidad de bienes que recibe, organiza y dirige la prestación de servicios por parte de los trabajadores¹⁰. El Tribunal Constitucional (TC), en su Sentencia de 27 mayo 1983, ratifica la anterior doctrina, al declarar que compete al orden jurisdiccional laboral determinar quién es el empresario verdadero, o el sujeto procesal de la relación laboral, es decir, determinar la persona a quien, como consecuencia del contrato de trabajo, se presta éste, "porque pertenece a su específica función determinar el contenido material y subjetivo de la relación de trabajo, y concretamente quién

6.. ACCIARINI, F. *Diritto penale del lavoro*, en *Novissimo Digesto Italiano*, apéndice II. Turin. 1981, p. 1236.

7. STS (6ª), 19 mayo 1969, 6 mayo 1981, 13 mayo 1986, y 8 octubre 1987.

8. BRICOLA, F. *Lo statuto dell'impresa: profili penali e costituzionali*, *Giurisprudenza Commerciale*, 5 (1985), pp. 744-745.

9. SPIRITO, D. *Datore di lavoro-imprenditore e tipicità dei soggettivelle fattispecie omissive improprie colpose*, *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 4 (1986), p. 1167.

10. A su vez, el art. 2.º LISOS, declara responsables de las infracciones cometidas a "las personas físicas o jurídicas o comunidades de bienes que incurran en las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en la presente Ley". Ver J. GARCÍA BLASCO, *Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la Ley 8/1988*, de 7 de abril. Madrid. 1989, pp. 56-62.

es el real empresario y quiénes los trabajadores... y ello con total independencia de las relaciones civiles o mercantiles existentes entre tales sujetos que puede y debe valorar a tal efecto”.

Para el intérprete penal es útil esta doctrina, válida en el ámbito jurídico-laboral, porque viene a recordar que es la relación funcional y teleológica entre quien actúa y el bien jurídico protegido la que permite afirmar la responsabilidad criminal de aquél.

Cuando la empresa reviste la forma de persona jurídica, ha de negarse su responsabilidad penal¹¹. Ello no se opone a que pueda responder civilmente o quede sujeta a otro tipo de consecuencias jurídico-penales. Así lo admite el artículo 129 dedicado a las consecuencias accesorias del delito, aplicables directamente a la persona jurídica, pero que en puridad no pueden reputarse medidas de seguridad, puesto que no responden a peligrosidad criminal ninguna, si no es la derivada objetivamente de la utilización de la estructura de la persona jurídica¹². Más allá del debate doctrinal sobre la naturaleza de estas consecuencias, lo realmente sorprendente, y criticable, es que en el ámbito propio del Título XV del Libro II, que es el ámbito de la empresa, no se prevea la posibilidad de imposición de estas medidas específicamente pensadas para la actuación en el seno de empresas.

Cuando el Derecho penal permite llegar a la persona física que actuó a través de la jurídica, a fin de que aquella no quede a cubierto de la pena por el solo hecho de haber utilizado la estructura de ésta, no hace sino aplicar los mismos criterios que han venido siendo seguidos por los tribunales laborales, al entender que si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el Juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a Derecho que se persigue¹³. Esta posibilidad de “*levantar el velo jurídico*”, como dice la STS (1.ª) de 28 mayo 84, permitió solventar algunas escandalosas situaciones de impunidad, en parte subsistentes durante la vigencia de los hoy derogados artículos 15 bis y 499 bis del CP de

1973 –que dejaban sin solución la actuación en nombre de personas físicas en los delitos especiales¹⁴–, pero superadas tras la entrada en vigor del artículo 31 que incluye a quien actúe en nombre o representación de otro, tanto persona física como jurídica.

Nuestro Código añade al citado precepto un artículo, el artículo 318, mal heredero del párrafo último del 499 bis, de dudosa funcionalidad. En primer lugar atribuye la responsabilidad penal no sólo a administradores y encargados, sino también “a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado medidas para ello”. En la literalidad del precepto, pues, se amplía el ámbito de lo punible con respecto al derogado artículo 499 bis, que castigaba sólo a administradores y encargados, siempre que hubieren realizado los comportamientos típicos o no los hubieren evitado pudiendo hacerlo¹⁵. El artículo 318 parece, por el contrario, sugerir que el mero conocimiento por parte de extraños, los pone en situación de garante, de modo que habrían de responder en comisión por omisión. Tan extensiva interpretación no debe aceptarse porque constituiría en responsables a un número excesivamente alto de personas, que no guardan relación alguna con los hechos más que en/por el conocimiento de la situación de peligro. “*Pudiendo remediarlo*” debe entenderse que es posibilidad sólo en manos de quienes por su situación en la empresa gozan de la capacidad –fáctica y jurídica– de actuar. De ese modo el ámbito máximo de aplicación del 318 vendría fijado por el artículo 11.

Otra compleja cuestión es la planteada por las relaciones recíprocas entre los artículos 318 y 31. Puesto que éste extiende la responsabilidad criminal al que “actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica o en nombre y representación legal o voluntaria de otro”, hay que deducir que aquél aporta simplemente la posibilidad de extender la exigencia de responsabilidad criminal a “*los encargados del servicio*”. Sin embargo, esta ampliación es más aparente que real, ya que, analizando los delitos del Título XV, de he-

11. “En el Derecho penal español... se parte –al menos hasta hoy– de que las personas jurídicas o los conjuntos de personas carecen, en principio, tanto de la capacidad de acción como de la capacidad de culpabilidad que requiere el Derecho penal” (STS (2.ª), 3 julio 1992).

12. Así, SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho penal español*, en J. M. SILVA SÁNCHEZ, B. SCHÜNEMANN y J. DE FIGUEIREDO DIAS (eds.), *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, Barcelona. 1995, pp. 363-368. Ver también B. MAPELLI CAFFARENA y J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª ed., Madrid. 1996, pp. 217-220.

13. En esta línea puede destacarse la Sentencia TS (1.ª), de 28 mayo 1984, que avala la práctica de “penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se pueda perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6.4 C.C.)”.

14. ARROYO ZAPATERO, L. A. *Los delitos contra los derechos de los trabajadores (especial consideración del artículo 499 bis CP)*, cit., p. 360.

15. SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho penal español*, cit., p. 376.

cho, los encargados o actúan en representación del empresario, supuesto cubierto por el artículo 31, o sólo podrán ser autores del delito descrito en el artículo 318, delito de estructura omisiva en el que la afirmación de responsabilidad criminal del encargado podría fundamentarse, con ventaja, en el artículo 11.

Así pues, el artículo 31 ha de ser el punto de referencia en el análisis del procedimiento legal para exigir la responsabilidad criminal a *quien*, sin reunir los requisitos típicos del delito especial, actúa en nombre o representación de otro, o "*como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica*". La doctrina mercantilista viene entendiendo que el administrador de hecho es aquel cuyo nombramiento está afectado por la nota de nulidad. Y, para el ámbito penal, recomienda interpretaciones tan restrictivas como sea posible, partiendo del significado preciso del concepto de administrador de hecho en Derecho mercantil, lo que aconseja no extenderlo hasta desfigurarlo¹⁶. En Derecho penal se maneja un concepto más amplio, que responde a las específicas necesidades de protección que esta rama del ordenamiento asume, y el CP de 1995 acepta la equiparación reivindicada por la doctrina penalista, haciéndose eco de una realidad insoslayable: las decisiones relevantes sobre la vida económica de la sociedad suelen concentrarse en pocas personas, que pueden no pertenecer al Consejo de Administración¹⁷. Se conviene así en que, en la práctica, consejeros delegados y apoderados, gerentes y otros directivos vienen concentrando el poder real de las sociedades mercantiles, lo que impone considerarlos como administradores de hecho¹⁸.

II. Imposición y mantenimiento de condiciones ilegales de trabajo

Las conductas de imposición y mantenimiento de condiciones de trabajo ilegales, antes recogidas en el artículo 499 bis, son objeto de la atención del

artículo 311. Con mejor técnica que su predecesor unifica el contenido de los dos primeros números del derogado 499 bis, aquejado de reiteraciones inútiles y confusas.

La pena prevista es, a todas luces, más ponderada que la irrisoria anterior, de arresto mayor y multa¹⁹. No merece, sin embargo, un juicio positivo la insistencia del artículo 311 en recoger, como antes hacía el número 1 del artículo 499 bis, un delito especial, al limitar el campo de los sujetos activos a quienes afectaren ilícitamente a derechos de los trabajadores a su servicio²⁰, es decir el empresario²¹, tal como afirma la STS de 15 marzo 1990. Para evitar problemas interpretativos y lagunas de punibilidad hubiera bastado con acudir a un tipo común, suprimiendo simplemente la fórmula "*a su servicio*".

Los artículos 12.1 y 15.1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, suministran reglas adicionales para la identificación del sujeto activo empresario.

II.1. ARTÍCULO 311.1

La conducta típica consiste en actuar: "*mediante engaño o abuso de situación de necesidad*". Se ha optado por potenciar la confusión heredada del CP anterior exigiendo la concurrencia de un engaño cuya relevancia no se explica, pues éste lo único que puede lograr es una renuncia viciada del trabajador sobre derechos irrenunciables²². En cuanto a la concurrencia de abuso de situación de necesidad, la doctrina ha propuesto criterios de concreción de lo que este elemento supone. Así se ha dicho que "por abuso debe entenderse cualquier clase de aprovechamiento, o de hacer un uso excesivo e indebido de su especial posición de fuerza en el ámbito de las relaciones laborales. Y situación de necesidad es una expresión en principio sin contornos o límites, pero quizás debería interpretarse restrictivamente, acogiendo sólo a aquellas con una clara repercusión laboral, ya traigan

16. MUÑOZ SÁNCHEZ, M. M. *Los delitos societarios*. Pamplona. 1996, p. 59. J. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*. Madrid. 1996, pp. 46-47.

17. TERRADILLOS BASOCO, J. M. *Delitos societarios, Cuadernos de Derecho penal y Criminología* (La Rioja, Argentina). 2 (1996), p. 18.

18. DEL ROSAL BLASCO, B. *Capítulo XIII. De los delitos societarios*, en T. VIVES ANTÓN, (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, II. Valencia. 1996, p. 1416; J.M. VALLE MUÑIZ, *De los delitos societarios*, en G. QUINTERO OLIVARES. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*. Pamplona. 1996, p. 662.

19. BAYLOS GRAU A. y TERRADILLOS BASOCO, J. M. *Derecho penal del trabajo*, 11991, pp. 72-73.

20. LÓPEZ GARRIDO D. y GARCÍA ARÁN, M. *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*. Madrid. 1996, p. 154. Aunque mantenemos que estamos ante un tipo especial, aconsejamos entenderlo aplicable a todo aquél que "esté en situación de imponer condiciones laborales porque tenga capacidad de contratación". La única vía para obtener ese deseable resultado —al margen de los supuestos de autoría mediata (ver S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*. Barcelona. 1996, p. 379)— es, como aquí se propone, utilizar las posibilidades que brindan el artículo 31 del CP y el ET.

21. En este sentido se pronuncia J.J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte Especial*. Barcelona. 1996, p. 606.

22. TERRADILLOS BASOCO, J. M. "Los delitos laborales en el Anteproyecto de Código Penal. El Derecho penal del trabajo de la democracia", en AA.VV., *Política criminal y Reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. JUAN DEL ROSAL*. Madrid. 1993, p. 1112.

origen en causas económicas, familiares, de edad, salud, ignorancia o cualquiera otra"²³. Con criterio más restrictivo, VALLE MUÑIZ Y VILLACAMPA ESTIARTE consideran necesario que "el abuso llevado a cabo por el empresario pueda identificarse con una específica y concreta situación de precariedad en el empleo del sujeto pasivo de la infracción"²⁴.

Estas propuestas han de valorarse siempre desde el dato inobjetable de la desigualdad objetiva en que actúan empleador y empleado, de la situación de necesidad en que objetivamente se encuentra quien demanda trabajo en condiciones tales que acepta trabajar por debajo de los límites legales. El abuso, pues, ha de ser, como el resto de presupuestos de la punibilidad, probado, y no deducido de una situación general; pero ha de bastar con probar que quien contrata en condición de empleador conoce la situación objetiva del contratado, y se prevale de esa desigualdad *inter partes*.

Aún se necesita la concurrencia de otro elemento, a cuya luz ha de interpretarse la exigencia de medios típicos: la imposición de condiciones ilegales de trabajo. La utilización del verbo "imponer", frente al "aplicar" del Proyecto de CP de 1992, es determinante en la interpretación del artículo 311. Imponer implica una situación desigual entre los sujetos: la carga se impone contra o sin la voluntad de quien la ha de sufrir. Por ello se podrían eliminar las referencias a engaño o abuso, pues imponer es término preciso que acota suficientemente el ámbito de lo que se desea prohibir. De haberse conformado el legislador con criminalizar la conducta de "imponer", sin tasar los medios típicos, no se hubiera aumentado sustancialmente el ámbito de lo punible, ya que no parece imaginable una imposición de condiciones ilegales si no se emplea engaño o abuso.

El delito se consuma con la imposición de las condiciones ilegales, lo que inevitablemente supone perjudicar al trabajador, sin que se requiera, no obstante, un perjuicio económico²⁵. De ello algún autor ha deducido, siguiendo tesis jurisprudencialmente extendidas, que estamos ante un delito de resultado cortado²⁶. No parece, sin embargo, una calificación acertada, ya que esa caracterización cuadra a los casos en que "la producción del resultado no se incluye en el tipo, sino que basta con la intención del autor dirigida al resultado"²⁷.

Y aquí lo que se castiga es la imposición de condiciones con consciencia de su carácter perjudicial para el trabajador.

Por condiciones laborales han de entenderse todas las que constituyen el contenido de la relación de trabajo. Condiciones de Seguridad Social son, también, todas las referidas a la relación jurídica de Seguridad Social, incluido el derecho a prestaciones a disfrutar una vez extinguida aquélla. Aunque, tal como se deduce de los artículos 6, 7 y 8 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), las condiciones laborales comprenden también las sindicales, hay que entender que a éstas no se refiere el artículo 311, pues son objeto de protección específica en el 315.

Las fuentes de que derivan esas condiciones son tanto disposiciones legales –todo tipo de normas, generales o sectoriales que den lugar a derechos irrenunciables por mínimos–, como pactadas. La novedad del CP de 1995, en este punto, es que añade al catálogo de fuentes el contrato individual. La inclusión del pacto individual puede ampliar notablemente la cobertura del precepto. Y quizá, aunque pueda entenderse que su objetivo es "eliminar posibles fraudes de Ley"²⁸, cree más problemas de los que soluciona. El contrato individual, por definición, no tiene un contenido de mínimos; por tanto el respeto a lo pactado puede encomendarse al orden civil o laboral, que incluso pueden utilizar sus posibilidades sancionadoras. No parece, por tanto, que existan sólidas razones que avalen el camino criminalizador que, olvidando el principio de intervención mínima, acomete el CP de 1995. La única explicación posible de esta opción legislativa ha de radicar en la voluntad del legislador de subrayar la importancia de los medios típicos en detrimento del desvalor atribuido al resultado. En el engaño o el abuso de la situación de necesidad se identificaría lo esencial de la materia de prohibición, con lo que los derechos burlados pasan a ser materia contingente, cuyo contenido queda remitido al contrato particular.

III.2. ARTÍCULO 311.2

El artículo 311.2 castiga una conducta omisiva por parte del nuevo empresario que, estando en la obligación de restablecer la legalidad, no lo hace, a pesar de no haber intervenido en la imposición

23. CARBONELL MATEU J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *De los delitos contra los derechos de los trabajadores*, en T. VIVES ANTÓN, (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., p. 1542.

24. VALLE MUÑIZ, J. M. y VILLACAMPA ESTIARTE, C. *De los delitos contra los derechos de los trabajadores*, en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, cit., p. 810.

25. Así lo declara expresamente la STS (2.º) de 10 abril 1992.

26. CARBONELL MATEU J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *De los delitos contra los derechos de los trabajadores*, cit., p. 1547.

27. JESCHECK, H. H. *Tratado de Derecho penal. Parte General*, trad. MIR PUIG-MUÑOZ CONDE, I. Barcelona. 1981, p. 361.

28. CARBONELL MATEU J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *De los delitos contra los derechos de los trabajadores*, cit., p. 1549.

de las condiciones ilegales. Así, cuando hubo originariamente engaño o abuso, la conducta del nuevo empresario es objeto de un mayor rigor penal, ya que en su caso se castiga el mero no hacer; mientras que la conducta del que transmite sólo es típica si se acompañó de aquellos medios comisivos. Sin embargo, la mayor penalidad derivada del empleo de violencia o intimidación sólo es aplicable a quien efectivamente aplicare esos medios (art. 311.3), con lo que hay que entender no subsumible en el número 3 el comportamiento de quien simplemente acepta la transmisión de empresa en la que las condiciones ilegales han sido impuestas violentamente con carácter previo por el transmitente.

II.3. ARTÍCULO 311.3

El artículo 311.3 eleva las penas cuando las conductas reseñadas en los apartados anteriores se lleven a cabo con violencia o intimidación. Estos medios típicos no pueden identificarse mecánicamente con los delitos de coacciones o amenazas²⁹. Si el legislador hubiere optado por un tipo complejo de coacciones o amenazas más el delito contra los derechos de los trabajadores, habría empleado en el artículo 311 los términos inequívocos con que se designa a aquellos delitos. No lo hace así, sino que habla de violencia o intimidación, y ha de ser porque se pretendió conscientemente evitar la identificación. Por otra parte, sería inadmisibles que las amenazas más gravemente castigadas³⁰ se vieran atenuadas al subsumirlas en la intimidación que criminaliza el artículo 311.3.

Tampoco se puede preconizar una interpretación que lleve a entender que violencias o intimidaciones tan triviales que no sean susceptibles, en sí mismas consideradas, de generar responsabilidad criminal, se integren como elemento típi-

co en el número 3 del artículo 311. Tienen que ser típicas, al menos como faltas del artículo 620.2.

Cuando, junto al delito contra los derechos de los trabajadores, concurren violencias o intimidaciones que, por su intrascendencia no puedan considerarse típicas –ni siquiera a título de falta–, habrá que pensar en la ausencia del elemento en que se fundamenta la agravación: no se dan los presupuestos fácticos del número 3. Por el contrario, cuando la violencia o intimidación puedan entenderse subsumibles en los delitos de coacciones o amenazas, habrá lugar a aplicar la pena prevista en el referido número 3, siempre que no sea inferior a la resultante del juego de las reglas del concurso de delitos (art. 77). Si, por su trascendencia, las violencias o intimidaciones pudieran entrar, como coacciones o amenazas, en concurso con el delito contra los derechos de los trabajadores originando una pena superior, procederá aplicar ésta. La regla del artículo 77 prevalecerá sobre la del 311.3, de modo que no se traicione la voluntad agravatoria de éste³¹.

El número 3 no contiene una figura agravada con respecto a las de los números anteriores. La cuestión no es baladí pues, de responder afirmativamente³², el empleo de violencia o intimidación sólo puede ser relevante si se constata la previa concurrencia de todos los elementos del tipo básico, incluidos el engaño o el abuso de situación de necesidad, lo que no puede aceptarse.

IV. Tráfico ilegal de mano de obra y migraciones ilegales

El artículo 312.1 castiga el tráfico de mano de obra con prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

29. En sentido opuesto, afirma J. J. QUERALT JIMÉNEZ (*Derecho penal español. Parte Especial*, cit., p. 610) que “los tipos anteriormente previstos se cometen con violencia o intimidación, es decir, lesiones, coacciones, amenazas”.

30. Las amenazas condicionales de un mal que constituya delito de los enumerados en el artículo 169, cuando logren su propósito, están castigadas con pena de uno a cinco años de prisión.

31. Se pronuncia en este sentido L. MORILLAS CUEVA (*Delitos contra los derechos de los trabajadores*, en M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte Especial*. I. Madrid. 1996, p. 904) afirmando que “la producción por medio de la violencia o de la intimidación de otro delito de naturaleza distinta produce un concurso ideal de delitos”. Pero así se olvida que el concurso, que siempre lo ha de ser con el tipo básico del 311.1, puede llevar en ciertos casos a pena menor que la prevista en el 311.3. En sentido contrario, J. M. VALLE MUÑIZ y C. VILLACAMPA ESTIARTE (*De los delitos contra los derechos de los trabajadores*, cit., p. 816) mantienen que “en el CP de 1995, la existencia del núm. 3 del art. 311 veta la posibilidad de admitir la existencia de concurso de delitos”. En idénticos términos, F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 291. J. J. QUERALT (*Derecho penal español. Parte Especial*, cit., p. 608), admite el concurso de delitos en los casos en que la violencia llegue a producir lesiones, pero no cuando sea constitutiva de coacciones o amenazas, dejando de lado que el art. 311.3 no designa dichos delitos con su *nomen iuris*, sino que habla de “violencia o intimidación”.

32. Así lo hace L. MORILLAS CUEVAS, *Delitos contra los derechos de los trabajadores*, en M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte Especial*. I, Madrid. 1996, p. 902: “Estos medios se ven incrementados por el tipo agravado con la violencia y la intimidación”. También F. MUÑOZ CONDE (*Derecho penal. Parte Especial*. Valencia. ¹¹1996, p. 291) afirma que se aplicará el art. 311.3 si “además [del engaño o abuso de situación de necesidad] se emplea violencia o intimidación”.

El "tráfico" no implica, en contra de autorizadas opiniones divergentes³³, ánimo de lucro. Nótese que el significado gramatical del término "tráfico" autoriza tanto a identificarlo con comerciar como con intermediar, pero esta segunda acepción es la que viene aconsejada por la consideración del bien jurídico protegido, la afectación negativa al cual no depende del móvil del sujeto activo.

El tráfico ilegal de mano de obra puede producirse en materia de colocación, ámbito en el que hay que tener presente la configuración de los servicios oficiales de colocación por parte de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación, artículo 1.2. Por su parte, los artículos 26.1 y 5 LISOS consideran como infracción leve el incumplimiento por parte del empresario de sus obligaciones de comunicación y registro, mientras que el artículo 28.1 califica de falta muy grave "ejercer actividades de mediación con fines lucrativos, ... así como ejercer actividades de mediación sin fines lucrativos, sin haber obtenido la correspondiente autorización administrativa". Así, se limitan las posibilidades de subsunción en el artículo 312.1 a supuestos en que la magnitud de las operaciones realizadas permita hablar de puesta en peligro, constatada, de derechos -de acceso al puesto de trabajo- de otros trabajadores³⁴, o de obstaculización, también constatada, de la política pública de empleo³⁵. De no producirse estos dos negativos resultados, la conducta queda confinada al ámbito de las infracciones meramente administrativas.

Los delitos de tráfico ilegal de mano de obra se producirán, en consecuencia, no tanto en el ámbito de la colocación como en el de la cesión de trabajadores. Como el ámbito delictivo queda acotado por la existencia de una infracción laboral, a tenor de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, la cesión sólo será típica si no medió una empresa de trabajo temporal o se omitieron trámites legalmente exigibles, no siempre afectantes al tráfico considerado en sí mismo, con lo que en la práctica, la única conducta que puede ser típica es, en su caso, la cesión de trabajadores al margen de las empresas de trabajo temporal.

El número 2 del artículo 312 castiga el reclutar o determinar a otras personas a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas.

Se castiga además a quien empleare a súbditos extranjeros "sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual". Amén de lo extemporánea que puede resultar la referencia a los "súbditos" en un Título en que los sujetos pasivos son los "trabajadores", esta redacción conduce a ámbitos que, con ventaja, podrían estar ya cubiertos por el artículo 311.1³⁶, que es el precepto aplicable en el caso de imposición de condiciones ilegales a los extranjeros que sí tienen permiso de trabajo. Si se entiende que frente a los extranjeros sin permiso no es necesario el empleo de los medios del artículo 311, se les está considerando sujetos pasivos de peor derecho que a los nacionales, lo que no se conviene con el modelo constitucional. Por lo que hay que entender que el legislador presume que la ausencia de permiso coloca al sujeto en situación de necesidad, de la que abusa quien con él contrata. Si al trabajador carente de permiso se le impusieron condiciones ilegales de trabajo mediante violencia o intimidación, nada obsta a la aplicación del artículo 311.3, ya que éste no recoge formas agravadas del tipo descrito en el número 1.

IV. Migraciones ilegales

El artículo 313 castiga determinadas formas de intervención en migraciones ilegales.

Desde el punto de vista político-criminal se trata de conductas de trascendencia constatada en el ámbito del empleo, de la competencia desleal, especialmente a nivel internacional, del control de los flujos migratorios, etc.³⁷ Todo ello ha provocado la preocupación del poder por este fenómeno, máxime en el caso de España que, como es evidente, supone el lugar de paso natural para los movimientos migratorios que, cada vez más precariamente, se dirigen a Europa desde el Norte de África.

33. VALLE MUÑOZ, J. M. y VILACAMPA ESTIARTE, C. (*De los delitos contra los derechos de los trabajadores*, cit., p. 819), entienden que la concurrencia de ánimo de lucro no es preceptiva en los supuestos de cesión ilegal, pero sí en los de infracción de las normas de colocación ya que lo que la legislación social prohíbe es la existencia de oficinas de colocación con ánimo de lucro, pero han de admitir que el precepto penal, por sí solo, no lo exige.

34. CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (*De los delitos contra los derechos de los trabajadores*, cit., p. 1551) exigen, para no castigar una infracción meramente formal, que resulte "un perjuicio para las expectativas de empleo de los demás trabajadores".

35. Aceptan esta propuesta interpretativa J.M. VALLE MUÑOZ y C. VILACAMPA ESTIARTE, *De los delitos contra los derechos de los trabajadores*, cit., p. 818.

36. "Sustancialmente se trata de la misma conducta descrita en el artículo 311.1", en opinión de J.C. CARBONELL MATEU y J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *De los delitos contra los derechos de los trabajadores*, cit., p. 1552.

37. JEGOUZO, I. *Droit Pénal du travail et lutte contre le travail illégal*, en *Horizons Île de France. Action pénale et relations du travail*, 1995, p. 35.

El número 1 recoge un delito común, que pueden cometer no sólo los empresarios, sino todos los responsables de las infracciones administrativas recogidas en el artículo 2.4 LISOS, siempre que, siendo personas físicas, intervengan promoviendo o favoreciendo.

Por clandestina hay que entender no sólo la totalmente oculta, sino la realizada con infracción de lo dispuesto en el artículo 15.1 de la LO 7/1985 de 1 de julio, desarrollada por el RD 1119/1986, de 26 de mayo. En el caso de los ciudadanos nacionales de países integrados en la Unión Europea, hay que tener en cuenta que el RD 766/1992, de 26 de junio consagra un sistema de libre acceso al mercado de trabajo español en el que no puede hablarse de clandestinidad.

La exigencia de que, para ser típica, la conducta de promover o favorecer la inmigración ha de ser habitual³⁸, carece de base legal.

El número 2 criminaliza una forma de intervención en la emigración ajena que sólo será delictiva si media engaño relevante. Las formas engañosas que convierten en típica la conducta de determinar a otro a emigrar deben acompañar también al favorecimiento. Ayudar a quien ha decidido emigrar o ha sido determinado engañosamente a ello sin conocimiento del favorecedor, no puede ser típico.

V. Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores

V.1. HOMICIDIO Y LESIONES IMPRUDENTES

El CP de 1995 omite cualquier referencia a un delito de lesiones laborales semejante al castigado por el derogado artículo 427, precepto prácticamente inédito en cuarenta y tres años de vigencia formal, en gran parte por la deficiente técnica utilizada en su tipificación. De hecho, la conciencia de que su consideración como delito de resultado lesivo conducía a una vía muerta, originó que los tribunales se inclinaron por apreciar, en caso de lesiones o muerte, imprudencia, con la coherente aplicación de los artículos 565 o 586 bis del CP derogado.

Se ha desarrollado así una importante doctrina jurisprudencial³⁹ sobre delimitación de los sujetos obligados por el deber de cuidado o de protección, o sobre las formas de infracción de este deber, tanto omisivas como activas, las diversas gradaciones

de la imprudencia, y los efectos de la concurrencia de culpas⁴⁰. En gran parte, esta jurisprudencia habrá de continuarse en los supuestos que se produzcan accidentes de trabajo con un resultado lesivo, ya de muerte, ya de lesiones.

Al respecto, el artículo 142 castiga la causación de muerte por imprudencia grave, con la pena de prisión de uno a cuatro años. En los casos de imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años. Por su parte, el artículo 152 CP dispone que el que "por imprudencia grave" causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 147 a 150, será castigado con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana (lesiones del art. 147.1 CP), prisión de uno a tres años (lesiones del art. 149 CP) o prisión de seis meses a dos años (lesiones del art. 150 CP). Cuando la imprudencia merezca el calificativo de "profesional" el artículo 152.3 ordena la imposición de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a cuatro años.

La determinación de la gravedad ha de ser una de las más espinosas cuestiones condicionantes de la aplicación de los artículos 142 y 152. Hay que identificar la imprudencia grave con la temeraria de los Códigos anteriores. La vieja propuesta de SILVELA —en el sentido de estimar que concurre cuando se infringe "aquel cuidado y diligencia, aquella atención que puede exigirse al menos cuidadoso, atento o diligente"— ha venido siendo manejada, aunque no permanentemente, por el TS con operatividad relativa. En cualquier caso la gravedad no es mero fruto de un cálculo de probabilidad sino que presupone un juicio valorativo.

La imprudencia puede seguir siendo grave en los supuestos de culpa concurrente de la víctima, ya que "en materia penal no cabe la compensación de culpas, aunque sí cabe considerar la incidencia de varios comportamientos a un mismo resultado" en orden a la calificación penal de la imprudencia, tal como tiene declarado las STS (2.ª) de 20 noviembre 1991 o 16 junio 1992.

La imprudencia leve, que la doctrina identifica con la imprudencia simple de Códigos anteriores, supone infracción de normas de cuidado no básicas, o infracción poco grave de una norma de cuidado básica⁴¹. El artículo 621 CP castiga como faltas la causación por imprudencia grave de las lesiones del artículo 147.2 CP, y la causación por

38. Sustentada entre otros por CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *De los delitos contra los derechos de los trabajadores*, cit., p. 1553.

39. Ver BAYLOS GRAU, A y TERRADILLOS BASOCO, J. M. *Derecho penal del trabajo*, cit., pp. 113-114.

40. Ver al respecto A. SERRANO MAILLO, *La compensación en Derecho penal*. Madrid. 1996, pp. 100-149.

41. LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de Derecho penal. Parte general*. I. Madrid. 1996, p. 520.

imprudencia leve de muerte o lesiones constitutivas de delito. En tanto que faltas, sólo serán perseguibles mediante denuncia del trabajador agraviado o de su representante legal (art. 621).

V. 2. DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA SALUD DE LOS TRABAJADORES

Los artículos 316 y 317, herederos del derogado 348 bis a), mejoran su contenido, fundamentalmente en la adecuación de la pena y en la extensión del bien jurídico protegido a la, antes llamativamente ausente⁴², salud del trabajador. Sin embargo, el artículo 316 CP reitera, como su predecesor, el recurso a un tipo de peligro concreto⁴³, en un campo en el que sólo los tipos de peligro hipotético pueden ser eficaces.

El bien jurídico protegido es la vida y la salud de los trabajadores⁴⁴. Aunque se siga manteniendo por un sector doctrinal importante que el bien jurídico es la seguridad e higiene en el trabajo⁴⁵, hay que entender que esa seguridad es el marco condicionante de la eficacia en la protección de vida o salud. Pero no es el auténtico bien jurídico. Piénsese que de ser así, el delito sería de resultado lesivo para esas condiciones de seguridad. No se ha construido así, sino como tipo de peligro concreto para la vida y la salud. La esencia del delito no puede, pues, ser la infracción de un deber de seguridad fundamentado en normas de Derecho público indisponibles⁴⁶. El deber de seguridad del empresario existe como reverso de los derechos del trabajador en materia de seguridad, pero no toma el papel de bien jurídico, concepción abocada a la total formalización del delito. Las afirmaciones anteriores son compatibles con la calificación del bien jurídico como colectivo. Se castiga el poner en peligro la vida o salud de los trabajadores (en plural) al no facilitar los medios para que

ese colectivo desempeñe su actividad en condiciones adecuadas⁴⁷.

El delito del artículo 316 CP es un delito especial, del que sólo puede ser sujeto activo los que están "legalmente obligados" a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con arreglo a las medidas de seguridad e higiene adecuadas⁴⁸. Según el artículo 14 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL), el responsable de la infracción de las medidas de seguridad es el empresario. El artículo 42, por su parte, brinda reglas para determinados supuestos especiales. Dentro de la empresa responsable, sin embargo, el deber de seguridad no compete sólo al empresario. La LPRL (arts. 30 y ss.) y la normativa concordante configuran todo un tejido de seguridad que, sin eximir de responsabilidad a la cúspide empresarial, constituye en eventuales garantes también, a los escalones más próximos a la ejecución misma de los diferentes trabajos⁴⁹, como es el caso de los Comités de empresa, los delegados de prevención o los Comités de Seguridad y Salud⁵⁰.

La estructura típica del artículo 316 integra una conducta formulada en términos negativos, un comportamiento omisivo, al que se anuda un efecto -el resultado de peligro-, con lo que la estructura, a la postre, es más parecida a la clásica de los delitos de omisión impropia. De este modo parece procedente examinar a la luz de las reglas de la imputación objetiva la relación entre la actividad empresarial sin facilitar las medidas de seguridad y el resultado⁵¹.

El artículo 316 se configura como precepto penal en blanco, a completar con las normas de prevención de riesgos laborales, es decir, las contenidas en la LPRL, así como "sus disposiciones de desarrollo o complementarias y cuantas otras normas, legales o convencionales, que contengan

42. TERRADILLOS BASOCO, J. M. *La nueva protección penal del trabajo*, en J. M. TERRADILLOS BASOCO (coord.) *Reforma penal y delitos contra el orden socio-económico*. Cádiz. 1996. p. 23.

43. En este sentido JORGE BARREIRO, A. "Reflexiones acerca de la reforma española de los delitos contra los intereses colectivos. Dos casos paradigmáticos: art. 347 bis (delito ecológico) y 348 bis a) (protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo) del Código Penal", *Revista del Foro Canario*, 87 (1993), p. 147.

44. LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A. *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*. Madrid. 1994, pp. 110-111.

45. CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *De los delitos contra derechos de los trabajadores*, cit., p. 1564.

46. Es la tesis de ARROYO ZAPATERO, L. A. *Manual de Derecho penal del trabajo*. Barcelona. 1988, pp. 64-71. El artículo 2.º 2 LPRL declara expresamente: "Las disposiciones de carácter laboral contenidas en esta Ley y en sus normas reglamentarias tendrán en todo caso el carácter de Derecho necesario mínimo indisponible, pudiendo ser mejoradas y desarrolladas en los convenios colectivos".

47. LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A. *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, cit., pps. 112-113.

48. BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, J. M. *Derecho penal del trabajo*, cit., p. 78.

49. RIVERO LAMAS, J. *Responsabilidades penales de la empresa en materia de prevención de riesgos laborales*, *Actualidad Laboral*, 36 (1996), p. 699.

50. La fórmula legal es, pues, lo suficientemente amplia como para permitir declarar al TS que "todas aquellas personas que desempeñen funciones de dirección o de mando en una empresa y, por tanto, sean éstas superiores, intermedias o de mera ejecución, y tanto las ejerzan reglamentariamente como de hecho, están obligadas a cumplir y a hacer cumplir las normas destinadas a que el trabajo se realice con las prescripciones elementales de seguridad" (2. 16 junio 1992).

51. TAMARIT SUMALLIA, J. M. *Artículo 316*, en G. QUINTERO OLIVARES (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, cit., p. 838.

prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito" (art. 1).

El peligro penalmente típico es sólo el grave. La gravedad se vincula directamente con el bien jurídico protegido –vida, salud, integridad–, con lo que se dota de contenido material a la infracción penal.

El artículo 317 incorpora la punición de la creación imprudente de peligro grave, y suscita con ello las complejas cuestiones correspondientes a la denominada "culpa de peligro"⁵². Esas cuestiones arrancan de la polémica doctrinal sobre la posibilidad de realización imprudente de tipos de peligro, cuestión que hoy debe entenderse resuelta en sentido afirmativo⁵³. La alta siniestralidad laboral, evidentemente imputable a comportamientos imprudentes, empujó al Grupo Parlamentario de Izquierda Unida a solicitar la inclusión de este artículo, en la convicción de que, de no hacerlo, el artículo 316 se convertiría en letra muerta⁵⁴. Si desde el punto de vista político-criminal la opción parece plausible, también es coherente desde una perspectiva dogmática. Cuando, como es el caso, la experiencia permite concretar normativamente los límites de la norma de cuidado, la necesidad de un resultado lesivo queda relativizada⁵⁵ y, con ello, se atenúan las objeciones frente al recurso a tipos imprudentes de peligro.

El texto del Proyecto de CP de 1995 advertía que las penas aplicables al delito de peligro habían de ser compatibles con las que correspondieren si el resultado sobreviniera. Lo cual obligaba a entender que cuando el peligro afectó a uno o varios trabajadores determinados y se produjeron lesiones o muerte, el castigo de éstas consume al de aquél. Pero cuando no todas las situaciones de peligro se tradujeron en resultados lesivos, éstos y aquéllas entrarán en concurso infraccional. Solución que parece también obligada con el texto hoy vigente, puesto que el bien jurídico-penalmente protegido tiene un marcado carácter colectivo, cuya puesta en peligro es compatible con la simultánea apreciación de lesiones a la vida o salud de trabajadores determinados. Cualquier consideración de los supuestos de concurrencia de ambos resultados que omita la valoración de uno de ellos pecará de parcial⁵⁶.

En contra se ha pronunciado algún sector doctrinal⁵⁷. Pero si se admite que el bien jurídico protegido tiene carácter colectivo⁵⁸, parece contradictorio que el desvalor inherente a su afectación negativa sea reconducible a lo individual. Y parece igualmente contradictorio que la falta de lesiones, que tiene menor pena, pudiera consumir al delito de peligro.

Sin embargo, la tesis aquí propuesta no ha gozado del favor de los Tribunales generalmente inclinados a castigar por imprudencia en cuanto se producen resultados lesivos, despreciando la apreciación del tipo de peligro: así las SSTs (2.ª) de 18 enero 1995, de 27 abril 1994, de 16 junio 1992, etc.

VI. Discriminación laboral

La estructura del artículo 314 es sobremanera compleja, ya que requiere, junto al inicial acto discriminatorio, un requerimiento o sanción al que ha de seguir el contumaz mantenimiento de la situación discriminatoria.

La acción consiste en producir y mantener una grave discriminación. Para acotar ese ámbito de gravedad con relevancia penal, hay que acudir a los puntos de referencia que brinda el artículo 17.1 ET, al declarar nulos los convenios colectivos y las decisiones unilaterales del empresario discriminatorias en materia de empleo, de retribuciones, de jornada y demás condiciones de trabajo.

La exigencia de que la discriminación, para ser grave, ha de ser palmaria o manifiesta, no tiene apoyatura legal, que únicamente ha de entenderse referido a la incidencia negativa en el derecho fundamental a la igualdad, y no a su perceptibilidad.

En todo caso, la discriminación que se castiga es la que redundan negativamente en los derechos del trabajador. El Código es explícito al respecto: "*Los que produzcan una grave discriminación contra alguna persona por razón de su...*". Queda, pues, fuera del marco penal la denominada "discriminación positiva"⁵⁹, a no ser que en el fondo no lo sea, como ocurriría en el caso de promocionar al personal femenino de una plantilla, consituyendo las trabajadoras el 90% de la misma. Está claro que en estos supuestos lo que hay es una discriminación negativa del 10% restante.

52. Ver LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M. *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., p. 157.

53. LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. I. Madrid. 1996, pps. 431-432.

54. LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M. *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., p. 157.

55. MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 281-282.

56. ARROYO ZAPATERO, L.A. *Delitos contra la seguridad en el trabajo*, cit., p. 860; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 299.

57. LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, cit., p. 119.

58. LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, cit., p. 112.

59. Sobre la polémica Sentencia del TJCE de 17 octubre 1995 (K. contra el land de Bremen), vid. A. MARTÍN VALVERDE, *Mujeres: discriminación en el empleo*, *Semana Jurídica*, 1996 (9), pp. 346-351.

Los motivos que hacen típica la discriminación son los tasados en el artículo 314 CP. Mientras el artículo 14 CE cita determinadas causas de ilícita discriminación y cierra la serie con una fórmula abierta –“o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”–, el CP ha preferido una enumeración cerrada en la que se detecta la llamativa ausencia de la edad, tan presente, por otra parte, en el ET.

Al acto discriminatorio inicial ha de añadirse el mantenimiento, tras el requerimiento o la sanción, de la situación de desigualdad. Se trata de un elemento típico consistente, fundamentalmente, en un no hacer: no restablecer la situación de igualdad ante la Ley, reparando además los daños económicos. De ahí que la conducta discriminatoria no comience a ser típica hasta el momento en que no se restablece, existiendo obligación de hacerlo en los términos del requerimiento administrativo o judicial, la situación de igualdad.

Como elementos del delito, el requerimiento o la sanción administrativa juegan el papel de “requisito típico cuya ausencia dará lugar a la no aplicación de este precepto”⁶⁰.

Sobra la alusión expresa a la posibilidad de restablecer la situación de igualdad “reparando los daños económicos que se hayan derivado”, puesto que la mera reparación pecuniaria no podrá equipararse en la mayoría de casos al restablecimiento de la situación de igualdad ilícitamente alterada. Hay que entender que no es eso lo que pretendió el legislador, que evidencia la voluntad de no considerar real el restablecimiento si no se reparan los daños económicos. Pero, aun así, queda en el aire la cuestión del restablecimiento de la situación de igualdad inmediata al requerimiento, retrasando la satisfacción económica. Si el contenido esencial del derecho a la igualdad se respeta, la reparación económica debería tener sus propios cauces. De otro modo, la exigencia de responsabilidad criminal se convertiría en prisión por deudas.

Dado que la sanción administrativa, en su caso, sólo contempla la infracción discriminatoria inicial, la posible pena se fundamenta en la posterior negativa al restablecimiento, lo que permite afirmar que su imposición no viola el principio *ne bis in idem*, ya que ambas sanciones tienen un presupuesto fáctico distinto.

Cuando la discriminación responda al hecho de que el trabajador ostente la representación legal o sindical de otros, lo normal es que sea ley pre-

ferente el artículo 315, que añade a lo discriminatorio la afectación al bien jurídico “libertad sindical” y que, en consecuencia, prevé una pena mayor. Esta interpretación no supone dejar sin contenido a las referencias que en materia sindical hace el artículo 314: la diferencia estriba en que en este precepto se castigan conductas de motivación antisindical, pero de contenido discriminatorio estrictamente laboral (p. ej. la no admisión a un puesto de trabajo). Cuando ese contenido integre también afectación negativa al ejercicio de derechos sindicales, que será en la práctica lo normal, entrará en aplicación el 315.

VII. Delitos contra la libertad sindical y el derecho de huelga

El artículo 315 tiene un objeto jurídico de tutela, en lo formal, doble, porque caben supuestos en que huelga y libertad sindical se muevan en esferas independientes, si bien normalmente aquélla no será sino una de las manifestaciones del ejercicio de ésta.

La libertad sindical, según declara el artículo 28.1 CE y desarrolla el artículo 2 LOLS, tiene un contenido complejo: abarca dos planos, individual y colectivo, que se refieren a los trabajadores individualmente considerados y a los propios sindicatos como sujetos titulares de aquélla, respectivamente⁶¹. Por otra parte, la ubicación sistemática del artículo 315 CP como delito contra los derechos de los trabajadores, autoriza a afirmar que se tutela toda la actividad sindical, en una perspectiva funcional y no orgánica. Si ello es claro en lo que se refiere a la libertad sindical individual, en lo relativo a los trabajadores no afiliados respecto a la acción sindical o a los momentos preparatorios de la misma⁶², puede también afirmarse que los órganos de representación unitaria de los trabajadores realizan funciones *lato sensu* sindicales y para llevarlas a cabo cuentan con medios de acción reconocidos constitucionalmente como el derecho de huelga y de negociación colectiva, que los artículos 28.2 y 37.1 CE no reservan excluyentemente a los sindicatos⁶³.

La libertad sindical es un derecho que corresponde en exclusiva a los trabajadores, de forma que el asociacionismo empresarial queda excluido del concepto definido en el artículo 28.1 CE. Reiterada jurisprudencia constitucional ha insistido en la contraposición entre los términos “empresarios” y “libertad sindical”, que son “términos antagónicos”⁶⁴.

60. CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *De los delitos contra derechos de los trabajadores*, cit., p. 1556.

61. PALOMEQUE LÓPEZ, C. *Derecho sindical español*. Madrid, 1994, pp. 123-124.

62. STC 95/1996, de 29 de mayo.

63. STC 134/1994, de 9 de mayo, que habla concretamente de la “actividad sindical desempeñada por estas organizaciones”. En ocasiones, por el contrario, la afirmación literal del TC es especialmente tajante, como en la STC 74/1996, de 30 de abril: “Es claro, pues, que los Comités de Empresa no son titulares del derecho a la libertad sindical”.

64. STC 52/1992, de 8 de abril y 75/1992, de 14 de mayo.

El artículo 315 CP protege también el ejercicio del derecho de huelga, concebido como mecanismo colectivo de autotutela dirigido a presionar a otra parte, que no es necesariamente el empleador, sino a veces otros empresarios o los poderes públicos, para determinar una posición diferente –más ventajosa– en el conjunto de las relaciones laborales y sociales⁶⁵.

Se trata de un delito común, y el sujeto activo puede serlo cualquiera. Una clave respecto de quiénes son los posibles sujetos comitentes del delito la da el artículo 13 LOLS, al definir la conducta antisindical y decir que puede lesionarse la libertad sindical “por actuación del empleador, asociación patronal, Administraciones públicas, o por cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada”.

En cuanto a los sujetos pasivos o, lo que es lo mismo, los titulares del bien jurídico protegido –la libertad sindical– son, según declara el artículo 28.1 CE, “todos”. En cuanto al derecho de huelga, la referencia es a los “trabajadores”. Es pacíficamente aceptado relacionar la mención a los trabajadores en su acepción más amplia, no restringida al concepto jurídico-técnico propio del Derecho Laboral. Como establece el artículo 1.2 LOLS, “se consideran trabajadores tanto aquéllos que sean sujetos de una relación laboral como aquéllos que lo sean de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones Públicas”. En consecuencia, sólo quedan excluidos como sujetos pasivos los miembros de las Fuerzas Armadas y de los Institutos Armados de carácter militar, y los Jueces, Magistrados y Fiscales mientras se hallen en activo, aunque estos últimos gozan del derecho al asociacionismo profesional. Por el contrario, los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad que no tengan carácter militar, los trabajadores por cuenta propia, y, por supuesto, los parados, jubilados e inválidos, aun con las limitaciones que su derecho de sindicación conoce en los artículos 1.5 y 3.1. LOLS, son titulares del bien jurídico protegido y en consecuencia pueden ser sujetos pasivos del delito.

VII.1. ARTÍCULO 315.1 Y 2

El artículo 315.1 en paralelo con lo que prevé el artículo 311 CP, impone que la conducta típi-

ca se realice “mediante engaño o abuso de situación de necesidad”⁶⁶. Se trata de un engaño que debe lograr una renuncia viciada del trabajador sobre derechos irrenunciables, debiendo subyugarse que basta el dolo para realizar el delito, sin que pueda mantenerse que debe concurrir el ánimo específico de perjudicar los derechos de los trabajadores. Respecto del abuso de situación de necesidad, esta característica aparece ligada a la estructura desigual de la relación de poder que se establece en el mercado de trabajo y en las relaciones de producción.

El paralelismo del artículo 315.2 con el artículo 311 es palmario, por más que no se pueda entender la utilidad de incluir aquí –o de no incluir allí– la fuerza entre los medios típicos⁶⁷.

Cuando los medios empleados, autónomamente considerados, sean, por su trascendencia, constitutivos de delito, y las reglas del artículo 77 determinen una penalidad mayor que la prevista en el artículo 315, serán aplicables aquéllas⁶⁸. De otro modo, entendiendo que éste es ley especial preferente, se privilegiaría a los autores de graves daños, coacciones o amenazas.

VII.2. ARTÍCULO 315.3

El artículo 315.3, heredero de los párrafos segundo y tercero del derogado artículo 496, se dirige a la criminalización de los piquetes de huelga coactivos. El punto de mira de la conminación penal esta constituido, pues, por el piquete de huelga, entendiendo por tal, “la organización exponencial de las posiciones del grupo, con la misión de informar, persuadir o imponer la decisión colectiva a quienes no participan de ella”⁶⁹. Sin embargo el artículo 6.6 DLRT reconoce el derecho de los trabajadores a efectuar publicidad de la huelga, como manifestación de la libertad de reunión y de expresión. No puede ser de otro modo: la huelga requiere una adhesión colectiva lo más generalizada posible, por lo que las facultades de información, publicidad y extensión de las reivindicaciones integran una faceta esencial del derecho de huelga⁷⁰.

El sujeto activo del delito de coacciones a la huelga puede ser cualquiera, incluso puede tratarse de un sujeto singular, siempre que éste actúe

65. En general, cf. BAYLOS GRAU, A. *Le droit de grève en Espagne*, Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale. Burdeos. 1995, pp. 178 y ss.

66. Sobre el antecedente de este precepto en el Proyecto de Código Penal de 1994, caracterizado como delito de coacciones y la crítica que ello merecía, ver TERRADILLOS BASOCO, J. M. *Derecho penal de la empresa*, cit., p. 121.

67. Este dato avala la tesis de que *violencia e intimidación* no pueden identificarse con los delitos de coacciones o amenazas.

68. La tesis del concurso de delitos es admitida, incluso, por la doctrina laboralista que ha analizado el artículo 177 bis del Código Penal de 1973. Ver. OJEDA AVILÉS, A. *Derecho sindical*. Madrid. 1995, p. 477.

69. OJEDA AVILÉS, A. *Derecho Sindical*, cit., p. 409.

70. Cfr. la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1983, de 15 de diciembre, y Auto de 13 mayo 1987. Ver A. BAYLOS GRAU, *¿La huelga en libertad vigilada? Controles institucionales al derecho de huelga*. Jueces para la Democracia, 8 (1992), p. 23.

"de acuerdo con otros". Se requiere, por tanto, al menos la participación de tres personas aun cuando sólo una recurra a la coacción. La actuación en grupo no hace, empero, responsables automáticamente a todos sus integrantes. Debe recordarse, al respecto, que, como subraya la STC 254/1988, de 21 de diciembre, es precisa la identificación de responsabilidades personales⁷¹.

La conducta típica consiste en "coaccionar a otras personas a iniciar o continuar una huelga". Aquí, en contra de lo que ocurre con los preceptos anteriormente examinados, se exige la concurrencia de coacciones, sin que baste con el empleo de cualquier forma de fuerza o violencia que no sean constitutivas de tal delito.

La determinación de la entidad exigible a los medios coactivos o intimidantes ha de realizarse de acuerdo con las características del marco en el que se emplean, el conflicto laboral, con lo que ello supone desde el punto de vista del reconocimiento constitucional de las facultades de autotutela colectiva. Por eso la doctrina exige unánimemente para afirmar la tipicidad unos niveles de coerción superiores, en principio, a los que se consideran suficientes para integrar el delito de coacciones⁷². La doctrina laboralista, en concreto, se inclina incluso por exigir la presencia de violencia física⁷³.

En cuanto al sujeto pasivo, la expresión "a otras personas" invita a afirmar la existencia de un único delito aunque los sujetos coaccionados sean varios⁷⁴. Quizá con el texto de 1995, esta interpretación, válida respecto al CP de 1973, pueda cambiarse: en el apartado primero del artículo 315 se castigan conductas que limitan el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga, sin hacer referencia a su titular, pero es obvio que un único engaño puede determinar el recorte de los contenidos de la libertad sindical o, más aún por ser un derecho de ejercicio colectivo, del derecho de huelga. El hecho de que los afectados sean varios no determina la aparición de un concurso de delitos. Lo mismo puede decirse del apartado segundo, que castiga las conductas "reseñadas" en el primero. En el tercero, el comportamiento típico es distinto, pero tampoco la pluralidad de afectados implica pluralidad de delitos. Interpretar de otro modo el artículo 315 supondría que quien emplea violencia, fuerza o intimidación para obligar a varias personas a no sumarse a una huelga (apartado segundo), respondería por varios delitos en

concurso; y quien coacciona para obligar a varios a sumarse a la misma huelga, sería responsable de un único delito castigado con la misma pena.

II.3. LA HUELGA COMO DELITO: HUELGA DE FUNCIONARIOS

La derogación del viejo artículo 222, que criminalizaba ciertas huelgas de funcionarios como delito de sedición, viene acompañada, en el CP de 1995, de la incorporación de un artículo, el 409, que incrimina determinadas huelgas de funcionarios públicos como una modalidad de abandono de destino.

El artículo 409 castiga, en su párrafo primero, la dirección u organización de abandonos colectivos y "manifiestamente" ilegales de un servicio público. A diferencia de lo que ocurría en el derogado artículo 222, no se exige que se ocasione trastorno a los servicios públicos o que se altere sustancialmente la normalidad de éstos, lo que viola el principio de lesividad. Tampoco la norma integra en el dolo del autor la finalidad de subvertir el ordenamiento democrático, como exigía la jurisprudencia constitucional que interpretó el antiguo artículo 222⁷⁵, con lo que se amplía en lo subjetivo el ámbito de lo punible, ya que el delito en cuestión se enmarca entre los que afectan a la Administración Pública.

El segundo párrafo incrimina a las autoridades y funcionarios públicos que participaren meramente en el abandono colectivo o manifiestamente ilegal de un servicio público esencial, "y con grave perjuicio de éste o de la comunidad". Es patente la asimetría existente entre este párrafo y el anterior del mismo precepto. La utilización de la disyuntiva "o" en vez de la copulativa "y", si no es un error que debe corregirse por el legislador, carece de sentido. En efecto, este precepto permite entender que la huelga que cause un grave perjuicio en el servicio público esencial –sin que se requiera por tanto que ésta sea ilegal– es delito, lo que choca a todas luces con el modelo constitucional de huelga. Posiblemente en este segundo párrafo del artículo 409, mediante el empleo de la conjunción disyuntiva, se esté produciendo una reduplicación o reiteración de la conducta punible del párrafo primero, porque el grave perjuicio se tiene que realizar precisamente a través de la ilegalidad manifiesta de la huelga convocada. Otra lectura más restrictiva llevaría a afirmar la inconstitucionalidad del precepto. ●

71. La STC 332/1994, de 19 de diciembre, subraya también la improcedencia de la imposición de una pena sin proceder a "una individualización adecuada de los actos ilícitos y no mediante la imputación colectiva a un grupo de determinados actos penalmente reprochables, para condenar a cualquiera de ellos".

72. BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, J.M. *Derecho penal del trabajo*, cit., p. 145.

73. Ver A. OJEDA AVILÉS, *Derecho sindical*, cit., p. 410. También la importante STS (2.ª), 11 julio 1984.

74. MIR PUIG, S. *El delito de coacciones en el Código Penal español*, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1977, p. 304.

75. STC 11/1981, de 8 de abril.

Crónicas Iberoamericanas



...

La **Revista Penal** tiene como uno de sus principales objetivos proporcionar información de actualidad sobre las peculiaridades de los sistemas penales iberoamericanos. El interés que despiertan estas aportaciones es evidente, no sólo porque existe una afinidad idiomática, sino porque en muchos casos nos encontramos ante sistemas jurídicos con problemas muy semejantes.

Por este motivo, esta Sección de la Revista incorporará las colaboraciones de especialistas de distintos países quienes expondrán, de forma breve, su punto de vista sobre algunos temas de gran relevancia para el Derecho punitivo (penal, procesal, penitenciario) y la Criminología.

Conseguir puntualmente toda esta información

no es tarea sencilla. A partir del próximo número contaremos con nuevas aportaciones que incluyen otros países y organismos internacionales, como la Organización de Estados Americanos (O.E.A.) y la Comunidad Europea (C.E.).

Las Crónicas Iberoamericanas serán monografías y permitirán orientarnos sobre la situación real que existe en los distintos sistemas jurídicos comparados en temas tales como extradición, asilo, corrupción, jurado, drogas, etc. En esta ocasión, se ha preguntado a cada uno de los colaboradores extranjeros sobre el siguiente tema: "Principales reformas en la legislación penal y procesal que se han llevado a cabo en su país entre 1995 y 1997".