

LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES: LO QUE
SOBRA Y LO QUE FALTA

Juan Antonio Lascuráin Sánchez
Universidad Autónoma de Madrid
ADPCP, VOL. LVII, 2004

<http://www.cienciaspenales.net>

Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta

JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ

Universidad Autónoma de Madrid

I. PENAR POCO Y BIEN

1. Puede pensarse que lo mejor que se puede hacer para proteger los derechos de los trabajadores es proceder a una amplia y severa punición de las conductas que los restringen. Esta intensa intervención penal reequilibraría unas relaciones, las laborales, que *de facto* tienden a la asimetría y que cuando llegan a ella pueden suponer la lesión de los más importantes intereses vitales de los trabajadores como personas y como trabajadores y sus más importantes instrumentos de defensa como colectivo.

Estos pensamientos son correctos sólo a medias. Tan evidente como que deben ser penalmente combatidas las conductas de explotación laboral –por emplear la gráfica expresión tradicional todavía utilizada en la jurisprudencia penal– y de obturación radical de los mecanismos de defensa individual y colectiva de los trabajadores, lo es que carece de sentido y de eficacia el que el Derecho Penal se convierta en el guardaespaldas permanente del Derecho del Trabajo. Tan evidente como que el Derecho Penal debe intervenir en la siniestralidad laboral de origen ilícito y evitable es que carece de sentido y de eficacia el que se castigue penalmente la mera discriminación laboral. Tan evidente como que nada tiene que decir el Derecho Penal al empresario que niega injustificadamente el tablón de anuncios o la sala de reuniones a los representantes sindicales de su empresa, por irregular que ello sea, lo es que debe intervenir cuando lo que hace es

coaccionar a los mismos o a sus representados para que no realicen una huelga.

Una ambiciosa criminalización de las conductas empresariales irregulares en el ámbito de las relaciones laborales no sólo es ilegítima desde la perspectiva del Derecho Penal propio de un Estado democrático, sino que es disfuncional desde varios puntos de vista, y entre ellos desde el de la propia protección de los derechos de los trabajadores. Una estrategia tal de política criminal conduciría, en efecto, en primer lugar, a sanciones ilegítimas por desproporcionadas, que acarrearían graves consecuencias jurídicas por hechos de desvalor leve, con el derroche innecesario de sanción –de libertad– que ello supone y, en el ámbito empresarial, con un severo nocivo efecto disuasorio general de la actividad productiva, con lo que ello comporta para el desarrollo económico, que es también fuente de libertad. Una punición excesiva lleva además, en segundo lugar, a la banalización y al desprestigio general del Derecho Penal; colapsa con conflictos menores la Administración de Justicia –y la colapsa también, por ejemplo, para los homicidios y para las agresiones sexuales–; inclina a los ilícitos menores a la inaplicación y hace que éstos arrastren a los comportamientos más graves del mismo ámbito a ser objeto de la mirada despectiva que suscitan los delitos de bagatela; condena la solución de conflictos menores a un cauce pensado para los mayores, y que por ello es lento y garantista; y, en fin, con su aparente eficacia disuade de la utilización de otros mecanismos individuales y colectivos de defensa de los derechos de los trabajadores. Convertir innecesariamente una conducta irregular en delito, en suma, no sólo atenta contra el principio constitucional de proporcionalidad (1), sino que invita al juez a corregir el exceso mediante la inaplicación y relaja la utilización de otros instrumentos más ágiles y efectivos de represión de tales conductas. Debe afirmarse con Ortubay Fuentes que «las pretensiones de excesiva intervención penal abocan en el descrédito y en una aplicación arbitrariamente selectiva de las normas penales aparentemente drásticas» (2).

(1) Sobre el mismo, LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La proporcionalidad de la norma penal», en *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 1998, pp. 159 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, «Delito y pena en la jurisprudencia constitucional», Civitas, Madrid, 2002, pp. 68 ss.

(2) En «Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código Penal», Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000, p. 488. Y continúa: «La constatación del escaso recurso a la sanción establecida en el artículo 499 bis CP73 –aunque provocada también por otros factores que han quedado expuestos– constituye un ejemplo palmario de dicha paradoja».

2. De lo que se trata entonces, y de lo que debe tratar siempre el Derecho Penal, es de penar lo realmente importante cuando ello sea necesario, por resultar ineficaces otros mecanismos menos contundentes de protección, y singularmente el Derecho Administrativo sancionador. De lo que se trata pues es de penar poco. Y también de hacerlo bien: que ese poco sea bueno desde la perspectiva moral que demarcan nuestros principios constitucionales. La pena debe ser la mínima suficientemente eficaz para prevenir razonablemente una conducta intolerable que se describe con precisión.

Es precisamente esta última virtud la que, junto con la ya señalada de la contención, mas se echa de menos en la descripción vigente de los delitos contra los derechos de los trabajadores. El segundo cáncer al que tiende el Derecho Penal del Trabajo –el primero es la expansión desmedida– es el de la imprecisión, del que son buenos modelos los tipos de los artículos 312.1 (traficar de manera ilegal con mano de obra) y 315 (impedir o limitar mediante engaño o abuso de necesidad el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga). Y este defecto, obvio es decirlo, no es en absoluto baladí. La imprecisión confunde lo que es importante con lo que no lo es y hace que el mensaje normativo pierda fuerza preventiva (3). El destinatario de la norma no conoce lo que está prohibido y confía en que una interpretación restrictiva deje su conducta al margen de la pena.

Si pasamos de la perspectiva del destinatario a la del juez, los ilícitos penales difusos producen una incomodidad que puede terminar en absoluciones inconvenientes desde el punto de vista de la protección de bienes jurídicos necesitados de la misma: la incomodidad de tener que recrear el tipo y la incomodidad que supone el riesgo de penar conductas que quizás no lo merezcan (4). Por una parte, el juez se siente forzado a realizar un papel que corresponde el legislador: se siente forzado a limitar el tipo con consideraciones abstractas acerca de la afectación de la conducta a bienes jurídicos a su vez abstractos. No

(3) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ atribuye la falta de aplicación del tipo de «intervención en migraciones laborales fraudulentas» del Código Penal anterior (art. 499, pfos. 1.º, 3.º) «probablemente [...] a la falta de taxatividad de la conducta típica» («Derecho Penal económico», Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 580). Para MESTRE DELGADO, en relación con el artículo 312.1, «la falta de concreción legal de lo que se entienda por tráfico de mano de obra dificulta muy seriamente la aplicabilidad de este precepto» («Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en AA. VV., coord. Lamarca Pérez, *Manual de Derecho Penal*, Colex, Madrid, 2001, p. 406).

(4) V. TERRADILLOS BASOCO y BAYLOS GRAU, «Derecho penal del trabajo», Trotta, Madrid, 1997 (2.º ed.), p. 41.

otra cosa le pedimos al juez cuando, con invocación del principio de intervención mínima, le pedimos que limite la tipicidad de conductas semánticamente típicas con criterios tales como, por poner dos ejemplos, la afectación de la inmigración clandestina a los derechos de los trabajadores que pudieran concurrir al mismo mercado de trabajo (5), o el efecto del tráfico ilegal de mano de obra de obstaculización material de las políticas públicas de empleo (6). Por otra parte, los tipos potencialmente extensos abarcan potencialmente ilícitos banales desde la perspectiva penal y pueden generar la sensación de que el entero círculo de conductas incriminadas es de bagatela desde la perspectiva penal y de que su foro adecuado es el laboral o el administrativo (7).

3. En la conformación de un Derecho Penal del Trabajo de dimensiones adecuadas y de descripciones precisas el Código Penal de 1995 supuso un significativo avance. Su predecesor dedicaba cuatro preceptos a la protección de los derechos de los trabajadores: el del artículo 177 bis, dedicado a la protección de la libertad sindical y el derecho de huelga; el del 348 bis.a), que protegía la seguridad en el trabajo; el del 427, que tipificaba las denominadas «lesiones laborales»; y el del 499 bis, que describía la imposición de condiciones laborales o de seguridad social irregulares, el tráfico ilegal de mano de obra y la intervención en migraciones laborales fraudulentas.

La lectura de estos artículos deparaba el siguiente análisis. De un lado, el positivo, suscitaba la impresión de que los focos de intervención eran esencialmente los adecuados: los referidos a la siniestralidad laboral, a la explotación laboral y al derecho de huelga (8). El platillo negativo de la balanza, de otro lado, estaba constituido, en primer lugar, por la dispersión de las normas, ubicadas en diversos títulos; en segundo lugar, por los contornos difusos de buena parte de ellas, de las que constituía paradigma la del artículo 177 bis, que, por ejemplo, se conformaba para la calificación como delito con la limitación del ejercicio legítimo de la libertad sindical (9), y, en tercer lugar,

(5) V. *infra* n. 42.

(6) V. *infra* n. 68.

(7) En este sentido, SÁNCHEZ CARRIÓN, en «Problemas que plantea la incidencia del ámbito socio-laboral en la delimitación y enjuiciamiento de los delitos contra los derechos de los trabajadores», en *Actualidad Aranzadi*, 397, 1999, p. 4.

(8) En realidad, como afirma PIÑOL RODRÍGUEZ, el Código Penal de 1995 «no es tan novedoso en la materia como cabría pensar» («Delitos contra los derechos de los trabajadores», en AA. VV., coord. Suárez-Mira, *Manual de Derecho Penal*, II, Civitas, Madrid, 2004, p. 330).

(9) «Los que impidieren o limitaren el ejercicio legítimo de la libertad sindical o del derecho de huelga serán castigados con la pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas.»

por la baja penalidad con la que se castigaban las conductas (arresto mayor y multa, de modo alternativo o cumulativo), que restaba a los correspondientes preceptos buena parte de su poder preventivo (10).

Con este panorama normativo, el reto del legislador de 1995 consistía, de un lado, en conservar lo positivo de este balance, manteniendo el ámbito material esencial de intervención; de otro, en corregir los defectos enunciados, intentando precisar los diferentes tipos, elevando la cuantía de las sanciones y reuniendo las distintas normas en un solo título. Ninguna duda cabe desde luego que este último objetivo se cumplió con la creación de un título, el XV, dedicado a los delitos contra los derechos de los trabajadores. Con ello el propio legislador facilita su tarea de conformación de un ámbito de intervención penal sin lagunas ni solapamientos y a la vez facilita a los destinatarios de las normas el conocimiento de su contenido y a sus operadores el tratamiento conjunto de problemas similares de aplicación.

También es evidente que las penas se adecuaron al objetivo de la prevención de estas conductas en el ámbito empresarial (11). La pena tipo de este título parte del máximo del marco de la pena anterior y se sitúa en una privación de libertad de seis meses a tres años, a la que se añade una multa de seis a doce meses. Esta pena se eleva en los tipos agravados por la concurrencia de violencia o intimidación, y se atenúa en el tipo de discriminación laboral (prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses) (12) y, en un grado (pena de prisión de tres a seis meses, sustituible por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, y pena de multa de tres a seis meses), en la única modalidad imprudente: el delito imprudente contra la seguridad en el trabajo, que es la modalidad crucial en este tipo de delitos de peligro y que en el Código Penal anterior merecía una pena de multa de bajísima cuantía. Este equilibrado panorama se ha endurecido innecesariamente con la reforma de la pena del artículo 312.1 operada por la Ley Orgánica 4/2000 y que extiende la nueva penalidad de dos a cinco años de prisión a los demás delitos del artículo 312 y a los del 313.

4. Conseguido el de la elevación punitiva y el de la compilación de preceptos, a lo que se va a dedicar este artículo es a la evaluación de los otros dos objetivos, consistentes en conservar un ámbito de

(10) V. esta crítica ya en BAJO FERNÁNDEZ, «Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial», Civitas, Madrid, 1978, pp. 517, 539.

(11) V. TERRADILLOS BASOCO y BAYLOS GRAU, *op. cit.* en nota 4, p. 42.

(12) Esta multa es el fruto de la reciente elevación operada por la Ley Orgánica 15/2003. Antes del 1 de octubre de 2004 la multa era de seis a doce meses.

intervención adecuado y en configurar tipos precisos. Adelanto ya en este punto lo que será mi conclusión: se ha producido algún avance y varios retrocesos en lo que respecta al área de intervención penal; en materia de determinación típica se constata algún avance, aunque hartamente insuficiente.

A) En efecto, por una parte, el Código Penal de 1995 abandonó los vestigios de una política criminal opuesta a la protección de los derechos de los trabajadores, y que consistía precisamente en la criminalización de lo que hoy entendemos como ejercicio de tales derechos. Desapareció así el contenido del antiguo artículo 222, tipo que consideraba sediciosas determinadas huelgas y cuya constitucionalidad sólo había quedado salvada por la exigencia de una voluntad específica de subvertir la seguridad del Estado (STC 11/1981). Este tipo sólo mantiene hoy un pálido reflejo en el artículo 409, relativo al abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público por parte de autoridades y funcionarios públicos. También se suprimió el tipo de coacción al seguimiento de una huelga como supuesto agravado de coacciones (art. 496, párrafo 2.º, del Código Penal anterior), y también constituye esta supresión un acierto, dado que establecía un tratamiento comparativo injustificadamente riguroso respecto a la coacción a la no participación en una huelga (13). Lástima que no se aprovechara la ocasión para acabar de cuadrar lógicamente las cosas: en lugar de equiparar la penalidad a la coacción que se opone a la huelga, que es una coacción frente al ejercicio de un derecho fundamental a la que el legislador asigna una pena más elevada que la ya agravada para este tipo de coacciones, debería haberse dejado la regulación de este supuesto a la regulación general de las coacciones. Debería pues desaparecer el apartado 3 del artículo 315, que considera más grave que las coacciones al ejercicio de los derechos fundamentales (art. 172, párrafo 2.º) unas coacciones que no sólo no se incardinan en este grupo, sino que lo que suponen precisamente es una extralimitación en el ejercicio de un derecho fundamental, lo que constituye más bien un factor de atenuación.

Otras supresiones se quedaron desafortunadamente en el tintero. Entre el exceso y la imprecisión está el tipo que defiende la libertad sindical: sólo alguna de las conductas que impiden o limitan tal libertad mediante engaño o abuso de necesidad merecen reproche penal. Y más exceso que imprecisión es el defecto del tipo que castiga con pena de nada menos que de dos a cinco años de prisión la «recluta» de

(13) Estos preceptos ponían «en entredicho la concepción democrático liberal de nuestro Código Penal» (BAJO FERNÁNDEZ, *op. cit.* n. 10, p. 549).

personas mediante ofertas falsas de empleo. Este tipo constituye una herencia más o menos vaga del que sancionaba en la Ley de Emigración (art. 54.1.º) la promoción de la emigración clandestina «reclutando gentes».

A esta excesiva contención en el recorte debe sumársele en este apartado de reproches a la actividad legislativa la adición de dos tipos a los ya existentes. El primero el del delito relativo a la discriminación laboral (art. 314), cuya técnica peculiar se dirige sin éxito a tapan el exceso en la intervención penal. El empeño por no sancionar la mera discriminación, sino su perseverancia, desemboca en una especie de desobediencia o de reincidencia; aquélla (la desobediencia) sin los requisitos que conforman su peculiar desvalor, y ésta (la reincidencia) con todas sus dificultades de legitimación. La segunda adición desafortunada es el delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina (art. 313.1), que en sí mismo sólo parece merecedor de sanciones administrativas y que supone a lo sumo un delito de peligro contra los derechos de los trabajadores al que se le asigna la misma pena que la propia de la lesión de estos derechos (art. 312.2).

B) En materia de precisión en la descripción típica siempre preocupó la dificultad de delimitar suficientemente los contornos del delito contra las condiciones esenciales de trabajo. Ciertamente el artículo 311 hace algún intento en esa línea, pero la restricción de la clase de acciones que deben considerarse delictivas se pierde con la inclusión en este ámbito del abuso de necesidad, y la restricción de los resultados típicos se pierde con la inclusión de las condiciones meramente contractuales. Menos excusa tiene el tipo de «tráfico ilegal de mano de obra» (art. 312.1), que *a priori* puede ir desde la mera contratación al margen de las oficinas públicas de empleo y sin información a las mismas hasta el gravísimo comportamiento de someter a alguien a trabajos forzados. Tampoco encuentra justificación la vaguedad del tipo de «impedimento o limitación del ejercicio del derecho de huelga mediante engaño o abuso de necesidad» (art. 315.1), que hubiera requerido de una no tan difícil descripción de los modos más graves de lesión del derecho.

II. LO QUE SOBRA

A) El delito de discriminación laboral (art. 314)

5. El artículo 314 sanciona con una pena de prisión de seis meses a dos años o con una pena de multa de doce a veinticuatro meses al que

produzca alguna discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna «persona» (14) y no restablezca la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado. La discriminación ha de ser «por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español».

La técnica anterior de punición de la discriminación laboral es peculiar en cuanto que no se castiga la discriminación en sí, sino la persistencia en la misma o en sus efectos. Ello se debe probablemente a que el legislador es consciente del carácter expansivo que supone la intervención penal que consagra este artículo y ha decidido restringirla a los supuestos de contumacia. A esta misma intención restrictiva parece deberse su notable esfuerzo de precisión, que se revela ya en la minuciosidad con la que se describen las causas de discriminación –mayor que la que revela el art. 14 de la Constitución y superior también a la que guió la redacción del art. 17 del Estatuto de los Trabajadores– (15) y en la reducción de la punibilidad a los supuestos graves (16). Además, por primera y única vez en este título, la res-

(14) Se emplea este término y no el de «trabajador» para no cerrar la puerta de la punición a los supuestos de discriminación en el acceso al empleo, en coherencia con lo que prescribe el Convenio 111 de la O.I.T. sobre discriminación en materia de empleo y ocupación.

(15) El elenco de causas de discriminación, con ser minucioso, no ha evitado que se queden en el tintero las relativas a edad (como destaca NAVARRO CARDOSO en *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 121) y a la afiliación o al apoyo sindical y a la participación en una huelga (como destaca PÉREZ MANZANO, en «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en *Relaciones Laborales*, núm. 3, 1997, p. 36). Esta laguna sólo queda parcialmente colmada con el artículo 315, dados los medios específicos de comisión que requiere éste. CONDE-PUMPIDO TOURÓN considera que «sobran las sanciones penales en el caso de vínculos de parentesco con otros trabajadores de la empresa, ya que no implica la pertenencia a un grupo social discriminado» («La sanción penal de la discriminación; especial referencia a la discriminación por razón de enfermedad y al nuevo delito de discriminación en el trabajo», en AA.VV., dir. Maqueda Abreu, *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, CGPJ, Madrid, 1996, p. 312).

(16) Como señalan TERRADILLOS BASOCO y BAYLOS GRAU, la gravedad no tiene que ver con su perceptibilidad, con el que sea «manifiesta» (*op. cit.* n. 4, p. 132), sino que habrá de medirse tanto desde la entidad y la cantidad de las consecuencias de la discriminación en relación con el trato igualitario («en función de la distancia que media entre lo que constituiría el trato merecido y el trato dado a la persona»: PÉREZ MANZANO, *op. cit.* n. 15, p. 35), como, a mi juicio, desde el grado de repugnancia del motivo de la misma.

ponsabilidad penal puede saldarse con una mera multa, elevada recientemente por la Ley Orgánica 15/2003.

6. El tipo no pena, pues, el mero trato discriminatorio, que se mantiene como una infracción administrativa (art. 8.12 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social), sino la perseverancia en dicho trato tras «requerimiento o sanción administrativa» (17). Se configura con ello un tipo que comporta o bien un cierto tipo de desobediencia (18) que se intenta domeñar de un modo ciertamente excesivo, o bien una especie de reincidencia (19) que destapa todos los recelos constitucionales que concita esta figura, máxime cuando genera el severo efecto agravatorio consistente en transformar en delito una mera infracción administrativa.

Tales recelos contrastan, por cierto, con la amplia aceptación social de la agravación por reincidencia, tan acentuada en las últimas reformas del Código. Este hecho resulta sorprendente, toda vez que tal aceptación parece inversamente proporcional a su racionalidad en los términos valorativos que esa misma sociedad toma como punto de partida. La idea de que la pena para el reincidente ha de ser mayor que la pena que se impone por el mismo hecho para el delincuente primario, porque el reincidente «no ha tenido suficiente» con las penas que se le impusieron por los delitos anteriores, es la consecuencia de ciertos prejuicios latentes que difícilmente estaríamos dispuestos a defender explícitamente.

(17) El texto presenta cierta ambigüedad semántica. Carece de sentido sin embargo que el requerimiento previo sólo pueda ser administrativo y no, por lo tanto, judicial. En nada mejora el comportamiento discriminatorio renuente cuando lo es a un requerimiento judicial. Más bien cabe apreciar una mayor certeza del mandato y una mayor contumacia en la desobediencia. Por ello y por el hecho de que el adjetivo singular «administrativa» puede predicarse sólo de la sanción, creo que debe interpretarse la norma en un sentido comprensivo de los requerimientos judiciales (en este sentido, TERRADILLOS BASOCO y BAYLOS GRAU, *op. cit.* n. 4, p. 136; NAVARRO CARDOSO, *op. cit.* n. 15, p. 119; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *op. cit.* n. 3, p. 602; PÉREZ MANZANO –*op. cit.* n. 15, pp. 36 ss.– asocia incluso el término «requerimiento» al requerimiento judicial del art. 180.1 de la Ley de Procedimiento Laboral). No lo estima así la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra 112/1998, de 21 de mayo: «Ciertamente que el vocablo utilizado por el indicado artículo parece referirse a actuación de orden administrativo, pues tanto el requerimiento como la sanción se refieren a dicho orden, lo que impediría ampliar el concepto a las resoluciones o requerimientos de orden judicial, si no se quiere infringir el principio de legalidad, esencial en el Derecho Penal».

(18) CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *op. cit.* n. 15, p. 312; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *op. cit.* n. 3, p. 597; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002 (14.^a ed.), p. 336; PIÑOL RODRÍGUEZ, *op. cit.* n. 8, p. 335.

(19) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *op. cit.* n. 3, p. 597.

De un lado está la idea de que la cuantía de la pena no depende de la culpabilidad por el hecho concreto –de la gravedad de la concreta conducta y de la actitud de su agente hacia ella–, sino que puede aumentar en función del nivel de socialización del sujeto. Este criterio se acerca peligrosa e insoportablemente a la idea de la responsabilidad por el carácter, por la manera de ser, al Derecho Penal de autor, tan caro al Antiguo Régimen y a ciertos regímenes totalitarios, y tan opuesto al Derecho Penal del hecho, a la noción de la responsabilidad por la propia conducta que subyace a una concepción democrática de organización de la sociedad.

Tan rechazable como el criterio anterior es, de otro lado, el que sostiene que el plus punitivo que se asigna al reincidente encuentra su razón de ser, no en su carácter, sino en sus hechos: en el delito o delitos anteriores. Resulta así que estos mismos hechos (ídem), en su momento sancionados, son de nuevo tomados en consideración a efectos punitivos: son de nuevo (*bis*) penados.

La pequeña historia de la agravante de reincidencia resulta harto expresiva de sus pegas constitucionales y de la orientación ideológica de las recientes reformas penales. Nos muestra cómo su efecto fuertemente agravatorio (imposición de una pena superior) fue eliminado por la primera de las grandes reformas del Código Penal que perseguían su adaptación a la Constitución. La exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/1983, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, señalaba que «(l)a exasperación del castigo del delito futuro, de por sí contraria al principio *non bis in idem*, puesto que conduce a que un solo hecho genere consecuencias punitivas en más de una sola ocasión, se ha mostrado además como poco eficaz solución en el tratamiento de la profesionalidad o habitualidad delictiva; a ello se une la intolerabilidad de mantener una regla que permite llevar la pena más allá del límite legal de castigo previsto para la concreta figura del delito, posibilidad que pugna con el cabal entendimiento del significado del principio de legalidad en un Estado de Derecho».

La reincidencia quedaba así como una circunstancia agravante más, que no permitía elevar la pena, sino sólo imponer la misma pena en sus dos tercios superiores. Este efecto moderadamente agravatorio fue incluso cuestionado por el propio Tribunal Supremo, que lo negaba si se superaba «la gravedad de la culpabilidad» (STS de 6 de abril de 1990), y fue determinante para que el Tribunal Constitucional no apreciara su inconstitucionalidad (STC 150/1991). Presupuesto esencial de su decisión lo fue el que la reincidencia sólo había de ser tenida en cuenta por los tribunales «dentro de unos límites fijados para cada tipo penal concreto y su respectiva sanción: es decir, para deter-

minar el grado de imposición de la pena y, dentro de los límites de cada grado, la extensión de la pena».

7. La técnica de descripción de la conducta típica del artículo 314 responde sin duda a un loable esfuerzo de precisión y de restricción. No consigue evitar sin embargo la catalogación del precepto como excesivo (20).

Desde el prisma del principio de proporcionalidad en su vertiente de *ultima ratio*, sorprendería la decisión del legislador de convertir en delito la sola discriminación laboral: el establecimiento de condiciones de trabajo injustificadamente desiguales sin necesidad de que el sujeto activo se haya servido de los medios del artículo 311 (engaño, abuso de necesidad, intimidación, violencia) ni de que dichas condiciones extravasasen el marco regulador de la relación laboral. Las conductas meramente discriminatorias deben tener su adecuada y eficaz represión en el ámbito laboral.

Por otra parte, si de lo que se trata es de penar la desobediencia en este ámbito, castíguese sólo la más grave y castíguese en su ámbito natural, que es el delito de desobediencia. Y si de lo que se trata es de elevar a delito la infracción administrativa reincidente, habrá de recordarse de que ello no es constitucionalmente posible: que ello supone una sanción por el carácter o una segunda sanción por lo que ya estaba sancionado.

8. Más allá de la desafortunada técnica de tipificación de la discriminación, a caballo entre la desobediencia y la reincidencia, el análisis de la legitimidad de la punición de la discriminación laboral no puede pasar por alto ni el hecho de que ésta afecta a la dignidad de la persona (21) ni el dato de que el artículo 314 restringe las conductas

(20) En contra, TERRADILLOS BASOCO y BAYLOS GRAU (*op. cit.* n. 4, pp. 129 y 130), quienes se manifiestan a favor de que la mera discriminación sea delito; en contra y a favor incluso de una pena mayor, NAVARRO CARDOSO (*op. cit.* n. 15, p. 128) y VALLE MUÑIZ y VILLACAMPA ESTIARTE (en sus comentarios a los arts. 311 a 315 y 318, en AA.VV., dir. Quintero Olivares, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2002, 3.ª ed., p. 1139).

(21) Para LAURENZO COPELLO «podría caracterizarse el trato discriminatorio como aquel comportamiento que implica una negación de la igualdad entre todos los seres humanos basada en ciertos rasgos o peculiaridades que distinguen al discriminado del modelo de normalidad que se toma como punto de referencia». De este modo, «la conducta discriminadora apunta directamente hacia un bien esencial de toda persona: el derecho a ser tratado como un ser humano igual a los demás». Asimismo, aparece implicado en el trato discriminador «el modelo de convivencia plural y multicultural del que parte nuestra Constitución» («La discriminación en el Código Penal de 1995», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIX, 1996, pp. 235 ss. y 241).

típicas a las constitutivas de discriminación «grave». Enumeradas en el precepto las causas de discriminación que se consideran como peculiarmente reprobables, la gravedad añadida sólo puede provenir de las consecuencias laborales de la discriminación y debe plasmarse en la imposición al trabajador discriminado de unas condiciones de trabajo irregulares (22). Ésta es la opinión de Bernal del Castillo, quien, tras advertir en general que los tipos penales que protejan directa e inmediatamente el derecho a la no discriminación «deberán constituirse como delitos materiales, cuyo objeto lo constituyan determinados derechos y facultades del sujeto pasivo, que se ven lesionados o puestos en peligro concreto por el trato desigual» (23), señala que el concepto de «discriminación laboral punible» queda matizado por «la negación de alguna de las condiciones o derechos derivados de las normas laborales» (24).

En esta línea de análisis político-criminal debe añadirse que la punición de la discriminación laboral alcanzaría proporción y coherencia si quedara entroncada con la protección penal de las condiciones laborales. Se trataría de equiparar la imposición discriminatoria de condiciones irregulares a la imposición abusiva o fraudulenta, y de someterla a sus mismos límites. Los que luego se propondrán (25) hacen referencia a un doble filtro: uno material, atinente a las materias que más afectan a los intereses de los trabajadores; otro formal, que excluya, en todo caso, las condiciones meramente contractuales y quizás también las que tengan su origen en un convenio colectivo.

Aun en la versión limitada que aquí se propone de la protección penal de la igualdad en el trabajo debe advertirse sobre el incierto futuro de su aplicabilidad (26). Si la protección laboral de la igualdad tiene cierta eficiencia es porque invierte la carga de la prueba y porque considera irrelevantes los conocimientos y las intenciones del empresario (27). Ninguna de estas dos estrategias es posible en la administración judicial del artículo 314. Por una lado, porque es un delito

(22) El artículo 225.2 (3.º, 5.º y 6.º) del Código Penal francés restringe la prevención penal de la discriminación laboral a la discriminación en la contratación y en el despido. «Quizá sea una buena forma de reducir el campo de la sanción penal y diferenciarla de la administrativa», dice CONDE-PUMPIDO TOURÓN (*op. cit.* n. 15, p. 313).

(23) *La discriminación en el derecho penal*, Comares, Granada, 1998, p. 36.

(24) *Op. ul. cit.*, p. 126.

(25) *V. infra* III.A.17 y 18.

(26) Así, SIERRA HERNÁIZ, «La represión penal de la discriminación laboral. Análisis del artículo 314 CP», en AA.VV. (dir. Corcoy Bidasolo), *Derecho Penal de la Empresa*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2001, pp. 563 ss.

(27) *V. SIERRA HERNÁIZ, op. cit.* n. 26, pp. 563 y ss.

doloso. Por otro, porque frente a la regla especial en materia de discriminación laboral relativa a la inversión de la *carga de la prueba* a partir de un primer indicio razonable de la lesividad del acto empresarial (SSTC 114/1989, 85/1995 y 90/1997), debe imponerse la más fuerte presunción de inocencia, regla fundamental de un Derecho sancionador legítimo: la carga de la prueba la tiene plenamente la acusación (28). Cuestión distinta es la de que en atención a las circunstancias concurrentes pueda constituir un indicio racional la imposibilidad de una compresión razonable como no discriminatorio del acto que se enjuicia.

B) Las coacciones a la huelga (art. 315.3)

8. El tercero de los tipos del artículo 315 recoge la configuración del antiguo delito de coacciones a la huelga [art. 496, párrafo 2.º, del Código Penal anterior (29)] corrigiendo sus defectos más groseros: la disfuncional referencia al paro empresarial y, sobre todo, su penalidad superior a la coacción al no seguimiento de la huelga (30). Carece aún de justificación, sin embargo, el que se siga configurando como un tipo específico de coacciones y el que se sancione la coacción a la huelga con más dureza que la coacción que limita el ejercicio de un derecho fundamental (art. 172, párrafo 2.º), cosa que aquí no sucede (31). Más bien cabría pensar en que las coacciones a la huelga deberían configurarse como un tipo atenuado de coacciones, a la vista de que estamos ante un «ejercicio abusivo del derecho de huelga», que «implica el derecho a requerir de otros la adhesión a la huelga y a participar, dentro del marco legal, en acciones conjuntas dirigidas a tal fin» (STC 254/1988) (32). Como recordaba la STC 136/1999, en la ponderación que le impone el principio de proporcionalidad, el legislador debe tener en cuenta el efecto disuasorio del ejercicio de derechos

(28) V. NAVARRO CARDOSO, *op. cit.* n. 15, p. 130.

(29) «Incurrirán en las penas de arresto mayor en su grado máximo y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas los que actuando con violencia o intimidación, en grupo, o individualmente pero de acuerdo con otros, obliguen a otras personas a iniciar o continuar una huelga, paro o cierre empresarial.»

(30) Como advirtió ARROYO ZAPATERO (*Manual de Derecho Penal del Trabajo*, Praxis, Barcelona y Madrid, 1988, pp. 220 ss.).

(31) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *op. cit.* n. 3, p. 618; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte especial*, Atelier, Barcelona, 2002 (4.ª ed.), p. 583.

(32) Sobre esta sentencia, v. el comentario de DE VICENTE MARTÍNEZ: «El derecho de huelga y el delito de coacciones», en *Poder Judicial*, núm. 15, 1989, pp. 173 ss.

fundamentales que supone la sanción penal de conductas ilícitas, pero lindantes con dicho ejercicio, máxime cuando es difusa la frontera entre el delito y el ejercicio del derecho. No otra cosa es lo que justifica, por ejemplo, la baja penalidad de las injurias y de las calumnias.

C) Los delitos contra la libertad sindical (art. 315.1)

9. En lo que a la protección de la libertad sindical se refiere, el artículo 315 castiga con penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses a los que mediante engaño o abuso de situación de necesidad impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical. No hace falta ser muy perspicaz para darse cuenta de que, salvo el efecto limitador que tiene aquí el engaño o la situación de necesidad, que son por cierto medios comisivos tan poco adecuados como poco frecuentes para atentar contra la libertad sindical, el tipo es tremendamente amplio, pues se conforma con cualquier conducta de «limitación» de la libertad sindical (33). Es precisamente esta amplitud el germen de su inconcreción: al abarcar tanto, el intérprete –el juez– se ve forzado por el principio de proporcionalidad a seleccionar sólo algo de lo abarcado, sin que para dicha selección existan pautas precisas.

La amplitud no sólo proviene de la abstracción con la que se define el comportamiento, sino de las propias características de la materia regulada. Como ha destacado la doctrina laboralista especializada, la noción de antisindicalidad es amplia y versátil, necesitada de «una tipología de las plurales y heterogéneas formas de lesión de la libertad sindical» y fronteriza con el comportamiento empresarial, legítimo y lícito que no reprime el conflicto social, sino que se desarrolla en el seno y con la lógica del mismo (34).

La búsqueda de esa tipología ha de partir del propio concepto de libertad sindical. De acuerdo con el artículo segundo de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, el Tribunal Constitucional ha distinguido entre un significado individual del derecho a la libertad sindical que «consiste principalmente en el derecho a constituir sindicatos, afi-

(33) Hasta el círculo de sujetos activos está descrito sin restricciones, aunque «el candidato natural a la autoría es el empresario» (ARROYO ZAPATERO, *op. cit.* n. 30, p. 175). El artículo 13 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical señala que el daño a la libertad sindical puede provenir del «empleador, asociación patronal, Administraciones públicas o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada».

(34) VALDEOLIVAS GARCÍA, *Antisindicalidad y relaciones de trabajo*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 30 ss.

liarse al de su elección [...], y a que los afiliados desarrollen libremente su actividad sindical» (STC 197/1990), y un significado colectivo, «en cuanto derecho de los sindicatos al libre ejercicio de su actividad de cara a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios» (STC 73/1984). En paralelo, puede diferenciarse el impedimento o la limitación del ejercicio de la libertad sindical en el marco de la relación individual de trabajo –sea en el acceso al trabajo, en su normal desenvolvimiento o en la forma de finalización– del que se produce respecto a las relaciones colectivas –en la organización del sindicato, en su acción en el seno de la empresa, en la negociación colectiva, en el conflicto colectivo– (35). Debe reputarse sindical, en cualquier caso, la actividad de los órganos de representación unitaria de los trabajadores (36).

Los supuestos de hecho candidatos a incardinarse en el artículo 315, cuando se generen a través de los medios indicados y den lugar a un menoscabo relevante de la libertad protegida, serán, a título de ejemplo, la elaboración de «listas negras» para la no contratación de personas por su afiliación o por su actividad sindical; la inclusión expresa o tácita de cláusulas de resolución del contrato de trabajo consistentes en dicha afiliación o actividad; la discriminación en el salario, en las condiciones de trabajo o en la promoción profesional por las razones apuntadas; las sanciones, el despido en general o la finalización del contrato en general con el origen antisindical mencionado; «los actos de injerencia consistentes en fomentar la constitución de sindicatos dominados o controlados por un empleador o una asociación empresarial, o en sostener económicamente o, en otra forma, sindicatos con el mismo, propósito de control» (art. 13, párrafo 2.º, de la Ley Orgánica de Libertad Sindical); la perturbación de la actividad sindical en el seno de la empresa (informativa, de reunión, de recaudación de cuotas); y la negativa a la colaboración debida para el ejercicio de la actividad sindical (información y documentación –art. 10.3 LOLS–, local y tablón de anuncios –8.2 LOLS–, permisos y excedencias de los cargos directivos –art. 9 LOLS–).

10. La reflexión acerca del desvalor de estas conductas y acerca del papel mínimo que ha de cumplir el Derecho Penal en una sociedad democrática, de castigo sólo de los comportamientos más graves y cuando ello devenga imprescindible, abogaría por la represión penal únicamente de los atentados a la libertad sindical más graves y más frecuentes, que deberían describirse en el tipo. Estas conductas son el

(35) V. VALDEOLIVAS GARCÍA, *op. cit.* n. 34, p. 55.

(36) V. BAYLOS GRAU y TERRADILLOS BASOCO, *op. cit.* n. 4, pp. 144 ss.

despido, o el traslado, o, en general, la discriminación grave en el empleo o en el acceso al empleo por razón de la afiliación o de la actividad sindical, o del ejercicio del derecho de huelga. Sólo en estos casos, por su dimensión institucional, la discriminación tiene un desvalor merecedor de pena.

Un segundo tipo de conducta antisindical que merece reflexión respecto a su catalogación penal son los actos de injerencia empresarial mediante la infiltración de personas en el sindicato o mediante la constitución de sindicatos paralelos. Creo sin embargo que, frente a otro tipo de reacciones –administrativas o colectivas–, las intensas dificultades de prueba de estos supuestos (37) hacen inconveniente la meticulosa intervención penal.

D) La inmigración clandestina (art. 313.1)

11. No se entiende bien por qué la promoción o el favorecimiento de la inmigración clandestina es un delito contra los derechos de los trabajadores. Según la jurisprudencia la razón está en el peligro que esta conducta supone de explotación de ciudadanos extranjeros sin permiso de trabajo, personas extremadamente vulnerables por su imperiosa necesidad de sustento y por la imposibilidad de reivindicar condición de trabajo alguna (38). Si ésta es la perspectiva que guía la

(37) Subrayadas por BAYLOS GRAU y TERRADILLOS BASOCO (*op. cit.* n. 4, p. 155). Como sucedía respecto a los comportamientos discriminatorios del artículo 314 es harto difícil la prueba de que la medida empresarial tiene una motivación sindical, sin que dicha dificultad pueda salvarse en el ámbito penal con la inversión de la prueba con la que opera la jurisdicción laboral a partir de meros indicios de antisindicalidad (v. ARROYO ZAPATERO, *op. cit.* n. 30, 181; NAVARRO CARDOSO, «La protección penal de la libertad sindical», en *Relaciones Laborales*, 1998, II, p. 791).

(38) Según la STS 1.330/2002, de 16 de julio, «(e)l bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral mediante la sanción de conductas que atentan contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores. La sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 1998 se expresa así: «El bien jurídico protegido mediante la punición del tráfico ilegal de mano de obra y las migraciones laborales fraudulentas no es exactamente el derecho del trabajador a la seguridad en el empleo y al mantenimiento de las demás condiciones de trabajo pactadas o legalmente impuestas. Es un verdadero delito de riesgo abstracto, para proteger a todos los trabajadores, nacionales o extranjeros, frente a una nueva forma de explotación favorecida por determinados rasgos de la estructura económica mundial de nuestro tiempo, tales como la profundización de la desigualdad entre países ricos y pobres, la multiplicación de las comunicaciones internacionales de toda índole y el lógico crecimiento de la aspiración de las poblaciones de los países menos desarrollados a alcanzar mejores condiciones de trabajo y de vida. Para aprovecharse de esta situación y convertirla en

incriminación resulta sorprendente que se castigue igual la explotación (art. 312.2) que el favorecimiento del peligro de explotación (art. 313.1) (39). Tanto como que se diga que el bien protegido último son los derechos como trabajadores de unas personas de las que a la vez se dice que no tienen derecho al trabajo. Sea como fuere dista de la claridad que esta manera de ver las cosas justifique la punición: que deba sancionarse penalmente –y con penas de prisión de hasta cinco años– una conducta abstractamente peligrosa de contratación laboral en condiciones irregulares. Parece que es suficiente la intervención penal que supone el artículo 312.2 en su segundo inciso, al sancionar dicha irregularidad respecto a «súbditos» (*sic*) extranjeros sin permiso de trabajo (40).

12. Otro modo de justificar la intervención penal en la promoción de la inmigración es la que procede del abuso de la situación de

inmoral fuente de ingresos, aparecen grupos y organizaciones de gentes sin escrúpulos que promueven migraciones laborales, al margen o en contra de las disposiciones dictadas al respecto por los diversos Estados, abusando del ansia por salir de la miseria de quienes caen en sus redes y convirtiéndolos de hecho en mercancía de fácil y reprobable explotación». Para la STS 2.205/2002, de 30 de enero, «la inmigración ilegal, aun cuando sea voluntaria, coloca en situación de vulnerabilidad o riesgo a la persona que se traslada y establece en país que no es el suyo, por lo que las conductas que la promueven están poniendo en peligro los bienes jurídicos más relevantes de estas personas y perjudicando los derechos de los que el ciudadano extranjero podría llegar a disfrutar en caso de que su entrada en el Estado español se hubiese realizado en condiciones de legalidad».

(39) En loable afán restrictivo, la STS 2.205/2002, de 30 de enero, exige un cierto resultado de la conducta: «Aun cuando no se exprese en el tipo, la sanción del tráfico ilegal de mano de obra como delito requiere el daño o la grave puesta en peligro de los derechos de los trabajadores afectados, bien jurídico tutelado en este título» (también en esta línea, NAVARRO CARDOSO y DEL RÍO MONTESDEOCA, «Delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores del artículo 313.1 del Código Penal de 1995», en *La Ley*, 1998, VI, p. 2353).

(40) Sobre este tipo penal v. CARDENAL MONTRAVETA y CARDENAL ALEMANY, «El delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo (art. 312.2 *in fine* CP). Especial referencia a su aplicación jurisprudencial», en *Poder Judicial*, 66, 2002, pp. 213 ss. Si el precepto que comentamos se concibe como un delito de peligro para los derechos de los trabajadores –*rectius*: como un delito de peligro de explotación– y si el delito del artículo 312.2 castiga con la misma pena la lesión de tales derechos –*rectius*: la explotación–, parece que, si tras la emigración clandestina el mismo sujeto activo emplea a los emigrantes en condiciones inferiores a las que corresponderían normativamente, debería aplicarse la norma del 312 por consunción (en este sentido, PÉREZ MANZANO, *op. cit.* n. 15, p. 32; NAVARRO CARDOSO, *op. cit.* n. 15, p. 106; a favor del concurso de delitos, TERRADILLOS BASOCO y BAYLOS GRAU, *op. cit.* n. 4, p. 100, y, en opinión que ahora se rectifica, LASCURAÍN SÁNCHEZ, en AA.VV., dir. Bajo Fernández, *Compendio de Derecho Penal. Parte especial*, II, Ceura, Madrid, 1998, p. 642).

necesidad del inmigrante. Lo más doloroso del fenómeno de la inmigración clandestina no es la alteración social que supone el descontrol del número de personas que residen en España, sino el que esas personas sean patrimonialmente defraudadas en su traslado a España, el que en dicho traslado se ponga en peligro sus vidas sin su conocimiento, o el que se contribuya a una consciente autopuesta en peligro sólo explicable por una grave situación de necesidad (41).

Esta perspectiva, que es la perspectiva del «tráfico de inmigrantes», pero no de la «inmigración clandestina», no es desde luego una perspectiva de protección de los derechos de los trabajadores sino de una protección de derechos de las personas a la que ya provee el apartado tercero del artículo 318 bis. Por cierto que este artículo va a hacer inaplicable el 313, al sancionar más gravemente la promoción, el favorecimiento o la facilitación de la inmigración clandestina de personas.

13. La tercera y última perspectiva es la que procede del interés del Estado en que no entren en España sin autorización ciudadanos extranjeros en busca de trabajo. Se protege así penalmente el control administrativo de la inmigración. Lo que hay detrás de este interés ni está siempre claro ni es fácil de expresar, y va desde la protección del acceso al trabajo de los ciudadanos españoles –con lo que el bien mediatamente protegido estaría así curiosamente constituido por los intereses de «otros» trabajadores, pero no de los que son el sujeto pasivo de la acción típica (42)– hasta el mantenimiento del Estado del bienestar o de la seguridad ciudadana, que quedarían puestos a prueba por la presencia masiva de personas que residen entre nosotros sin poder acceder a un empleo.

Si es ésta la perspectiva no estamos ante un delito contra los derechos de los trabajadores, que como tal debería desaparecer. Si es ésta la perspectiva, por lo demás, es harto discutible que, sin otras circunstan-

(41) Afirma TERRADILLOS BASOCO que el artículo 313, «destinado a proteger a los inmigrantes de las organizaciones criminales que con ellos trafican», se aplica cicateramente, «e incluso se ensayan intentos de aplicarlo a quienes, con su ayuda humanitaria, ni fomentan ni facilitan la inmigración, sino que, más humildemente, coadyuvan a la tutela de los derechos exigidos por la dignidad del emigrante» («Los delitos de tráfico ilegal de mano de obra y abuso de mano de obra extranjera», en AA. VV., coord. Lorenzo Copello, *Inmigración y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 378).

(42) Para TERRADILLOS BASOCO «la criminalización se fundamenta en la aceptación legal de que esa inmigración pone en peligro tanto los derechos laborales de los trabajadores inmigrantes afectados como los de los legalmente contratados [...]. Si en el caso concreto no quedan afectados, siquiera sea potencialmente, los derechos del inmigrante clandestino ni los de los trabajadores que pudieran concurrir al mismo mercado de trabajo, por ser inidónea para ello la conducta examinada, ésta no podrá reputarse delictiva» («Los delitos de tráfico...», *cit.* n. 41, p. 391).

cias agravantes como las que se mencionaban en el punto anterior (ánimo de lucro, puesta en peligro de la vida del inmigrante), debamos recurrir al Derecho Penal para prevenir este tipo de comportamientos o que debamos hacerlo con penas que llegan a los cinco (art. 313.1) o a los ocho años de prisión (art. 318 bis.1).

E) La recluta de personas con ofertas falsas de empleo (art. 312.2)

14. La conducta típica del primer inciso del artículo 312.2 consiste en reclutar personas o en determinarlas a abandonar su puesto de trabajo, y en hacer cualquiera de las dos cosas «ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas». Desde la perspectiva adoptada de evaluación del ámbito de intervención penal la que preocupa es la primera de las conductas típicas, la recluta engañosa, que en principio ni parece requerir que el sujeto pasivo haya de tener un puesto de trabajo ni que el resultado al que se haya visto inducido sea su pérdida sin sustituto o sin el sustituto ofrecido (43). De este modo el tipo se cumpliría con la mera selección o con la simple oferta fraudulentas a trabajadores o a personas en busca de trabajo. Que ello supone un indiscutible exceso punitivo, máxime a la vista de la pena amenazante (prisión de dos a cinco años), no parece ofrecer demasiadas dudas.

15. Como han destacado Baylos Grau y Terradillos Basoco (44), el tipo adquiere delimitación y sentido si se le interpreta desde la estructura de la estafa: si consiste en un engaño que ocasiona la pérdida de un puesto de trabajo. Se trata así de que alguien, guiado normalmente por un ánimo de lucro que aquí no se exige, engañe de un modo suficiente y eficaz a un trabajador para que abandone su puesto de trabajo y se incorpore a otro que en realidad no existe o que es sustancialmente diferente al ofrecido. Al igual que en la estafa, el engaño ha de ser bastante desde la perspectiva de las características y conocimientos de la víctima; al igual que en la estafa, el engaño ha de ser eficaz en el sentido de que genera un error que efectivamente hace

(43) Según la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz -5.ª- de 13 de noviembre de 2000 «la recluta se castiga tanto cuando se comete respecto de una persona que ya estaba empleada con anterioridad y, con este motivo, abandona tal puesto de trabajo, como cuando se comete respecto de un desempleado. Así pues, se realiza la conducta típica cuando una persona, que no tendrá por qué ser necesariamente empleador o empresario pero que, en la práctica y en casi todos los casos, lo será, lleva al sujeto pasivo a entrar en una relación laboral con un especial engaño, relativo a la propia falsedad o inexistencia del empleo ofrecido o la inexactitud de las condiciones en las que debe desarrollarse esta prestación laboral».

(44) *Op. cit.* n. 4, p. 90.

(«determina») que el trabajador deje su empleo, momento éste que será el de la consumación del delito.

A lo expuesto se ajusta la conducta típica consistente en la «determinación» al abandono del puesto de trabajo, pero no la recluta de personas. Si por recluta ha de entenderse semánticamente la reunión de personas con un propósito determinado, resultará la inaceptable conclusión de que el Código Penal considera como delito la mera oferta falsa de trabajo. Y lo mismo sucederá si adoptamos el concepto de reclutamiento utilizado en la contratación laboral como procedimiento de atracción de candidatos potencialmente cualificados para la ocupación de un puesto de trabajo. El panorama interpretativo mejora, pero no suficientemente para legitimar el precepto, si, forzando quizás en exceso la semántica, para la recluta se exige la firma de un contrato y se entiende por lo tanto que sólo ha sido reclutado el trabajador contratado (45). La interpretación sigue sin ser convincente porque la intervención penal y la severa pena en la que se traduce exigen un contenido de injusto mayor, una conducta más lesiva o disvaliosa que la consistente en engañar respecto a una contratación laboral. De un lado, carecería de sentido que el engaño destinado al incumplimiento de condiciones contractuales presupuestas normativamente o expresamente firmadas (art. 311) (46), que ya es una conducta que sin más no debería merecer pena, tuviera una pena sensiblemente menor (prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses) que el engaño respecto a las condiciones que se van a firmar. Es menos grave, por ejemplo, prometer que se va a pagar diez y consignar sólo tres en el contrato, que pagar tres a pesar de los diez que estaban comprometidos y firmados. De otro lado, el desvalor de esta conducta no resistiría la comparación con su compañera de precepto, de determinación al abandono del puesto de trabajo, que, ya se ha dicho, comporta el importante daño de la pérdida del mismo.

En suma: no es razonable penar ni la simple oferta falsa de trabajo ni tampoco el engaño respecto a las condiciones de trabajo posterior-

(45) Así, CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC, «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en AA.VV., *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999 (3.ª ed.), p. 612; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *op. cit.* núm. 3, pp. 566, 568; MESTRE DELGADO, *op. cit.* n. 3, p. 407, dado «el contexto normativo, del artículo y del título».

(46) El artículo 311 supone una imposición meramente fáctica de las condiciones irregulares. Va de suyo si se trata de condiciones anticontractuales y será también lo usual si se trata de condiciones antinormativas: carece de toda racionalidad por parte del infractor el que las condiciones antinormativas engañosamente impuestas figuren en el contrato.

mente firmadas. Lo único sensato sería entender que la recluta ha de comportar el abandono de un empleo o, al menos, algún perjuicio personal o patrimonial equivalente (47). Esta interpretación, sin embargo, parece inviable desde la letra y la sistemática del precepto: ni parece aceptable exigirle tanto a la recluta, ni la misma tendría sentido como conducta típica diferente de la determinación al abandono del puesto de trabajo.

III. LA CONCRECIÓN QUE FALTA

A) La imposición de condiciones irregulares de trabajo (art. 311)

16. Tanto en éste como en los otros dos tipos penales a los que voy a referirme lo que falta es precisión en la descripción típica. Si esta afirmación no sorprende respecto al «tráfico ilegal de mano de obra» (art. 312.1) ni respecto al impedimento o limitación, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, del ejercicio del derecho de huelga (art. 315.1), a los que luego me referiré, sí puede extrañar en relación con un tipo aparentemente prolijo como el que contiene el artículo 311.1, consistente en, de nuevo «mediante engaño o abuso de situación de necesidad», imponer a los trabajadores «condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual».

Una lectura más detenida del precepto nos lleva a la conclusión de que su precisión es meramente aparente: de que cualquier mera restricción o perjuicio de cualquier condición laboral, contractuales incluidas, es potencialmente delictiva si se impone con abuso de situación de necesidad, que es la situación habitual de quien firma como trabajador un contrato de trabajo. Como no todo ello puede ser delito, y como el tipo no nos dice nada más, habrá que averiguar qué conductas están penadas aplicando vagos criterios interpretativos relativos al principio de intervención penal mínima y a sus criterios de necesidad o *ultima ratio* y proporcionalidad en sentido estricto. De nuevo, por cierto, se funden los defectos del exceso y la imprecisión: como el tipo es semánticamente excesivo hay que recortarlo con criterios abs-

(47) En contra de estas restricciones, BAYLOS GRAU y TERRADILLOS BASOCO (*op. cit.* n. 4, p. 91); NAVARRO CARDOSO (*op. cit.* n. 15, p. 90).

tractos que dificultan el conocimiento de lo que es y lo que no es delictivo (48).

17. Lo que el legislador penal parece querer es la tipificación sólo de las conductas más graves relativas a la imposición o mantenimiento de condiciones de trabajo inadecuadas. Esta delimitación no es, desde luego, nada fácil. Se trata de aprehender los comportamientos tradicionalmente denominados como de «explotación» (SSTS de 13 de junio de 1975, de 2 de febrero de 1980, de 14 de marzo de 1985, de 29 de mayo de 1989) y cuyo evidente carácter gravemente lesivo proviene no sólo de los trascendentes intereses a los que afecta –la salud, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, el patrimonio– sino también de la peculiar situación de cuasialevosía en que suelen producirse. Debe reiterarse en este punto que una persecución más ambiciosa de cualesquiera ilícitos laborales no sólo contradiría el postulado elemental de intervención mínima, sino que en realidad tendería a debilitar la eficacia del precepto por las dudas que generarían en los operadores jurídicos sus contornos ineludiblemente borrosos, por la disminución del efecto preventivo general que comportaría tal imprecisión, por la levedad a la que se vería arrastrada la pena, y por el riesgo de percepción social de su entero contenido como de bagatela.

A) La primera vía de reducción descriptiva radica en el tipo de comportamiento, presente ya en el anterior 499 bis (49) y reiterada ahora a través del «engaño o abuso de situación de necesidad». Esta vía tiene varios problemas: introduce elementos de difícil probanza; arrostra el riesgo de reducir demasiado si se detiene en el primero de los incluidos (engaño); y reduce demasiado poco con la segunda modalidad alternativa de acción, el abuso de situación de necesidad, debido a la cuasinherencia de esta situación en la demanda de trabajo (50).

(48) Por cierto: la reciente STC 24/2004 no encuentra tacha de inconstitucionalidad *ex principio* de legalidad en el tipo de «tenencia de armas prohibidas» (art. 563) porque el tipo resulta determinable y proporcionado en cuanto a su pena a partir de principios generales de interpretación que se derivan del bien protegido y del papel del Derecho Penal en el ordenamiento.

(49) La jurisprudencia matizaba que la tipicidad requería el empleo de «medios especialmente reprobables», que revelen «un elevado grado de desaprobación ético-social» (STS de 6 de octubre de 1995), entre los que sin lugar a dudas estarán los delictivos (STS de 28 de mayo de 1993). El 499 bis del Código Penal anterior exigía el uso de «maquinaciones o procedimientos maliciosos».

(50) BAYLOS GRAU y TERRADILLOS BASOCO consideran que el legislador debió haberse conformado «con criminalizar la conducta de “imponer”, sin tasar los medios típicos», cosa que no «hubiera aumentado sustancialmente el ámbito de lo punible, ya

Esta inherencia ha sido objeto de reflexión por la jurisprudencia y por la doctrina. La ha destacado el propio Tribunal Supremo, para quien «el abuso de la situación de necesidad (...) viene generada por el mercado de trabajo que provoca un desequilibrio entre asalariado y empleador» (STS 1.611/2000, de 16 de octubre; también SAP de Santa Cruz de Tenerife 164/2002, de 15 de febrero). Precisan Terradillos Basoco y Baylos Grau que el abuso ha de ser 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*» (51).

Frente a esta percepción –prueba de que la relación concreta responde a la relación general de desigualdad– algunos autores exigen una situación especial de necesidad. Así, de cara a restringir el ámbito del tipo, Valle Muñiz y Villacampa Estiarte se esfuerzan en señalar que el abuso de necesidad puede «identificarse con una específica y concreta situación de precariedad en el empleo del sujeto pasivo de la infracción, lo que podrá derivar tanto de una situación personal como de la del concreto segmento laboral en que se encuadre» (52). Convincientemente, Navarro Cardoso exige que se constate una concreta situación de abuso de necesidad «por mor del efectivo estado de precariedad en el que se encuentran los trabajadores específicamente afectados». De otro modo, si el tipo se refiriera a una situación de necesidad genérica, no se justificaría la expresa mención de este modo de comisión, ni su equiparación al engaño, ni se lograría una adecuada distinción entre ilícito penal e ilícito administrativo (53). Ortubay Fuentes, en su excelente monografía sobre este delito, precisa que «el abuso de la necesidad de empleo adquiere relevancia cuando supone un *plus* de desvalor sobre la relación, estructuralmente desigual, entre el empleador y el demandante de empleo [...]. El desvalor de la conducta del empleador depende tanto de la gravedad de la situación de necesidad como de la importancia del prevalimiento. La primera ha de medirse atendiendo a las dificultades objetivas que la persona con-

que no parece imaginable una imposición de condiciones ilegales si no se emplea engaño y abuso [...]. Se ahorraría la prueba sobre unos medios que en buena parte de casos va a ser imposible, y quizá también innecesaria cuando se ha probado el efecto que produjeron. Y se dotaría de armonía a todo el artículo 311, ya que sólo así las circunstancias del número 3 actuarían como agravantes específicas, lo que no puede afirmarse con la fórmula legal vigente» (*op. cit.* n. 4, pp. 72 ss.).

(51) *Op. cit.* n. 4, p. 72.

(52) *Op. cit.* n. 20, p. 1109.

(53) *Op. cit.* n. 15, pp. 53 ss.

creta va a encontrar en el acceso al empleo. El desvalor del abuso estará en función tanto de la importancia de lo sometido a la aceptación de condiciones laborales perjudiciales, como del grado de vulnerabilidad del sujeto pasivo –ausencia total, o no, de alternativas laborales–, como, también, del grado de ilicitud de dichas condiciones, es decir, de su capacidad para perjudicar los derechos de los trabajadores» (54).

B) Desde la perspectiva del desvalor de acción la intervención penal se justificaría así por la facilidad de comisión y por las elevadas posibilidades de impunidad que aportan el engaño y la situación de necesidad, que facilitan no sólo la prestación del trabajo en condiciones irregulares, sino la dificultad de su denuncia por parte del trabajador que las sufre. Este desvalor es insuficiente si no viene acompañado por un desvalor de resultado que restrinja las condiciones laborales fraudulenta o abusivamente impuestas a las relevantes en función de la materia o de la fuente normativa (55). En este último sentido se revela patentemente inadecuada la actual inclusión de las de origen contractual (56). Una seria reflexión merece la eliminación de las que parten de convenios colectivos, a la vista de que las condiciones esenciales en su nivel de mínimos siguen siendo objeto de regulación por la normativa legal (57).

a) Un elenco significativo de conductas intolerablemente lesivas de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social lo puede deparar la consulta al Estatuto de los Trabajadores (art. 96) y a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (arts. 8 y 23). De gran utilidad puede resultar también un repaso de los supuestos que el Tribunal Supremo refrendó como incardinados en el artículo 499 bis del Código Penal anterior o en el vigente artículo 311.

Abstracción hecha de los supuestos de discriminación, de cesión de trabajadores y de limitación de la libertad sindical, que se situarían bajo la égida de otros preceptos penales, de aquella regulación puede destacarse el impago o el retraso reiterado del pago del salario debido, el cierre o cese no autorizado de actividades empresariales, la transgresión de las normas sobre trabajo de menores, los actos atentatorios

(54) *Op. cit.* n. 2, p. 364.

(55) V. ORTUBAY FUENTES, *op. cit.* n. 2, p. 317.

(56) En este sentido, TERRADILLOS BASOCO y BAYLOS GRAU (*op. cit.* n. 4, p. 78); NAVARRO CARDOSO (*op. cit.* n. 15, p. 60); MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (*op. cit.* n. 3, p. 546).

(57) V. DEL REY GUANTER, *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, p. 287.

a la integridad moral o a la dignidad de los trabajadores, su traslado irregular, la retención de la cuotas de Seguridad Social descontadas a los trabajadores, o el pacto de la renuncia de los trabajadores a los derechos que les confiere el sistema de Seguridad Social.

b) El repaso a la jurisprudencia dictada en aplicación del artículo 499 bis, 1.º y 2.º, del Código Penal anterior y del 311 del vigente nos ofrece supuestos de creación de empresa ficticia al objeto de cederle trabajadores y proceder a su despido con menor coste para la empresa y menor beneficio para los despedidos (STS de 18 de mayo de 1981); de negativa a dar de alta a un trabajador en la Seguridad Social a pesar de su insistente solicitud (STS de 7 de noviembre de 1984); de pacto incumplido de despido improcedente y readmisión posterior en las mismas condiciones acordado con una trabajadora embarazada (STS de 7 de noviembre de 1984); de firma en blanco a la que se adhiere posteriormente el reconocimiento del trabajador de despido voluntario (STS de 14 de marzo de 1985); de falsificación de la firma del trabajador en escrito de conformidad con la finalización de sus servicios (STS de 23 de diciembre de 1989); de insolvencia aparente generada para frustrar los derechos económicos y de otro tipo de los trabajadores (STS de 6 de julio de 1991); de contratación clandestina de extranjero sin cobertura de prestaciones sociales y sin estabilidad alguna en el empleo (STS de 28 de septiembre de 1992); de despido improcedente, opción por la indemnización e insolvencia fraudulenta (STS de 29 de septiembre de 1994); de traslado de un trabajador a un puesto de trabajo insalubre y patentemente inadecuado para su formación (STS de 12 de diciembre de 1994); de coacciones para el abandono del puesto de trabajo en forma de mala gestión y de supresión de la electricidad y de la calefacción (STS de 6 de octubre de 1995); de falta de entrega de los contratos firmados, de alta en la Seguridad Social y de abono alguno, «encontrando los perjudicados el día 3 de octubre de 1996, con que al ir a trabajar, la empresa estaba cerrada, sin que puestos en contacto telefónico con el acusado se les diera explicación razonable» (STS 125/1999, de 5 de febrero); de contrato de «esclavo», con trato humillante y prestaciones laborales domésticas durante tres meses a cambio sólo de la manutención (STS 995/2000, de 30 de junio); de falta de alta en la Seguridad Social (STS 1.611/2000, de 16 de octubre).

18. A partir de las reflexiones expresadas y a partir del reconocimiento de la dificultad de la tarea adquiere un gran interés la propuesta de redacción de Ortubay Fuentes: el tipo debería comprender sólo el establecimiento de condiciones inferiores a las señaladas en la ley (58),

(58) La autora duda acerca de si deben incluirse también las condiciones incluidas en lo convenios colectivos (*op. cit.* n. 2, pp. 484 ss.).

sólo cuando el menoscabo sea grave (59) y sólo «en materia de remuneración, jornada, vacaciones, seguridad y salud laboral, duración del contrato y derechos relativos a la finalización del mismo, promoción en el trabajo, igualdad de trato, respeto a la intimidad y libertad ideológica, o régimen de Seguridad Social» (60). Según se expone en otros lugares de este artículo, esta relación de materias es a mi juicio probablemente excesiva: la protección de las condiciones de seguridad en el trabajo debería dejarse a lo dispuesto en los artículos 316 y 317; la protección específica de la libertad ideológica de los trabajadores debería reducirse al castigo de la punición de la discriminación por razones sindicales.

B) El tráfico ilegal de mano de obra (art. 312.1)

19. Uno de los principales problemas de determinación que tiene el título que analizamos radica sin duda en la descripción típica del artículo 312.1. De modo ambiguo y lacónico castiga con severas penas (dos a cinco años de prisión y multa de seis a doce meses) a quien «trafique de manera ilegal con mano de obra». El problema es que no es en absoluto evidente qué es traficar con mano de obra, aunque dado el rigor de la pena, la más elevada del título, no debe ser cualquier cosa: debe constituir un comportamiento muy grave (61).

Es por ello por lo que debe comenzarse el análisis del precepto con el rechazo a la tradicional identificación del tráfico ilegal de mano de obra con la mera contratación ilegal de trabajadores, o con la simple intermediación ilegal en el mercado de trabajo, o con la cesión ilegal de trabajadores (62). Es también por ello por lo que debe intensi-

(59) Pp. 487 y ss.

(60) P. 484.

(61) Repárese en que se trata de una pena de prisión no sustituible por una pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 88), ni por expulsión (art. 89.4), y que, salvo en su límite mínimo de dos años, tampoco es suspendible (art. 80).

(62) V., por ejemplo, en relación con el 499 bis anterior, DE VICENTE MARTÍNEZ, «Protección penal del trabajo y de la Seguridad Social», en AA. VV. (ed. Arroyo Zapatero y K. Tiedemann), «Estudios de Derecho Penal económico», Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, p. 83. LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN consideran que el tipo «incluye la contratación realizada al margen de las oficinas de empleo, las empresas de trabajo temporal y las exigencias legales de la cesión de trabajadores [...], aunque el carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal y la proximidad de las normas administrativas obliga a excluir del ámbito del delito las meras infracciones formales de requisitos administrativos» («El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador», Madrid, 1996, p. 155). En esa misma línea se pronuncia MORILLAS CUEVA, quien entiende que «es un tipo sensiblemente mejorable, que demanda una

ficarse la reflexión en torno al concepto de «tráfico» como utilización no voluntaria o no plenamente voluntaria de las prestaciones laborales del trabajador, con afectación a su propia dignidad.

20. El Estado tiene un serio interés en conocer, ordenar y controlar el mercado de trabajo. Va en ello la información necesaria para el diseño de una política social, económica y de emigración adecuadas; la adecuación entre puesto de trabajo y condiciones y capacidades de los trabajadores; la garantía de una igualdad de oportunidades en el acceso al empleo; la posibilidad de emprender políticas de discriminación positiva para favorecer a ciertos grupos que tienen un acceso más difícil al empleo; y la posibilidad de informar y proteger a los trabajadores, evitando sobre todo que la necesidad de acceder al empleo merme su salario en beneficio de terceros que intermedian en la contratación laboral. Estos objetivos provocaron que el Estado monopolizara los servicios de intermediación en la oferta y la demanda de empleo, que obligara además a su utilización en toda contratación laboral, y que persiguiera su defraudación a través de la vía de la cesión de trabajadores. El rigor de estas políticas lo desmentía una realidad en la que sólo el ocho por ciento de las contrataciones se gestionaban originariamente en el servicio público de empleo (63). Tal rigor formal se atenuó en la década de los noventa, en la que se permitieron las agencias privadas de colocación sin ánimo de lucro y las empresas de trabajo temporal.

La contratación abierta o encubierta de trabajadores al margen de las vías establecidas para ello sigue siendo una infracción, y una infracción de relevante lesividad social (64). Naturalmente que ello no comporta que debamos constituirlo en una infracción penal y menos en un delito merecedor de una pena que puede llegar a los cinco años de prisión –frente al máximo de seis meses de la regulación penal anterior–. Resulta innecesario y desproporcionado sancionar así la contratación directa de trabajadores por parte de la empresa y sin información a la Administración (65), o la mera mediación entre

mayor especificación de su contenido o, por el contrario, su desaparición típica, por estar cubierta la conducta por las infracciones y sanciones administrativas» (en AA.VV., dir. Cobo del Rosal, «Curso de Derecho Penal español. Parte especial», I, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 905).

(63) Cfr. en CASAS BAAMONDE y PALOMEQUE LÓPEZ, «La ruptura del monopolio público de colocación: colocación y fomento del empleo», en *Relaciones Laborales*, 1994, II, 253.

(64) Su dimensión supraindividual quedaba subrayada en el artículo 499 bis del Código Penal anterior, cuando se matizaba que la pena por el delito de tráfico ilegal de mano de obra se impondría «aunque de ello no se derive perjuicio para el trabajador».

(65) V. BAJO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, n. 10, p. 549.

empleador y trabajador para la contratación de éste, o la mediación lucrativa pero ocasional, o la simple cesión ilegal de trabajadores (66). Constituye de hecho una infracción muy grave, pero administrativa, el «(e)jercer actividades de mediación con fines lucrativos, de cualquier clase y ámbito funcional, que tengan por objeto la colocación de trabajadores, así como ejercer actividades de mediación sin fines lucrativos, sin haber obtenido la correspondiente autorización administrativa o continuar actuando en la intermediación y colocación tras la finalización de la autorización, o cuando la prórroga se hubiese desestimado por el servicio público de empleo» (art. 16.1. de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social).

La entrada del Derecho Penal –y la entrada por la puerta grande de las penas de prisión, salvo la mínima, superiores a los dos años y por lo tanto, de nuevo salvo la mínima de dos años, de ejecución no suspendible– exige una conducta muy disvaliosa en la que deben concurrir al menos los tres siguientes rasgos: que se trate de un mediador, y por lo tanto no sólo del empresario contratante (67); que el que intermedia lo haga guiado por el ánimo de lucro y que ello redunde o pueda redundar en perjuicio de los intereses económicos o de otro tipo del trabajador o trabajadores contratados (68); que el sujeto activo se dedique

(66) Sobre su diferenciación con la subcontratación legal, recientemente, STS –6.ª– 20 de septiembre de 2003: «las empresas que están legalmente constituidas y normalmente actúan con validez en el tráfico jurídico, pueden también incurrir en cesión ilegal de trabajadores, lo cual se produce cuando en la contrata no ponen realmente su organización empresarial a disposición de la compañía principal, sino que se limitan a suministrar mano de obra para el desarrollo del servicio, íntegramente concebido y puesto en práctica por la compañía contratante; así lo ha declarado reiteradamente esta Sala, pudiéndose citar a este respecto las sentencias de 19 de enero de 1994, 12 de diciembre de 1997, 25 de octubre de 1999 y 17 de enero de 2002, entre otras» (f. D. 3).

(67) Así, SAP Málaga –7.ª– 5/2000, de 10 de marzo.

(68) Para MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ «es consustancial al verbo traficar la nota de enriquecimiento o de lucro en el agente» (*op. cit.*, n. 3, p. 561; también, MORILLAS CUEVA, «Delitos contra los derechos de los trabajadores y delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en AA. VV., dir. Cobo del Rosal, «Compendio de Derecho Penal español», Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 571; en contra, TERRADILLOS BASOCO, quien considera que «su significado gramatical 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»: «Los delitos de tráfico...», cit., n. 41, p. 385; también en este último sentido, RUEDA GARCÍA, «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en AA. VV., dir. Del Rosal Blasco, «Empresa y Derecho Penal», I, CGPJ, Madrid, 1998, p. 252). Además de ello estima MARTÍNEZ-BUJÁN que debe limitarse la aplicación de la norma penal «a comportamientos que denoten un especial peligro para bienes penalmente merecedores de tutela penal» (p. 562). MUÑOZ CONDE señala que «para la intervención del Derecho Penal será preciso, por

habitualmente a este tipo de intermediación. En esta línea restrictiva, Baylos Grau y Terradillos Basoco limitan las posibilidades de subsunción en el artículo 321.1 «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 trabajadores, o de obstaculización material de políticas públicas de empleo» (69).

21. Un paso más atrevido en pos de la legitimación de la intervención penal, de concreción de la misma, y de un deslinde adecuado y eficaz entre intervención penal y administrativa lo depara la reflexión sobre el concepto de «tráfico» aplicado a la «mano de obra». Aunque el Estatuto de los Trabajadores utiliza el término «tráfico» para referirse a la «cesión de trabajadores» (art. 43), si el significado del verbo traficar tiene como directo complemento el «dinero y las mercancías», si aplicado a las personas comporta precisamente su cosificación, si sólo carece de significado peyorativo cuando no se utiliza como el resultado de la actividad de alguien hacia otros –cuando equivale a movimiento de población–, sólo podrá hablarse en rigor de «tráfico de mano de obra», que será siempre «ilegal», cuando se utilice al trabajador como un objeto: cuando con fines de explotación se negocie con su actividad laboral sin su voluntad o con su voluntad viciada por falta de conocimiento o de libertad. De lo que se trataría así con la punición del tráfico de mano de obra es de evitar que «el trabajo humano sea considerado como una pura mercancía al contratarse o comerciarse el esfuerzo ajeno sin respeto a los más esenciales principios de la dignidad humana» (STS de 18 de mayo de 1981). No en vano, por cierto, diferenciaba el artículo 499 bis del Código Penal anterior entre «cesión de mano de obra» y «tráfico ilegal de mano de obra».

Converge así este concepto de «tráfico de mano de obra» con el de «trata de trabajadores». Según la definición del artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, complementario de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, por trata de personas debe entenderse «la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción

lo menos, la puesta en peligro de los derechos de los trabajadores, pues de lo contrario se difuminan completamente los límites entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal propiamente dicho» (*op. cit.* n. 18, p. 334). CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC concretan que el perjuicio lo sea «para las expectativas de empleo de los demás trabajadores» (*op. cit.* n. 45, p. 611).

(69) *Op. cit.*, n. 4, p. 86.

de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación». Desde esta perspectiva trafficaría con mano de obra aquél que captara, trasladara o contratara a personas; lo hiciera de un modo coactivo, engañoso o abusivo; y lo hiciera con la finalidad de que trabajen y de que su actividad laboral se desempeñe de un modo claramente desventajoso para el trabajador y correlativamente beneficioso para quien así lo emplea.

22. A la hora de aplicar esta reflexión a la interpretación del artículo 312.1 convendrá reducir las conductas típicas de tráfico a las que comporten transporte, traslado o desplazamiento. Por imperativo del mandato de determinación, porque son dichas conductas las que tienden a identificarse con el tráfico, y porque las conductas de contratación forzada, fraudulenta o abusiva aparecen ya recogidas en otros tipos penales. Y convendrá también no reducir el tipo ni con la aquí irrelevante exigencia de ilegalidad de la migración, ni con la exigencia de la finalidad de explotación, finalidad tan habitual y congruente con la actividad delictiva como difícil de probar en un procedimiento penal.

a) Habrá pues «tráfico», en primer lugar, cuando se obligue a la persona a desplazarse para trabajar, comportamiento en el que podrán confluir también las calificaciones de coacción y de atentado contra la integridad moral, que al ser menos específicas y menos graves quedarán desplazadas por la que ahora analizamos. Podrá concurrir también una detención ilegal, en concurso de delitos si desborda lo imprescindible para los fines de explotación laboral.

b) Supuesto típico sería también, en segundo lugar, el del traslado de trabajadores que se sirve de su voluntad viciada por el error. Se trata de ofertas de trabajo en las que se ocultan las condiciones reales esenciales del mismo y que provocan el traslado físico de la persona a la que se dirige el engaño. Su injusto es así similar al delito de oferta engañosa o falsa de trabajo (art. 312.2). Este delito es en el Código el siguiente al que comentamos y tiene la misma pena, cosa que sólo se justifica si se sustituye el traslado propio del tráfico con la pérdida de un puesto de trabajo previo. Como ya se indicó, la mera oferta engañosa que no provoca ni el desplazamiento del trabajador ni la pérdida de su empleo no merece reproche penal.

c) Un tercer tipo de casos de tráfico de mano de obra sería aquél en el que se aprovecha la imperiosa situación de necesidad de trabajo de una persona para provocar su desplazamiento. Como forma de tráfico abusivo, este tipo emparenta con las conductas de contratación abusiva del artículo 311 (imposición de condiciones irregulares) y del último inciso del 312.2 (empleo de extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones irregulares).

C) El delito contra el ejercicio del derecho de huelga (art. 315)

23. De nuevo aquí el legislador utiliza el calibre grueso para la descripción y, en lugar de describir los más graves de entre los bien conocidos y acuñados comportamientos típicos lesivos del derecho de huelga, prefiere designar como inicialmente delictiva cualquier conducta que impida o limite el ejercicio del derecho de huelga (70). Tan vasto área de comportamientos se pretende restringir con la exigencia de que sean abusivos o fraudulentos, cosa bastante infrecuente e innecesaria en este tipo de ilícitos (71).

El derecho de huelga se daña impidiendo su ejercicio o anudando al mismo consecuencias negativas para quienes lo ejerciten «que vayan más allá de las derivadas del propio significado de la huelga como suspensión de la relación de trabajo y mientras se produce» (ATC 189/1993). Forma parte real de aquel impedimento «la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, salvo en casos justificados por el ordenamiento» (art. 96 E.T.) (72). Constituirán aquel tipo de consecuencias la negativa al propio empleo, la discriminación de las condiciones de trabajo, el despido, la finalización del contrato de trabajo y la sanción.

Es asimismo un grave atentado contra el derecho de huelga el cierre patronal que se adopta para «impedir la efectividad de una huelga futura, para sancionar una huelga ya pasada, o para abortar o romper la que se encuentra en ejecución» (STS -6.^a- de 10 de marzo de 1982). Si bien no es contrario a la Constitución el cierre patronal «como poder de policía

(70) En el tránsito de códigos ha desaparecido la mención a que el ejercicio de la libertad sindical o del derecho de huelga han de ser legítimos, dado que esta mención era innecesaria: fuera del área de licitud no hay ejercicio del derecho. PÉREZ MANZANO interpreta que la desaparición se debe al principio general de las coacciones de que no se puede compeler violentamente a hacer algo, aunque sea injusto, de modo que caería dentro del tipo la coacción dirigida al impedimento de un ejercicio extralimitado del derecho de huelga (*op. cit.*, n. 15, p. 41). Esta original interpretación sólo sería válida para el tipo más grave del apartado segundo, de coacción violenta al trabajo frente a una huelga. En cualquier caso no parece justificado que frente a una huelga ilegal deba regir el tipo del artículo 315.2 y no el tipo genérico de coacciones, de penalidad mucho más leve.

(71) TERRADILLOS BASOCO pone el siguiente ejemplo: «el empleador que, mediante una comunicación general a los trabajadores, define engañosamente una huelga convocada conforme a las previsiones del Estatuto de los Trabajadores como ilegal, y amenaza con sancionar a los participantes» («Delitos contra los derechos de los trabajadores: artículos 314, 315, 316 y 317 del Código Penal», en AA. VV., dir. Del Rosal Blasco, «Empresa y Derecho Penal», I, CGPJ, Madrid, 1998, p. 421).

(72) Este fue el caso de la SAP Lugo -1.^a- 110/2001, de 21 de mayo.

para asegurar la integridad de las personas y de bienes, siempre que exista una decidida voluntad de apertura del establecimiento una vez desaparecido el riesgo», sí que resulta inconstitucional «todo tipo de cierre que vacíe de contenido o impida el derecho de huelga» (STC 11/1981). Desde esta perspectiva debe leerse el artículo 12.1 del Decreto-ley sobre Relaciones de Trabajo, que establece que «(1)os empresarios sólo podrán proceder al cierre del centro de trabajo en caso de huelga o cualquier otra modalidad de irregularidad colectiva en el régimen de trabajo, cuando concurra alguna de las circunstancias que siguen: a) Existencia de notorio peligro de violencia para las personas o de daños graves para las cosas. b) Ocupación ilegal del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias, o peligro cierto de que ésta se produzca. c) Que el volumen de la inasistencia o irregularidades en el trabajo impidan gravemente el proceso normal de producción». Esta gravedad «debe traducirse en perjuicios reales adicionales o suplementarios a los gravosos resultantes de la huelga» (73).

24. Un tipo concreto de lesión delictiva del derecho de huelga, que tenga fuerza preventiva a partir de su descripción y que sea razonable en cuanto a la necesidad y a la proporción de la intervención penal pasa por la inclusión únicamente de la coacción a no emprender o a abandonar la huelga, de la sustitución de trabajadores en huelga y del cierre de la empresa en anticipación a una huelga o para abortar los efectos de la misma.

IV. CONCLUSIONES

25. El trabajo que he presentado en estas líneas es un trabajo fundamentalmente de política criminal. A partir de la regulación penal vigente su empeño fundamental no es analizar éste, sino contribuir a determinar en qué supuestos y de qué modo deben protegerse penalmente los derechos de los trabajadores. Instrumento principal para este análisis lo constituyen los elementales principios de legalidad y de proporcionalidad, en el entendido de que el postulado de necesidad o de *ultima ratio* forma parte de éste. Desde esta perspectiva se ha subrayado en el primer epígrafe cómo una protección penal excesiva o imprecisa no sólo es ineficaz, sino que es contraproducente para la defensa de los derechos de los trabajadores.

(73) ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2003 (21.^a), p. 1071.

26. Parte de los delitos del título XV del Código Penal son excesivos y deberían por ello desaparecer.

A) Esto debe predicarse en primer lugar del delito de discriminación (art. 314), que no queda salvado en su legitimidad por su peculiar técnica de punición de la persistencia en la desigualdad, que lo convierte bien en un delito de desobediencia de gravedad insuficiente, bien en un delito de reincidencia de una infracción administrativa. La discriminación laboral sólo parece necesitar de la prevención penal en los supuestos en los que conduzca a la imposición de condiciones irregulares. En tal sentido propongo integrar la discriminación en el artículo 311, junto al engaño y al abuso de situación de necesidad, y someterla a sus mismos límites materiales y formales.

B) Debería derogarse también el tipo de coacción a la huelga del artículo 315.3. Carece de sentido que una coacción que constituye una extralimitación en el ejercicio de un derecho fundamental se configure como un delito más grave que el de las coacciones dirigidas a impedir tal ejercicio.

C) El impreciso tipo de impedimento o limitación de la libertad sindical mediante engaño o abuso de necesidad (art. 315.1) debería reconvertirse en un delito de discriminación grave por razones sindicales.

D) La promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores (art. 313) no tiene ningún sentido ni proporción punitiva como delito contra los derechos de los trabajadores. Por lo demás, su punición como «delito contra los ciudadanos extranjeros» debería reducirse a los supuestos de tráfico en sentido estricto: a los supuestos en los que se obliga al inmigrante al traslado, o se le engañe en relación con él, o se ponga en peligro su vida sin su conocimiento, o se contribuya a una autopuesta en peligro sólo explicable por una grave situación de necesidad.

E) Constituye también un exceso punitivo el del artículo 312.2 cuando sanciona la mera recluta de personas con ofertas de trabajo que son falsas en cuanto tales o en cuanto a las condiciones que se prometen. El tipo sólo justificaría su pena desde la perspectiva del que le acompaña en el mismo apartado: si supone un engaño que provoca en el engañado la pérdida de su puesto de trabajo.

27. Algunos de los tipos del título XV son excesivamente indeterminados, en desmedro de su eficacia y su legitimación.

A) Esto es lo que sucede con el artículo 311, que afronta la difícil tarea de tipificar los supuestos más graves de imposición de condiciones de trabajo irregulares. Si respecto al desvalor de acción no

parece soslayable la alusión a los modos fraudulentos o abusivos, sí cabe exigir al tipo un mayor esfuerzo respecto al desvalor de resultado: respecto a las condiciones cuya supresión o restricción se va a considerar delictiva. En esta línea, debería de optarse por una de estas dos vías: determinar las condiciones más relevantes o seleccionarlas en función de la fuente de regulación, restringiéndolas a las de origen legal. En todo caso debe eliminarse como delictiva la imposición de condiciones que sólo supongan un incumplimiento contractual.

B) Debería precisarse también qué se entiende por «tráfico de mano de obra» (art. 312.1). Desde la interpretación más extendida de que este tráfico se refiere a la contratación ilegal, sólo deberían pensarse las conductas de los mediadores en él que actúen ilegalmente en el mercado de trabajo con ánimo de lucro en perjuicio de los intereses de los trabajadores contratados. Si se quiere mantener la severa pena de dos a cinco años de prisión habría que dar un paso más y exigir que se trate de supuestos de «tráfico» en sentido estricto: que se provoque el desplazamiento de una persona para trabajar a través de la coacción, o del engaño respecto a las condiciones esenciales del trabajo, o del abuso de su situación de necesidad.

C) ¿Por qué no precisar, en fin, las conductas más graves que limitan o impiden el ejercicio del derecho de huelga (art. 315.1) y que son bien conocidas en el Derecho del Trabajo? Tales conductas son la coacción a no emprender o a abandonar la huelga, la sustitución de trabajadores en huelga y el cierre de la empresa en anticipación a una huelga o para abortar los efectos de la misma.