



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Máster

Delitos contra los derechos de los trabajadores:
Imposición de condiciones laborales ilícitas

Autora

Teresa Ballesteros Manero

Directora

Dra. Estrella Escuchuri Aisa

Facultad de Derecho
2019

ÍNDICE

ABREVIATURAS

I. INTRODUCCIÓN

II. LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

- A. Delitos contra las condiciones de trabajo
- B. Delitos de contratación irregular
- C. Delitos contra la libertad sindical y el derecho de huelga

III. IMPOSICIÓN Y MANTENIMIENTO DE CONDICIONES DE TRABAJO O DE SEGURIDAD SOCIAL ILEGALES (ART. 311 CP)

- 1. Modalidades delictivas.
 - 1.1. Imponer, mediante engaño o abuso de una situación de necesidad, condiciones laborales o de Seguridad Social ilegales (art. 311.1º CP)
 - 1.2. Mantenimiento de condiciones ilegales en supuestos de transmisión de empresa (art. 311.3º CP)
 - 1.3. Agravación si las conductas se realizan con violencia o intimidación (art. 311.4º CP)

IV. IMPOSICIÓN DE CONDICIONES LABORALES ILÍCITAS A TRABAJADORES EXTRANJEROS SIN PERMISO DE TRABAJO (ART. 312.2 CP)

- 1. Cuestiones generales y bien jurídico.
- 2. El empleo de «súbditos extranjeros sin permiso de trabajo»
- 3. Sobre el sentido de una tipificación específica de estas conductas de contratación ilícita de extranjeros. Especial referencia a la tesis de Pomares Cintas

V. EL NUEVO ARTÍCULO 311 BIS CP

VI. CONCLUSIONES

VII. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES CONSULTADAS

LISTADO DE ABREVIATURAS

| | |
|----------------|--|
| art. | artículo |
| CE | Constitución Española |
| CP | Código Penal |
| Coord. | Coordinador |
| Dirs. | Directores |
| núm. | número |
| p./pp. | Página/páginas |
| TRLISOS | Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 20 de junio 1994 |
| TS | Tribunal Supremo |
| SAP | Sentencia de la Audiencia Provincial |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |

I. INTRODUCCIÓN

La inclusión del título XV referido a los delitos contra los derechos de los trabajadores en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal tiene la finalidad esencial de proteger a los trabajadores, que pueden ver vulnerados una pluralidad de derechos fundamentales a causa de situaciones irregulares en su vida laboral. El Derecho Penal Laboral surge como una necesidad ya que la mayor parte de las sanciones impuestas por la vulneración de las normas jurídicas laborales tienen un carácter meramente administrativo; sin embargo, era necesaria una regulación más exhaustiva, con la finalidad de sancionar aquellas acciones u omisiones que no se ajusten a dichas normas laborales y que sean especialmente graves. Cabe destacar la valoración positiva por parte de la doctrina de reunir en un mismo título el denominado Derecho penal del trabajo, que se reconoce como un sector del Derecho penal con entidad propia que comprende normas que se ocupan de tutelar los derechos de los trabajadores referentes a sus relaciones individuales y colectivas de trabajo¹.

El estudio de la protección de los derechos de los trabajadores a través del Derecho penal me parece de gran importancia debido a que el trabajo forma parte del día a día de los individuos y es esencial que se respeten todos los derechos que conlleva realizar una determinada actividad para tener una vida digna.

Como veremos el título XV agrupa diversas figuras delictivas, pero el objeto de este trabajo es el estudio de aquellos tipos destinados a la protección de las condiciones laborales generales, es decir, los que tienen que ver con irregularidades contractuales y de Seguridad Social que sufren los trabajadores, con una referencia particular a los extranjeros sin permiso de trabajo y la duplicidad a la que da lugar la legislación actual en estos casos.

En cuanto a la estrategia metodológica utilizada en el presente trabajo ha sido, en su esencia, una revisión de la bibliografía más relevante sobre el tema. He utilizado

¹ Véanse, por ejemplo, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *Delitos contra los derechos de los trabajadores*, en *Memento experto 2019*, Francis Lefebvre, 593-594; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Tirant lo blanch, 4.ª ed., p. 843.

manuales y artículos doctrinales publicados en revistas especializadas. Estos datos los he recopilado a través de diversos medios, desde legislación, manuales y monografías en formato papel hasta información digital como las bases de datos legislativas y jurisprudenciales.

El trabajo consta de tres apartados. El primero trata sobre la regulación en el Código Penal de los delitos contra los derechos de los trabajadores desde una perspectiva general y evolutiva. El segundo apartado se centra en englobar las modalidades que tienen que ver con las condiciones de trabajo, que se tipifican exhaustivamente en el art. 311 del Código Penal. El tercer apartado tiene como objeto el estudio del artículo 312.2 CP que guarda relación con el art. 311 pero que va referido a trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo. Finalmente se incluye una breve referencia a un artículo incorporado recientemente en el CP, el 311 bis.

II. LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

En la doctrina no encontramos unanimidad en cuanto al bien jurídico protegido en el Título XV del Código Penal, ya que se discute si en el mismo se protege un solo bien jurídico o una pluralidad de estos relacionados con el mundo del trabajo. Así se sostiene, por un lado, que estos delitos tutelan el interés del Estado en que se respeten las condiciones mínimas de vida profesional del trabajador por cuenta ajena. Desde otra perspectiva se entiende que estos preceptos protegen una pluralidad de bienes jurídicos, cuyo denominador común es su referencia al mundo del trabajo².

La mayor parte de los autores se inclinan por esta segunda postura ya que entienden que se tutelan una pluralidad de bienes jurídicos.

² Véase, con más referencias, GUANARTEME SÁNCHEZ-LÁZARO, F.: «Delitos contra los derechos de los trabajadores» en Romeo Casabona/Sola Reche/Boldova Pasamar (coords.), *Derecho penal: parte especial, conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Comares, Granada, 2016, p. 512.

Desde su entrada en vigor, el Título XV ha sufrido varias modificaciones:

- La LO 11/2003 incluyó en el artículo 318 la posibilidad de que los jueces o tribunales impusieran alguna de las medidas previstas en el artículo 129 cuando los delitos se atribuyeran a personas jurídicas. Hay que tener en cuenta que tras la reforma del 2010 está prevista la responsabilidad de las personas jurídicas (art. 31 bis); sin embargo, los delitos contra los derechos de los trabajadores no están incluidos en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas³.
- La LO 7/2012 modificó el artículo 311 para sancionar a quien dé ocupación simultánea a una pluralidad de trabajadores sin comunicar su alta en el régimen de la Seguridad Social que corresponda, o, en su caso, sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo.
- La LO 1/2015, de 30 de marzo añadió el artículo 311 bis, que tipifica el empleo reiterado de ciudadanos extranjeros y la contratación de menores de edad que carezcan, en ambos casos, de permiso de trabajo.

En relación con la regulación vigente de los delitos contra los derechos de los trabajadores recogidos en los artículos 311 y ss. del Código penal, LASCURAÍN SÁNCHEZ⁴ propone una sistematización de los mismos agrupando las figuras delictivas en tres bloques:

A. Delitos contra las condiciones de trabajo y de Seguridad Social

Este primer bloque engloba conductas que tienen que ver con la irregularidad de las condiciones de trabajo en las que el trabajador ha de desempeñar su actividad.

Aquí cabe mencionar el artículo 311 del CP (apartados 1º, 3º y 4º) que acoge el tipo más genérico del denominado Derecho penal laboral. En el primer apartado se alude a la imposición de condiciones laborales o de Seguridad Social que lesionan los derechos de los trabajadores; el apartado tres se refiere al mantenimiento de las condiciones lesivas

³ Véase HORTAL IBARRA, J. C., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en Corcoy Bidasolo;Gómez Martín (Dirs.), *Manual de Derecho penal, económico y de empresa. Parte general y parte especial (adaptado a las LLOO 1/2015 y 2/2015 de reforma del Código penal). Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Tomo 2, Tirant lo blanch, Valencia, 2016, p. 514.

⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: *Delitos contra los derechos de los trabajadores...*, cit., p. 594.

impuestas por otro y el apartado cuarto agrava la pena si la imposición de condiciones laborales o de seguridad social perjudiciales se realiza mediante violencia o intimidación. A su vez, cercano a este delito encontramos el artículo 312 (apartado 2º inciso segundo), en el que el sujeto pasivo es un extranjero sin permiso de trabajo: aquí se castiga a quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

La discriminación laboral también tiene cabida en este bloque. El delito de discriminación laboral, que fue una novedad del CP de 1995, está recogido en el artículo 314 y tiene como finalidad proteger el derecho individual del trabajador a dejar de sufrir los efectos de conductas discriminatorias y ser repuesto en su derecho a la igualdad (lo que conecta con el artículo 14 CE)⁵; aunque su gravedad es menor que la de los anteriores tipos no debemos olvidarla pues está muy presente en muchos centros de trabajo. En este precepto se castiga a los que produzcan una grave discriminación en el empleo contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad, 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 y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado.

Finalmente habría que mencionar los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo que se encuentran tipificados en los artículos 316 («*Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses*») y 317 CP («*Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior*

⁵ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «Art. 314», en Gómez Tomillo (Dir.), *Comentarios prácticos al Código penal, Tomo III*, 1ª edic., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 853.

en grado»). La intervención en este ámbito pretende hacer frente al problema de la siniestralidad laboral y tiene un fundamento constitucional ya que el art. 40 de la Constitución Española declara la obligación de los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo. Tanto el tipo doloso regulado en el art. 316 como el imprudente recogido en el art. 317 CP tienen una gran importancia ya que afectan o están relacionados con la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores.

B. Delitos de contratación irregular

La lesividad de las conductas de este segundo grupo se produce en torno a la contratación. En este segundo bloque queda incluido el tráfico ilegal de mano de obra (art. 312.1), el reclutamiento y determinación al abandono de un puesto de trabajo previo mediante oferta de empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas (312.2 primer inciso) y las migraciones fraudulentas (art. 313 CP) cuyo núcleo reside en el engaño o simulación que determina o favorece la emigración por motivos laborales.

En el caso de que se contrate a un determinado número de personas que carezcan del preceptivo permiso de trabajo o no estén dadas de alta en la seguridad social estaríamos ante el supuesto contemplado en el artículo 311 (apartado 2º), sin embargo, en este mismo supuesto, en el caso de que se trate de un menor de edad debemos acudir al artículo 311 bis.

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

El artículo 28, apartado 1º de la CE expresa que la libertad sindical es un instrumento esencial, constitucional y de defensa de los trabajadores, por ello pueden criminalizarse los atentados más graves contra tal libertad.

Estos delitos se encuentran regulados en el artículo 315 del CP; son los relativos a la vulneración de la libertad sindical y del derecho de huelga y son los principales instrumentos constitucionales con los que los trabajadores cuentan para defender sus intereses. Su significado colectivo contiene el derecho a actuar libremente para la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios, lo que implica

que exista una autonomía organizativa y libertad para el ejercicio de la acción sindical. Para ello deben estar presentes todos los medios lícitos, que incluyen la negociación colectiva y la huelga, debiendo extenderse también a la incoación de conflictos colectivos⁶.

Finalmente hay que tener en cuenta también que el art. 318 CP establece penas específicas cuando estos delitos se hubiesen atribuido a una persona jurídica.

Por otra parte, hay que mencionar que el hecho de que exista una concurrencia con la legislación laboral, la cual configura un completo sistema de infracciones y sanciones administrativas puede ocasionar problemas de doble incriminación⁷. Las leyes administrativas a las que nos referimos son, fundamentalmente: el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por RD Legislativo 5/2000, y por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

En cualquier caso, la TRLISOS⁸ contiene un principio de supremacía de la jurisdicción penal al imponer a la Administración el deber de abstenerse de seguir el procedimiento sancionar mientras que la autoridad judicial no dicte resolución firme que ponga fin al procedimiento. En el caso de no estimarse la existencia de ilícito penal o que se haya dictado otra resolución que ponga fin a la causa, la Administración continuará con el expediente sancionador basándose en los hechos que hayan resultado probados. Sin embargo, como indican VILLACAMPA ESTIARTE/SALAT PAISAL el problema a veces es determinar cuándo una conducta será constitutiva de delito o cuándo será una infracción administrativa; en cualquier caso, no hay que olvidar que “el Derecho penal está informado por los principios de fragmentariedad y mínima intervención, lo que necesariamente deberá conducir a una interpretación restrictiva de los tipos cuando el ilícito penal no se diferencie en nada del administrativo”⁹

⁶ STS n.º 197/1990, de 29 de noviembre, FJ 3.

⁷ QUINTERO OLIVARES, G.: *Compendio de la parte especial...*, pp. 304-305.

⁸ Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por RD Legislativo 5/2000, artículo 3.

⁹ VILLACAMPA ESTIARTE C./SALAT PAISAL, M., «De los delitos contra los derechos de los trabajadores» en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 10.ª edic., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 1155-1156.

Como ya indicamos al principio del trabajo nuestro estudio se centra en aquellas conductas recogidas en el art. 311 que tienen que ver con la imposición de condiciones de trabajo y Seguridad Social irregulares y por eso pretendo dejar fuera la modalidad del apartado 2º de este y el artículo 312, apartado 2º primer inciso.

Fuentes Osorio¹⁰ realiza una comparación muy interesante entre los artículos del Código Penal sobre los que versa esta investigación y la normativa laboral (TRLISOS). Indica este autor que la mayor parte de las infracciones en el ámbito laboral son objeto de sanción por la vía administrativa; no obstante, la vía penal se utiliza para dar respuesta las agresiones que tienen mayor gravedad. Pero las figuras penales castigan comportamientos que están definidos como ilícitos graves o muy graves por la regulación administrativa laboral. Esa coincidencia puede deberse a que se sanciona el mismo comportamiento concreto en el ámbito penal y laboral o bien porque se sanciona una forma genérica de comportamiento que exige una remisión a la normativa administrativa, a la que hay que acudir para determinar la conducta típica.

En un cuadro comparativo establece la relación entre el derecho penal laboral y el derecho sancionador laboral. De ese cuadro hemos recogido únicamente las figuras que son objeto de nuestro trabajo¹¹.

| Normativa Penal (CP) | Normativa Laboral (TRLISOS) | Tipo de coincidencia |
|---|---|-------------------------|
| Artículo 311.1. 3 y 4. Imposición de condiciones laborales o de Seguridad Social ilícitas. | Ilegalidad determinada por el régimen de infracciones laborales. Depende de la condición ilícita impuesta. | Genérica. |

¹⁰ FUENTES OSORIO, J. L.: «¿El legislador penal conoce la normativa sancionadora laboral? Superposición del ilícito penal y el administrativo-laboral. El ejemplo del tráfico ilegal de mano de obra», *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXVI (2016), p. 560.

¹¹ Véase el cuadro completo en FUENTES OSORIO, J. L., «¿El legislador penal conoce la normativa sancionadora laboral? Superposición del ilícito penal y el administrativo-laboral. El ejemplo del tráfico ilegal de mano de obra», cit., p. 561.

| | | |
|--|--|------------------|
| <p>Artículo 311 bis.</p> <p>Emplee o de ocupación a ciudadanos extranjeros que carezcan de permiso de trabajo.</p> <p>Emplee o de ocupación a un menor sin permiso de trabajo.</p> | <p>Artículo 37.1.</p> <p>Infracción muy grave por utilizar trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el preceptivo permiso de trabajo.</p> <p>Artículo 8.4.</p> <p>Infracción muy grave por la transgresión de las normas sobre trabajo de menores contempladas en la legislación laboral.</p> | <p>Concreta.</p> |
| <p>Art. 312.2</p> <p>(segundo inciso)</p> <p>Imposición de condiciones laborales ilícitas a trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo.</p> | <p>Ilegalidad determinada por el régimen de infracciones laborales. Depende de la condición ilícita impuesta.</p> | <p>Genérica</p> |

III. IMPOSICIÓN Y MANTENIMIENTO DE CONDICIONES DE TRABAJO O DE SEGURIDAD SOCIAL ILEGALES (Artículo 311 CP)

1.1. Imponer, mediante engaño o abuso de una situación de necesidad, condiciones laborales o de Seguridad social ilegales (art. 311.1º CP)

El artículo 313 recoge distintas conductas típicas. Se considera que es el delito general que tiene que ver con las condiciones laborales de los trabajadores. En el apartado primero se prevé el castigo con penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses de:

«1.º Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual [...]».

El Tribunal Supremo llega a la conclusión de que el bien jurídico protegido en el artículo 311 del CP se constituye a través de un conjunto de intereses generales que tratan de proteger la propia relación laboral sancionando las conductas que vulneran los derechos de los trabajadores¹². El objetivo es proteger la parte más débil de forma económica y social, es decir, al trabajador, pues se trata de evitar la comisión de estas conductas ilícitas derivadas del empresario¹³.

El sujeto pasivo está constituido por «los trabajadores a su servicio» mientras que el sujeto activo solo podrá ser el empresario. El trabajador es toda aquella persona que presta sus servicios en régimen de ajenidad y dependencia mientras que el empresario es la persona que organiza y dirige la prestación de servicios de los trabajadores (puede ser empresario individual o colectivo, con naturaleza civil o mercantil, con o sin personalidad jurídica propia, público o privado¹⁴). En opinión de LASCURAIN SÁNCHEZ este precepto se refiere a trabajadores cuya actividad no está respaldada por un contrato de trabajo válido, ya que de otra forma esa conducta quedaría impune¹⁵. Se trata de un delito especial ya que exclusivamente es cometido por el empresario, esto se deduce del tenor literal de este precepto al que hace referencia a «trabajadores a su servicio». Esto incluye a empresario individual, social, civil, mercantil y a cualquiera que de empleo a otras personas¹⁶.

Es importante destacar la existencia de una pluralidad, ya que se indica que solo existirá un único delito, aunque sean varios los trabajadores a los que a través de una misma conducta se les impongan dichas condiciones irregulares.

Como ya he mencionado, este tipo castiga el hecho de imponer condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por ley, convenio colectivo o contrato individual a través del engaño o abusando de una situación de necesidad. Se entiende por engaño el hecho de recurrir a algún tipo de maquinación fraudulenta destinada a inducir a error acerca de las

¹² STS de 29 de marzo de 2004 [RJ 2004, 2324].

¹³ STS de 3 de marzo de 1993 [RJ 1993, 1760].

¹⁴ QUINTERO OLIVARES, G.: *Compendio de la parte especial...*, cit., p. 305.

¹⁵ LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A.: *Delitos contra los derechos de los trabajadores...*, cit., pp. 597-598.

¹⁶ STS de 2 de marzo de 1998 [RJ 1998, 2343].

condiciones o derechos laborales o de Seguridad Social que el ordenamiento jurídico reconoce al trabajador¹⁷. Para imponer al trabajador dichas condiciones irregulares no suele concurrir el engaño debido a que es el trabajador el que se someterá a las mismas voluntariamente debido a su necesidad de obtener un salario para el sustento personal o familiar, es decir, por situación de necesidad. El abuso de situación de necesidad es el hecho de aprovecharse de la situación de inferioridad objetiva en que se encuentra quien acepta situaciones ilegales porque no le queda otra opción mejor. En este título el Código Penal no incluye una definición, pero sí que, en otros títulos, en concreto en el delito de trata, se define esta situación como aquella en la que la víctima «no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso»¹⁸. Algunos autores indican que el abuso de una situación de necesidad no puede identificarse como la situación de desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, sino que debe identificarse una concreta situación de precariedad derivada tanto de su situación personal como de la del concreto segmento laboral de que se trate¹⁹

Según TERRADILLOS BASOCO, «el engaño y abuso de necesidad no pueden determinar recorte alguno definitivo en los derechos de los trabajadores, que son irrenunciables, pero sí pueden lograr que el trabajo en concreto se realice en condiciones inferiores a las definidas por esos derechos²⁰».

El objeto está constituido por las condiciones laborales que componen el contenido de la relación de trabajo, es decir, aquellas condiciones con arreglo a las cuales los contratos se celebran se ejecutan y se cumplen. Así, por ejemplo, la conculcación de las normas que disciplinan el trabajo a domicilio, la regulación de la jornada máxima, del

¹⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Comentarios prácticos al Código Penal*, cit., p. 832.

¹⁸ Artículo 177 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹⁹ VILLACAMPA ESTIARTE C./SALAT PAISAL, M., «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», cit., p. 1159. Indican estos autores que si se equipara el abuso de situación de necesidad a la utilización de un engaño es porque va referida a algo más que la desigualdad intrínseca entre el empleador y el empleado; además, ese elemento permitirá diferenciar el ilícito penal del administrativo. Según la jurisprudencia por abuso de situación de necesidad «se debe entender cualquier clase de aprovechamiento, o de hacer uso indebido de la especial posición de fuerza en el ámbito de las relaciones laborales, imponiendo el empresario, en su propio beneficio, condiciones laborales ilegales» (STS n.º 270/2016, de 5 abril).

²⁰ TERRADILLOS BASOCO, J. M.: *El derecho penal aplicable a las relaciones laborales*, Lecciones, edic. 1ª, Bomarzo S.L., Albacete, 2017, p. 84.

salario mínimo y de las reglas en materia de horas extraordinarias, trabajo nocturno y descanso²¹. En cuanto a las condiciones de Seguridad Social también serán objeto material del delito, y, además de incluirse aquellas que se refieren a la relación jurídica de la Seguridad Social también encontramos las prestaciones a las que se tiene derecho a disfrutar una vez se extinga dicha relación. En este concepto se englobará, entre otras, la afiliación, las altas y bajas, las prestaciones en caso de maternidad y el desempleo²². Uno de los caracteres más importantes de la Seguridad es la obligatoriedad, por lo que, si se produce una transgresión de dichas obligaciones en cuanto al pago de las prestaciones de maternidad, incapacidad temporal o se vulnera el convenio colectivo y las mejoras voluntarias de la acción protectora, se deberá aplicar sin duda este precepto penal²³.

Los derechos a los que se refiere son los reconocidos a los trabajadores en disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. Dentro del término «disposiciones legales» quedan incluidas toda clase de normas, generales o sectoriales, de ámbito estatal o autonómico que den lugar a derechos irrenunciables mínimos. En lo que respecta a los convenios colectivos quedarían incluidos convenios referidos a cualquier ámbito, pero también los laudos arbitrales o los acuerdos obtenidos por mediación²⁴. Por último, hay que señalar que la doctrina ha criticado que se incluya una referencia al contrato individual, supuesto que debería ser constitutivo únicamente de una infracción administrativa. Entienden que no se protegen intereses de un específico trabajador por un determinado contrato, sino mínimos irrenunciables de que deben gozar todos los trabajadores²⁵.

Se discute cuándo se entiende consumado el delito. La cuestión es si basta con que se impongan esas condiciones o si se exige que se produzca un perjuicio efectivo para los derechos de los trabajadores (perjuicio entendido en un sentido amplio, no tiene por qué tener un contenido económico). Para algunos autores el delito se presume consumado

²¹ HORTAL IBARRA, J. C., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», cit., p. 516.

²² TERRADILLOS BASOCO, J. M.: *El derecho penal aplicable...*, p. 84.

²³ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Comentarios prácticos al Código Penal*, cit., p. 832.

²⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa, Parte especial*, Tirant lo Blanch, 5ª edic., Valencia, 2013, p. 798-799

²⁵ VILLACAMPA ESTIARTE C./SALAT PAISAL, M., «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», cit., p. 1160. Véase también sobre esta cuestión MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. «Derecho penal y económico de la empresa. Parte especial», cit., p. 800.

en el momento en que el sujeto pasivo comience a trabajar en tales condiciones irregulares y no en el momento anterior de la contratación, aunque ya se prevean estas irregularidades²⁶. Para que la consumación se produzca de una forma efectiva será necesaria cierta permanencia ya que si dichas irregularidades no llegan a producirse será muy difícil demostrar que hayan sido impuestas²⁷. La jurisprudencia sostiene que no es necesario que dicha situación de perjuicio deba perdurar durante toda la relación laboral²⁸.

Aunque el precepto utilice el plural «trabajadores», en cuanto a las relaciones concursales, la doctrina coincide en que no es posible interpretar que nos encontremos frente a un concurso real de delitos, aunque haya varios trabajadores afectados. En cambio, si interfiere el perjuicio a los derechos individuales a la vez que integra el delito mencionado en el artículo 311.1, lesionando de esta forma el interés individual del trabajador se podrá apreciar un concurso de delitos. Ejemplo de estos supuestos son los casos en los que medie estafa, delito contra la Seguridad Social o estafa documental²⁹.

Por otra parte, se producirá un concurso de leyes del artículo 311.1 en relación con el 312.2, en el que profundizaré más adelante y que se resolverá a favor por este debido al principio de especialidad³⁰.

1.2. Mantenimiento de condiciones ilegales en supuestos de transmisión de empresa (311.3º CP)

El apartado tercero del art. 311 del Código penal se refiere a:

«Los que, en el supuesto de transmisión de empresas, con conocimiento de los procedimientos descritos en los apartados anteriores, mantengan las referidas condiciones impuestas por otro».

²⁶ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: *Delitos contra los derechos de los trabajadores...*, cit., pp. 597-601.

²⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Comentarios prácticos al Código Penal*, cit., p. 834.

²⁸ SAP de Valladolid de 1 de junio de 2000 (ARP 2000, 2048)

²⁹ HORTAL IBARRA, J. C., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», cit., p. 517.

³⁰ SAP de Tarragona de 14 de septiembre de 2004 (JUR 2004, 305554).

En este precepto se castiga al empresario que mantenga las condiciones de trabajo de Seguridad Social ilegales en el caso de transmisión de la empresa siempre que conozca el hecho de que a dichas situaciones se ha llegado a través del engaño o el abuso de una situación de necesidad. Por ello se sanciona al nuevo adquirente de forma que este sea el autor de la actividad delictiva, no solo como como partícipe o encubridor³¹. Este concepto de transmisión es la obligación de sustituir al empresario anterior en cuanto a derechos y obligaciones en las relaciones laborales y de Seguridad Social.

El legislador considera que es igualmente penable la conducta del nuevo empleador en el caso de que mantenga las condiciones irregulares siendo conocedor de las mismas y de la situación de engaño o abuso de necesidad que se deriva de esta. En obligación de restablecer la legalidad, no lo hace a pesar de no haber intervenido en la imposición de dichas condiciones ilegales. TERRADILLOS BASOCO³² indica que esta conducta omisiva por parte del nuevo empresario, que se limita a aceptar el *statu quo*, queda equiparada a la utilización de medios típicos del apartado anterior. Además de este, algunos autores³³ se refieren a este caso como un delito de omisión impropia o comisión por omisión en el que el nuevo empresario no actúa para evitar estas conductas irregulares aún encontrándose en posición de garante. El hecho de que estas conductas se produzcan «con conocimiento» hace que sea compatible con el dolo, tanto directo como eventual.

Esta modalidad delictiva se consume cuando se produce la omisión, es decir, cuando el empresario acepta dichas condiciones irregulares e ilegales impuestas por el empresario anterior hacia los trabajadores y las mantiene. La pena será igual, aunque algún autor ha sostenido que en este caso en el que se tipifica dicho mantenimiento la pena debería ser inferior³⁴. Sin embargo, si el nuevo empresario recurre por su parte al engaño o al abuso de situación de necesidad para realizar la conducta de mantener, ya estaría realizando el tipo del número primero³⁵.

³¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Comentarios prácticos al Código Penal*, cit., p. 836.

³² TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *El derecho penal aplicable a las relaciones laborales*, p. 85.

³³ GÓMEZ PAVÓN, P.: *Delitos de defraudación a la Seguridad Social y delitos contra los derechos de los trabajadores*, 1ª edic., BOSCH, S.A., Barcelona, 2015, pp. 508-509.

³⁴ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Comentarios prácticos al Código Penal*, cit., p. 837.

³⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p. 809.

En la normativa laboral, el artículo 44 del Estatuto de los trabajadores expresa que el cambio de titular en una empresa no lleva consigo la extinción de la relación laboral y el nuevo empresario va a tener la obligación de subrogarse en los derechos y en las obligaciones que había establecido el empresario anterior.

«1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente».

Finalmente, me parece interesante destacar el caso de que la frontera delictiva se sitúe en el engaño o en el abuso de una situación de necesidad, solo se consideraría³⁶ delictivo si permanece este error o situación de necesidad.

1.3. Agravación si las conductas se realizan con violencia o intimidación (art. 311.4º CP)

En el apartado cuarto del artículo 311 se establece:

«4. Si las conductas reseñadas en los apartados anteriores se llevasen a cabo con violencia o intimidación se impondrán las penas superiores en grado».

Se refiere, por tanto, a supuestos en que las condiciones laborales irregulares se impongan mediante violencia e intimidación, debido a esto la pena se endurece estableciéndola en la superior en grado por lo que correspondería una pena de prisión de seis años un día a nueve años.

En el caso de que además de engaño y situación de necesidad concurra violencia y/o intimidación estaremos ante el tipo más grave y el único aplicable, pues absorberá todo el desvalor del hecho ya que se produciría un concurso de normas. No obstante, la interpretación del precepto no está clara. Así por ejemplo Martínez-Buján Pérez considera que se trata de un tipo autónomo (distinto de los anteriores) que resulta aplicable cuando

³⁶ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: *Delitos contra los derechos de los trabajadores*, p. 602.

las acciones de imponer o mantener las condiciones perjudiciales se realizan con violencia o intimidación, sin necesidad de que haya además engaño o abuso de situación de necesidad³⁷

La violencia e intimidación han de tener cierta entidad, esto es, al menos tienen que ser constitutivas de los delitos leves de los artículos 171.7 y 172.3 CP ya que si fuese de otra manera desaparecería este fundamento agravante³⁸.

Si la violencia e intimidación son empleadas por un nuevo empleador que pretenda mantener las condiciones irregulares que había establecido su predecesor mediante engaño o abuso de necesidad, se agravará el tipo de nuevo. Sin embargo, queda fuera de la agravación el supuesto en el que se mantienen las condiciones que impuso la empresa transmitente mediante violencia o intimidación. Esto se explica porque no parece que haya que castigar igual a quien ejercita la violencia o intimidación para imponer unas condiciones irregulares que a quien se limita a mantenerlas sabiendo cómo fueron impuestas.

Debido a la gravedad de estos comportamientos el legislador en 2012 amplió la sanción hasta una pena máxima de seis años de prisión, frente a los tres años de prisión previstos en la anterior regulación. Esta ampliación va a permitir incrementar el plazo de prescripción hasta los diez años³⁹.

IV. IMPOSICIÓN DE CONDICIONES LABORALES ILÍCITAS A TRABAJADORES EXTRANJEROS SIN PERMISO DE TRABAJO

1. Cuestiones generales en torno al art. 312 CP

En el artículo 312 del CP se recogen varias figuras delictivas. Según este precepto:

³⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p. 812-813.

³⁸ TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *El derecho penal aplicable a las relaciones laborales*, p. 86; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Comentarios prácticos al Código Penal*, cit., p. 837.

³⁹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Comentarios prácticos al Código Penal*, cit., p. 837.

«1. Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra.

2. En la misma pena incurrirán quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsa, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual».

El apartado uno recoge el denominado delito de tráfico ilegal de mano de obra. Se defiende que a través de esta figura se protegería un doble bien jurídico que tiene que ver, por un lado, con las políticas públicas de empleo y, por otro, con los derechos de otros trabajadores cuando van a acceder a un puesto de trabajo⁴⁰. Respecto a la conducta típica, se entiende por tráfico a la colocación de mano de obra al margen de la normativa reguladora de esta actividad, es decir, que no cumpla ciertos requisitos como por ejemplo la contratación directa por el empresario, estar en el INE, encontrarse en una empresa de trabajo temporal u agencias de colocación que no tengan fines de carácter lucrativo.

En el segundo apartado, primer inciso, se castiga el reclutamiento y la determinación al abandono de un puesto de trabajo previo. En los dos casos, este resultado viene motivado por una oferta, ya sea de empleo o de ciertas condiciones engañosas, por lo tanto, en este supuesto el engaño podrá recaer tanto en la actividad a realizar como en sus efectivas condiciones.

Según MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁴¹, reclutar quiere decir reunir gente para un propósito determinado y esto engloba tanto a las personas que ya poseían un puesto de trabajo como las que no. Por estos motivos es importante analizar el resultado material del delito, el cual se integra por la efectiva recluta (en forma de contratos) de personas y el abandono del puesto de trabajo, ambos resultados se pueden separar espacial y temporalmente de la actividad engañosa del empresario. Al tratarse de un delito de resultado material, en lo que se refiere al *iter criminis*, la consumación exigirá la

⁴⁰ GUANARTEME SÁNCHEZ-LÁZARO, F., «Delitos contra...», cit., pp. 515-516.

⁴¹ MARTÍNEZ BUJÁN PEREZ, C., *Derecho penal y económico de la empresa...*, cit., pp. 822-829.

verificación de dicho resultado el cual será alternativo ya que en el primer caso se exigirá que se de la situación de contratar a la persona que no se hallaba empleada y en el segundo que se produzca el abandono del puesto de trabajo que tenía ese sujeto.

Sin embargo, nos interesa en particular el delito de emplear a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones perjudiciales recogido en el segundo inciso del artículo 312.2 CP. Esta conducta es sustancialmente diferente de la recogida en el primer inciso y por esa razón se ha señalado que debería recogerse en un apartado distinto. La doctrina no ha entendido que el legislador haya preferido regular estos supuestos al margen de la que se considera la figura central del derecho penal laboral (el artículo 311) dirigido a proteger a las personas trabajadoras frente a situaciones de explotación⁴².

Por otra parte, el principal problema que plantea esta figura es que tiene grandes similitudes con la prevista en el artículo 311.1º CP. En el último inciso del art. 312.2, como hemos dicho, se castiga la imposición de condiciones ilegales de trabajo a súbditos extranjeros. Algunos autores como VILLACAMPA ESTIARTE y SALAT PAISAL consideran que «parece producirse, en consecuencia, una duplicidad de preceptos de todo punto indeseable que lleva a consecuencias que poco tienen que ver con la justicia material y con la proporcionalidad, de forma que hubiera sido preferible no incluir este supuesto específico en el Código y con ello haber considerado a los trabajadores extranjeros, con o sin autorización de trabajo, dentro del régimen general de protección penal que para los trabajadores prevé el art. 311 CP».⁴³ En el epígrafe siguiente examinamos los elementos característicos de este delito.

⁴² POMARES CINTAS, E., «La persecución penal de la explotación de los inmigrantes ilegales y la transformación del derecho penal laboral. Análisis de la regulación española», en Medina Cuenca (Coord.), *Luces y sombras de la reforma penal y procesal penal en Iberoamérica, Libro Homenaje al profesor Dr. Ignacio Benítez Ortúzar*, Unijuris, 2017, p. 240.

⁴³ VILLACAMPA ESTIARTE C./SALAT PAISAL, M., «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», cit., p. 1173.

2. El empleo de «súbditos extranjeros sin permiso de trabajo»

En el segundo inciso del art. 312.2 CP se prevén penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses para quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. La LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, elevó la pena privativa de libertad que era de seis meses a tres años a la vigente actualmente de dos a cinco años.

Se discute cuál es el bien jurídico protegido a través de este precepto. Dada su similitud con las conductas del artículo 311.1º se considera que se protegería el mismo bien jurídico protegido; esto es, los derechos mínimos y esenciales derivados de la contratación laboral; no obstante, se puntualiza que los derechos reconocidos a los trabajadores no son exactamente los mismos si se posee un permiso de trabajo que si se trata de un trabajador extranjero sin permiso de trabajo⁴⁴. También en la jurisprudencia se indica que el art. 312.2 protege el conjunto de intereses concretos referidos a la indemnidad de la propia relación laboral, mediante la sanción de aquellas conductas de explotación que atenten contra los derechos laborales de los trabajadores (SAP Burgos (Sección 1.ª) n.º 92/2018, de 27 de febrero).

Sin embargo, hay que señalar que algunos autores inciden en la idea de que con la inclusión de este precepto se da entrada a otros intereses como la lucha contra la competencia desleal en el mercado de trabajo y el control de los flujos migratorios⁴⁵.

⁴⁴ MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., p. 826-827.

⁴⁵ Así lo explica HORTAL IBARRA, J. C., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», cit., p. 527: «Se afirma que los trabajadores irregulares tienen una constatada tendencia a ofrecerse en unas condiciones laborales perjudiciales para sus intereses y, por ende, más beneficiosa para quienes están dispuestos a contratarlos. Ello traería consigo una distorsión en la competencia leal en el acceso al empleo de los trabajadores nacionales y de los extranjeros que sí han obtenido el preceptivo permiso de trabajo. Y, acto seguido, una afectación de la competencia entre las empresas que concurren en el mercado, por cuanto al reducir sus costes de producción lograrían una posición más ventajosa en el mercado en el que compiten. Por su parte, la penalización sobre la contratación de este colectivo desincentivaría a quienes tienen la intención de acceder y permanecer irregularmente en el territorio, contribuyendo al fortalecimiento de la política estatal sobre el control de los flujos migratorios ilegales [...]».

Autores como POMARES CINTAS afirman que no se está valorando la validez del contrato laboral sino el origen de la ilicitud de la contratación, es decir, el hecho de que un extranjero se encuentre en España. Esta concreción hace que este supuesto se convierta en un instrumento penal contra la inmigración ilegal. Por este motivo ni siquiera se refieren a ellos como trabajadores sino como: «*súbditos extranjeros sin permiso de trabajo*»⁴⁶.

Ya hemos indicado que este precepto guarda una gran similitud con el delito recogido en el apartado primero del art. 311 ya que consiste en emplear a trabajadores en «condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual».

La diferencia reside en que debe tratarse de «*súbditos extranjeros sin permiso de trabajo*». Se ha criticado la utilización de esta expresión. La legislación de extranjería no habla de permiso de trabajo sino de autorización administrativa para trabajar. Por eso se considera que hubiese sido más correcto hablar de ausencia de autorización válida para residir en el territorio nacional en coherencia con la que dispone la LOEX y la Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por el que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular⁴⁷.

En segundo lugar, aquí se omite la referencia a los medios que menciona el art. 311.1º CP: el engaño y el abuso de situación de necesidad. Respecto a este último aspecto, algunos autores consideran que en realidad el legislador presume que la ausencia de permiso de trabajo coloca al extranjero en una situación de necesidad. Sin embargo, otros autores realizan una interpretación distinta al entender que el tipo sí exige implícitamente que concurra el abuso de una situación de necesidad⁴⁸. Esta interpretación se apoyaba antes en el hecho de la pena prevista en este precepto (de dos a cinco años) era superior a la del art. 311. 1º CP, pero ahora hay que tener en cuenta que la pena prevista en este

⁴⁶ POMARES CINTAS, E., «La persecución penal de la explotación de los inmigrantes ilegales y la transformación del derecho penal laboral. Análisis de la regulación española», cit., pp. 244-248.

⁴⁷ POMARES CINTAS, E., «La persecución penal de la explotación de los inmigrantes ilegales y la transformación del derecho penal laboral. Análisis de la regulación española», cit., pp. 259-260.

⁴⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., p. 828.

último precepto se ha elevado (de seis meses a seis años). Se ha objetado a este último planteamiento que, además de que no está prevista expresamente la necesidad de que concurren esos medios comisivos para realizar el delito, que hay que tener en cuenta que la situación de necesidad o vulnerabilidad del trabajador-inmigrante-ilegal es singular, ya que puede ser sujeto activo de una infracción administrativa que puede conllevar la expulsión del territorio, lo que significa que es el propio Estado el que crea esa especial situación que forma parte de la estrategia de lucha contra la inmigración ilegal⁴⁹.

Es un tipo que sanciona la explotación laboral; su finalidad, según DE VICENTE MARTÍNEZ⁵⁰, es evitar que el empleador se aproveche de la ausencia del permiso de trabajo de un trabajador extranjero para poder imponerle condiciones de trabajo que no respeten los derechos que se reconocen a los trabajadores regulares.

Como indica HORTAL IBARRA al tratarse de una ley penal en blanco hay que delimitar cuál es el conjunto de derechos laborales reconocidos a los trabajadores extranjeros en situación irregular. Al respecto hay que tener en cuenta que la carencia de permiso de trabajo no invalida el contrato suscrito, gozando el trabajador extranjero de los derechos propios de la relación laboral (art. 36.3 LOEx); este régimen no resulta de aplicación a las condiciones laborales de Seguridad Social, ya que únicamente disfrutan de ellas los trabajadores extranjeros regulares. A partir de esto se considera que únicamente podrían incluirse en el delito la conducta de contratación de un trabajador extranjero sin permiso de trabajo cuando se lesionan derechos laborales mínimos cuyo cumplimiento depende del empresario. Quedarían fuera del ámbito penal el no formalizar el contrato por escrito y la omisión del alta en la Seguridad Social (porque la legislación laboral impide al empleador afiliar a un trabajador que no tiene permiso)⁵¹.

Se ha suscitado la cuestión de si el resultado que exige el delito se produce ya por el hecho de contratar a un extranjero sin permiso de trabajo o si eso constituye una infracción administrativa muy grave prevista en el art. 54.1 LOEx 4/2000. En este último sentido se pronuncia la mayor parte de la doctrina. El resultado típico exige no solo

⁴⁹ POMARES CINTAS, E., «La persecución penal de la explotación de los inmigrantes ilegales y la transformación del derecho penal laboral. Análisis de la regulación española», cit., pp. 263-264.

⁵⁰ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Comentarios prácticos al Código Penal*, cit., p. 846.

⁵¹ HORTAL IBARRA, J. C., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», cit., p. 528.

contratar a un extranjero sin permiso de trabajo, sino además imponerle una condición ilegal perjudicial (como, por ejemplo, exigirle una jornada de trabajo superior a la fijada legalmente)⁵².

También en la jurisprudencia se comparte la idea de que a través del art. 312.2 se sanciona la explotación laboral y que lo que distingue este comportamiento de la infracción administrativa es que la ley penal anuda un desvalor especial que se traduce en que las condiciones impuestas deben ser notoriamente perjudiciales para el trabajador⁵³. En la STS n.º 348/2017, de 17 de mayo, se indica: «El tipo previsto en el art. 312 describe fundamentalmente situaciones de explotación de los trabajadores por cuenta ajena, que integran ilícitos laborales criminalizados, justificándose la intervención del derecho penal por la mayor lesividad que la infracción de normas laborales conlleva para el bien jurídico protegido. Se trata de la contratación de inmigrantes ilegales, esto es, aquéllos que carecen de permiso de trabajo y de residencia en España que, aunque no se hallan incluidos en el art. 35 de la Constitución que reconoce a “todos los españoles” el derecho al trabajo y el deber de trabajar, tal derecho se ejercita frente a los poderes públicos y solo frente a ellos, sin que pueda constituir una patente de impunidad cuando concierne a personas no españolas conscientes de su situación ilegal. No cabría en estos casos imponer condiciones atentatorias a la dignidad humana.

⁵² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., p. 830. También se comparte este criterio por la jurisprudencia. Así por ejemplo en la SAP Madrid (Sección 30ª) n.º 63/2012, de 16 de febrero si indica que constituye una infracción administrativa muy grave la conducta de los empresarios que consiste en la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo. Pero «el salto de la infracción administrativa al delito previsto en el art. 312.2 del Código penal, exige un “plus” respecto de la mera contratación de trabajadores extranjeros desprovistos del permiso de trabajo, es necesario que se restrinjan sus derechos de forma relevante. Así, el precepto sanciona a quienes empleen a súbditos extranjeros “sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”; es decir, frente a la infracción administrativa, el artículo 312.2 exige que, junto a la contratación ilegal del súbdito extranjero, y no sólo a consecuencia de ella, se le perjudique en sus derechos laborales mínimos. Si el legislador hubiese contemplado exclusivamente como infracción penal la contratación de súbditos extranjeros sin permiso de trabajo, así lo habría dicho, sin exigir un elemento normativo adicional».

⁵³ STS n.º 208/2010, de 18 de marzo; STS n.º 162/2019, de 26 de marzo. También SAP Zaragoza (secc. 6), n.º 45/2017, de 8 de febrero que se refiere a que las condiciones impuestas deben ser notoriamente perjudiciales para el trabajador, de modo que se originen situaciones de explotación en el trabajo. En cambio, la contratación de un extranjero en condiciones que no supongan sometimiento a unas condiciones de trabajo que no conculquen los derechos derivados de una determinada actividad laboral no puede ser incardinada en este delito.

Considerar solo sujeto pasivo de este derecho al trabajador legal y no al inmigrante clandestino llevaría a una concepción que crearía unas situaciones inaceptables de desigualdad social, porque el empleador podría imponer a los trabajadores ilegales las condiciones laborales más discriminatorias sin riesgo alguno de infracción legal, a pesar de resultar severamente comprometidos valores inherentes a la persona, que como la dignidad del art. 10 CE, no conoce fronteras.

Ha de tratarse de una verdadera relación laboral, es decir prestación de servicios por cuenta ajena, habitualidad en los mismos, dependencia, retribución y jornada legal. Un contrato de trabajo que tendría cabida en el art. 1. 1.º del Estatuto de los Trabajadores: es indiferente que los trabajadores sean legales o ilegales, que el contrato sea verbal o escrito o que las condiciones de trabajo sean expresas o tácitas. Es necesario que las condiciones del contrato supongan un perjuicio para sus derechos laborales, más allá de los derivados de su situación de ilegalidad, de la que resulta la inexistencia de permiso de trabajo y ausencia de alta en la seguridad social [...]».

Se discute en la doctrina cuándo se entiende que el delito está consumado. La opinión más extendida es que nos encontramos ante un delito de resultado pues la consumación tiene lugar cuando se imponen las condiciones perjudiciales y no se requiere causación de un perjuicio efectivo a los extranjeros «ilegales» que han sido contratados de esta forma. Debido a esto, será factible la tentativa pues esta se producirá en el momento en que den comienzo las negociaciones con el trabajador extranjero para imponer dichas condiciones⁵⁴. Se indica, además que se trata de un delito de efectos permanentes ya que la situación antijurídica se prolonga mientras subsista la relación laboral.

El delito requiere el dolo y no es necesario ningún elemento subjetivo adicional.

Como hemos en relación con el art. 313.1º se aprecia un solo delito, aunque sean varios los trabajadores cuyas condiciones laborales han sido afectadas. Esto se deduce del

⁵⁴ GALÁN MUÑOZ, A., NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Manual de derecho penal económico y de la empresa*, 1.ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 258.

propio texto del artículo que habla de súbditos extranjeros, pero también por el bien jurídico protegido.

Cabe plantearse qué sucede en los casos en que estas conductas se realicen con violencia o intimidación. En el artículo 313.4º estaba prevista una agravación de la pena en relación con el art. 313.1º CP (pena superior en grado a la pena de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses). Sin embargo, aquí no se ha contemplado este supuesto. Por una parte, se ha defendido la aplicación del art. 311.4º al interpretar que se trataría de un tipo autónomo que castigaría la imposición de condiciones perjudiciales para los trabajadores (sin distinguir si son nacionales o extranjeros, con permiso de trabajo o sin permiso de trabajo). La otra posibilidad sería la de aplicar un concurso ideal entre el art. 312.2 segundo inciso y el delito de lesiones o amenazas o coacciones que se haya realizado al emplear la violencia o la intimidación.

Finalmente quisiera destacar el hecho de que es posible que se produzcan supuestos en los que concurren los tipos penales previstos en los artículos 187.1 *«el que, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, determine a una persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la prostitución, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses [...]»* y el artículo 312.2. En este caso estaremos ante un concurso real de delitos tal y como se establece en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2006.

3. Sobre el sentido de una tipificación específica de estas conductas de contratación ilícita de extranjeros. Especial referencia a la tesis de Pomares Cintas

Los tribunales de la esfera penal han recogido conductas-tipo de explotación del inmigrante ilegal y han llegado a estas conclusiones⁵⁵:

⁵⁵ POMARES CINTAS, E., «La persecución penal de la explotación de los inmigrantes ilegales y la transformación del derecho penal laboral. Análisis de la regulación española», cit., pp. 246-248.

- La mayor parte son supuestos de explotación económica ya que se valora al extranjero por el perfil económico que posee.
- El empleador somete en muchas ocasiones a las mismas condiciones al inmigrante legal y al ilegal.
- Se produce una inobservancia de las medidas de prevención de riesgos laborales que afectan a la vida, salud o integridad física del trabajador.
- Utilización de menores de edad laboral.

Debido a todo esto, se produce un aprovechamiento del estatus jurídico del extranjero colocándolo en una situación que le obliga a soportar todo tipo de condiciones laborales, ya sea por necesidad, para mantener la autorización administrativa que le permite residir y trabajar, o para conseguirla. El Estado utiliza al extranjero trabajador ilegal como un arma de control y lucha contra su presencia, colocándolo en un estatus de inferioridad legal y vulnerabilidad.

Tratando de averiguar cuál es el sentido de la distinta regulación contemplada en los arts. 311 y 312.2 *in fine* Pomares Cintas ha realizado un estudio jurisprudencial⁵⁶ sobre las penas impuestas por los tribunales cuando aplicaban las figuras delictivas de los arts. 311 y el 312.2 *in fine*. En primer lugar estudia la situación antes de la reforma operada a través de la LO 4/2000, en ese momento ambas figuras estaban castigadas con la misma pena⁵⁷. La tendencia de los tribunales en estos casos era la aplicación de la pena mínima legalmente prevista en ambos supuestos, por ello, afirma la autora que el dato relativo a la condición del sujeto pasivo no era significativo. Sin embargo, en el año 2000 se agrava la pena del art. 312.2 *in fine* que pasa a ser de prisión de dos a cinco años. Deduce la autora que en realidad esta agravación no está vinculada con el perfil de la explotación de esta clase de víctimas. Cuando ambos preceptos establecían la misma pena los tribunales no habían considerado más grave la explotación del extranjero sin papeles. Por ello, afirma, que «la mayor pena obedece, no a la finalidad de ofrecer una mayor protección de los derechos de los inmigrantes ilegales frente a la adopción de condiciones

⁵⁶ POMARES CINTAS, E., «La persecución penal de la explotación de los inmigrantes ilegales y la transformación del derecho penal laboral. Análisis de la regulación española», cit., pp. 251-256.

⁵⁷ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

de trabajo perjudiciales, sino al hecho de su presencia ilegal en territorio español: la elevación de la pena establecida por la Ley Orgánica 4/2000 (LOEx) se vincula con la salvaguarda del interés estatal de control del flujo migratorio». Y concluye señalando que el delito contemplado en el art. 312.2 del CP es parte de un mecanismo de control y lucha contra la inmigración ilegal dentro de esta política criminal que está utilizando el Derecho Penal⁵⁸.

Se destaca también la posibilidad de condenar a una persona por el delito del artículo 311, y, a su vez, por otro del artículo 312.2, en el caso de que los sujetos pasivos que han sido sometidos a dichas condiciones ilícitas son extranjeros legales e ilegales, aunque las condiciones de explotación hayan sido las mismas.

Esta situación provoca dificultades de interpretación, criticándose la comparación y concurrencia de estos dos artículos.

V. EL NUEVO ARTÍCULO 311 BIS CP

A través de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, se ha incorporado un nuevo precepto en el título XV. Según el art. 311 bis:

«Será castigado con la pena de prisión de tres a dieciocho meses o multa de doce a treinta meses, salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, quien:

- a) De forma reiterada, emplee o dé ocupación a ciudadanos extranjeros que carezcan de permiso de trabajo, o*
- b) Emplee o dé ocupación a un menor de edad que carezca de permiso de trabajo».*

⁵⁸ POMARES CINTAS, E., «La persecución penal de la explotación de los inmigrantes ilegales y la transformación del derecho penal laboral. Análisis de la regulación española», cit., p. 255.

Este artículo deriva del Derecho de la Unión Europea, en concreto de la Directiva 2009/52/CE⁵⁹, del Parlamento Europeo y del Consejo, en ella se establecen medidas y sanciones a aquellos que empleen a nacionales de terceros países en situación irregular. Además de dicha Directiva, la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre modificó este artículo. El motivo de esta reforma es luchar contra la economía sumergida y frenar así este factor de atracción de flujos de migración irregular. Sin embargo, tal y como señala Esther Pomares ⁶⁰ el inmigrante ilegal no se encuentra en una situación de economía sumergida como en la que pueden encontrarse otros trabajadores. Debido a su situación, aquellos inmigrantes que se encuentren de forma irregular no gozan del derecho al acceso al puesto de trabajo y por ello dicha Directiva hace que les sea eliminada cualquier prestación o garantía social que no sea compatible con su situación administrativa desprotegiéndolos y exponiéndolos como arma de control de aquellos flujos migratorios.

Por ello el objeto de tutela de este delito del 311 bis tiene una doble dimensión, por un lado, actúa en contra de la economía sumergida, y, por otro, es un instrumento de lucha contra la migración ilegal.

Algunos Grupos Parlamentarios⁶¹ presentaron Enmiendas en el Senado alegando que la introducción del delito tipificado en el artículo 311 bis del CP resulta innecesario por los siguientes motivos:

- El artículo 54.1 d) de la LOEx⁶² tipifica como muy grave la infracción administrativa de utilizar a trabajadores extranjeros [... «sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados»]. Es sancionada por el artículo 55 de esta misma ley con multa desde 10.001 hasta 100.000 euros por cada extranjero.

⁵⁹ Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, art. 9.1 letras a, e.

⁶⁰ POMARES CINTAS, E., «La persecución penal de la explotación de los inmigrantes ilegales y la transformación del derecho penal laboral. Análisis de la regulación española», cit., p. 265.

⁶¹ POMARES CINTAS, E., «La persecución penal de la explotación de los inmigrantes ilegales y la transformación del derecho penal laboral. Análisis de la regulación española», cit., p. 266-267.

⁶² Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

▪ El artículo 37.1 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto en el cual se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social también sanciona como infracción muy grave estos hechos. [... «Los empresarios que utilicen trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el preceptivo permiso de trabajo, o su renovación, incurriendo en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros que hayan ocupado»].

También la doctrina se ha mostrado crítica porque consideran que como la conducta típica consiste en el mero hecho de dar trabajo a una persona que carece de permiso de trabajo, aunque no se le explote, debería haber bastado ya con la imposición de sanciones administrativas o si efectivamente quería sancionarlos a través de la vía penal tampoco era necesario puesto que pueden canalizarse a través del art. 312 CP⁶³.

El artículo 311 bis se configura como un tipo residual⁶⁴ al incorporar una cláusula por la que declara su naturaleza subsidiaria: [... «salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código»]. Ya está prevista una pena más grave en los tipos penales de los artículos 311 y 312 CP; así la pena que prevé este artículo 311 bis es mucho menor (la pena de prisión de tres a dieciocho meses o multa de doce a treinta meses) que la prevista en los artículos mencionados. De igual manera tampoco se podrá aplicar cuando se acredite la efectiva afectación de estos derechos laborales del trabajador extranjero irregular contratado de forma reiterada⁶⁵. Sin embargo, cabrá acudir a él en los casos en los que no concurran los elementos de explotación o de perjuicio de los derechos laborales que reconoce el artículo 312.2 segundo inciso CP o no se cumpla el requisito del número mínimo de trabajadores previstos en el art. 311.2 CP.

Finalmente, VILLACAMPA ESTIARTE advierte tres cuestiones, la primera tiene que ver con el hecho de que se siga denominando «permiso de trabajo» pues debería sustituirse y modernizarse a «autorización de trabajo». La segunda es que se establezca como requisito el no poseer dicha autorización pues deja sin protección todas aquellas actividades que no requieran la autorización de la misma, es decir, todas aquellas

⁶³ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Comentarios prácticos al Código Penal*, cit., pp. 839-840.

⁶⁴ VILLACAMPA ESTIARTE C./SALAT PAISAL, M., «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», cit., pp. 1167-1168.

⁶⁵ HORTAL IBARRA, J. C., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», cit., p. 524.

actividades ilegales o el hecho de que se emplee a extranjeros menores de dieciséis años pues estos no están habilitados para poder trabajar. La última y tercera cuestión trata una matización bastante importante y es que, aunque el tipo penal no lo diga, por extranjero debe entenderse a todo aquel no nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, ya que solo a éstos se les podrá exigir una autorización.

VI. CONCLUSIONES

Tras realizar este estudio sobre los delitos contra los derechos de los trabajadores, he podido darme cuenta de la evolución que estos han sufrido y de los diferentes delitos que engloba el Título XV, estos son los siguientes: delitos contra las condiciones de trabajo, de contratación irregular y contra la libertad sindical y derecho de huelga. Los distintos tipos de modalidades que engloba el artículo 311 del CP tienen que ver con los delitos contra las condiciones de trabajo, dentro de este precepto, en primer lugar, el estudio se centra en el hecho de imponer, mediante engaño o abuso de una situación de necesidad, condiciones laborales o de Seguridad Social ilegales, este supuesto pretende proteger la propia relación laboral, sancionando las conductas que vulneren los derechos de los trabajadores. En el apartado tercero, se tipifica el mantenimiento de condiciones ilegales en supuestos de transmisión de empresa, considerando igualmente penable la conducta del nuevo empleador. El último supuesto de este precepto se agravan las conductas ya mencionadas en los supuestos en los que concurra violencia e intimidación.

Una vez estudiadas las modalidades ilícitas que expone el artículo 311, el trabajo se centra en la imposición de condiciones laborales ilícitas a trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo, reguladas en el artículo 312 del CP, en concreto en el apartado segundo. Dicho precepto se refiere al delito de ofrecer empleo o condiciones de trabajo engañosas, y, a su vez, al hecho de emplear a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen sus derechos. Este artículo tiene mucho que ver con el anteriormente mencionado, con la diferencia de que se el sujeto pasivo en este caso es el inmigrante ilegal y plantea una problemática en la actualidad que también explico dicho apartado.

La última parte del trabajo versa sobre el artículo 311 bis, el cual deriva del Derecho de la Unión Europea y que castiga a quien de ocupación de forma reiterada a ciudadanos extranjeros y menores de edad que carezcan de permiso de trabajo. Este presenta muchas críticas ya que algunos autores, como he expuesto, lo consideran innecesario debido a que ya está prevista una pena más grave tanto en el artículo 311 como en el 312.

Después de haber estudiado los delitos contra los derechos de los trabajadores me he dado cuenta de la importancia que supusieron las modificaciones en la regulación de la parte especial introducida por el Código Penal de 1995. El hecho de que se crease este Título específico supuso el reconocimiento y el interés de proteger a la clase trabajadora, gracias a esto se pudo hacer efectivo el auténtico Derecho penal del trabajo y crearse de esta forma un conjunto de normas penales que protegieran los intereses de los trabajadores de toda la clase social, así como poder complementar el ordenamiento sancionador administrativo.

Actualmente se trata de unos delitos complejos ya que, como he mencionado en mi trabajo, pueden dar lugar a cierta duplicidad, tanto por la normativa laboral y administrativa, como por la propia redacción de los artículos de este Título XV. A su vez la determinación del bien jurídico ha sido muy polémica ya que antes de la aprobación del Código Penal había quienes consideraban que los bienes jurídicos protegidos eran diversos y tenían en común la referencia al sujeto pasivo. Es un título en constante evolución ya que con el nuevo Código de 1995 y hasta nuestros días se fue considerando de forma unitaria que el objeto jurídico de tutela se fue concretando en los intereses del trabajador, los cuales se consideran una parte del contrato de trabajo.

Finalmente solo puedo volver a destacar la importancia de que exista una regulación más exhaustiva de estos delitos ya que el trabajo es una parte esencial de nuestras vidas, en donde no podemos ver vulnerados nuestros derechos fundamentales y por lo tanto, en mi humilde opinión, se deberá seguir avanzando para asegurar dichos derechos a todos los trabajadores, extranjeros o nacionales de la Unión Europea, evitando la duplicidad normativa y los vacíos legales, y, por supuesto, dejando a un lado las ya mencionadas estrategias de financiación estatal del «retorno» o «expulsión» de los

inmigrantes ilegales, además de los gastos sociales derivados de esta situación de economía sumergida que siguen estando presentes en nuestros días.

VII. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES CONSULTADAS.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», en Gómez Tomillo (Dir.), *Comentarios prácticos al Código penal, Tomo III, Delitos contra el patrimonio y socioeconómicos, Artículos 234-318 bis, 1.ª edic.*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

FUENTES OSORIO, J. L.: «¿El legislador penal conoce la normativa sancionadora laboral? Superposición del ilícito penal y el administrativo-laboral. El ejemplo del tráfico ilegal de mano de obra», *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXVI (2016).

GALÁN MUÑOZ, A., NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Manual de derecho penal económico y de la empresa*, 1.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

GOMEZ PAVÓN, P.: *Delitos de defraudación a la Seguridad Social y delitos contra los derechos de los trabajadores*, Bosch, Barcelona, 2015.

GUANARTEME SÁNCHEZ-LÁZARO, F., «Delitos contra los derechos de los trabajadores» en Romeo Casabona/Sola Reche/Boldova Pasamar (coords.), *Derecho penal: parte especial, conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Comares, Granada, 2016.

HORTAL IBARRA, J. C., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en Corcoy Bidasolo;Gómez Martín (Dirs.), *Manual de Derecho penal, económico y de empresa. Parte general y parte especial (adaptado a las LLOO 1/2015 y 2/2015 de reforma del Código penal). Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Tomo 2, Tirant lo blanch, Valencia, 2016.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en *Memento experto 2019*, Francis Lefebvre.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 5.ª ed., 2016, Tirant lo blanch, Valencia

POMARES CINTAS, E., «La persecución penal de la explotación de los inmigrantes ilegales y la transformación del derecho penal laboral. Análisis de la

regulación española», en Medina Cuenca (Coord.), *Luces y sombras de la reforma penal y procesal penal en Iberoamérica, Libro Homenaje al profesor Dr. Ignacio Benítez Ortúzar*, Unijuris, 2017.

QUINTERO OLIVARES, G.: *Compendio de la parte especial del derecho penal*, Adaptada al programa de ingreso en las carreras judicial y fiscal. 1ª edic., Aranzadi, Pamplona, 2016.

TERRADILLOS BASOCO, J. M.: *El derecho penal aplicable a las relaciones laborales*, Lecciones, Edic. 1ª, Bomarzo S.L., Albacete, 2017.

VILLACAMPA ESTIARTE C., SALAT PAISAL, M., «De los delitos contra los derechos de los trabajadores» en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 10.ª edic., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

Legislación

Constitución española de 1978, artículo 28.

Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por RD Legislativo 5/2000.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo.

Jurisprudencia citada

STS n.º 197/1990, de 29 de noviembre.

STS de 12 de abril de 1991.

STS de 3 de marzo de 1993.

STS de 2 de marzo de 1998.

SAP de Valladolid de 1 de junio de 2000.

STS de 29 de marzo de 2004.

SAP de Tarragona de 14 de septiembre de 2004.

STS de 12 de diciembre de 2005.

STS n.º 208/2010, de 18 de marzo

SAP Madrid (Sección 30ª) n.º 63/2012, de 16 de febrero

SAP Zaragoza (secc. 6), n.º 45/2017, de 8 de febrero

STS n.º 162/2019, de 26 de marzo.

STS n.º 162/2019, de 26 de marzo.