

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

VELS PRAVIDEET PRO

Revista

Enero 2023

51

Penal



tirant
lo blanch

Revista Penal

Número 51

Sumario

Obituario:

- Mireille Delmas Marty y las Ciencias penales de nuestro tiempo, por *Luis Arroyo Zapatero* 5

Doctrina:

- Cuestiones controvertidas en torno a la diligencia de captación y grabación de las comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos. Determinación del concepto de encuentro, por *Andrés Francisco Álvarez Medialdea* 9
- Ucrania y la doble moral de Occidente, por *Kai Ambos* 33
- El condenado imputable afectado por un trastorno mental grave, por *Viviana Caruso Fontán* 49
- La responsabilidad penal del político corrupto. Contradicciones de la solución española a partir de las indicaciones de la Supreme Court of Justice de los Estados Unidos, por *Giorgio Dario Maria Cerina* 72
- Entre la siembra y el regado de la semilla terrorista: una aproximación a la influencia de la propaganda terrorista en internet, por *Débora de Souza de Almeida* 113
- La imposición y mantenimiento de condiciones ilegales y otras formas delictivas en las relaciones laborales como herramienta de protección de colectivos vulnerables por el Derecho penal, por *Javier García Amez* 129
- ¿Deben castigarse el enaltecimiento del franquismo y otro tipo de conductas «afines»? los intentos frustrados del legislador y una vía de escape (la administrativo-sancionadora), por *José León Alapont* 145
- La mujer como delincuente: aproximación a la delincuencia femenina a través de un estudio jurisprudencial, por *Sandra López de Zubiría Díaz* 165
- Frentes abiertos en la protección de los derechos de los presos, por *Francisco Javier Matia Portilla* 177
- La regulación italiana del blanqueo de capitales. Perfiles generales y propuestas de reforma, por *Alessandro Melchionda* 191
- La eliminación del abuso sexual por consentimiento inválido de víctima mayor de dieciséis y menor de dieciocho años tras la L.O. de garantía integral de la libertad sexual, por *Miguel Ángel Morales Hernández* 207
- Reflexiones sobre el delito de aborto en México y la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por *Alberto Enrique Nava Garcés* 231
- El enfoque de género en el Derecho Penal español. Superando las críticas de un Derecho Penal de autor y paternalista, por *Ana I. Pérez Machío* 242

- Sistemas penales comparados:** Sumisión química (Chemical submission) 263

Bibliografía:

- Simón Castellano, Pere y Abadías Selma, Alfredo (Coords.). “Cuestiones penales a debate”. Barcelona, J.M. Bosch Editor (Colección “Penalcrim”), 2021, 495 págs., por *Cristian Morlans Prados* 321
- VIII Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Miguel Abel Souto, José Manuel Lorenzo Salgado y Nielson Sánchez Stewart (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, 980 páginas, por *Yago González Quinzán* 325
- “Los delitos de enaltecimiento del terrorismo y de humillación de las víctimas”, de José León Alapont (Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 202 págs.), por *Lucas G. Menéndez Conca* 328

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE

am Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Alessandro Melchionda. Univ. Trento
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Belez. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Europea de Madrid), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Christoph Hollmann (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Campo Elías Muñoz Arango (Panamá)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Jiajia Yu (China)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)	Baris Erman (Turquía)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Elena Núñez Castaño (España)	Pablo Galain Palermo y Ana María Guzmán (Uruguay)
Marco Edgardo Florio (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



La imposición y mantenimiento de condiciones ilegales y otras formas delictivas en las relaciones laborales como herramienta de protección de colectivos vulnerables por el Derecho penal

Javier García Amez*

Revista Penal, n.º 51 - Enero 2023

Ficha técnica

Autor: Javier García Amez

Adscripción institucional: Profesor Ayudante Doctor, Área de Derecho Penal, Universidad de Oviedo

Title: The imposition and maintenance of illegal conditions and other criminal forms in labor relations as a tool for the protection of vulnerable groups by Criminal Law

Sumario: 1. Introducción. 2. El delito de imposición de condiciones de trabajo ilegales. a) *El bien jurídico protegido.* b) *Sujeto activo.* c) *Sujeto pasivo.* d) *Elemento subjetivo.* e) *La conducta típica: Imposición de condiciones laborales o de seguridad social que lesionan derechos de los trabajadores.* f) *Los medios de comisión del delito: el engaño o el abuso de la situación de necesidad.* g) *La especialidad del nuevo apartado segundo del artículo 311 del CP* h) *Penología.* 3. El mantenimiento de las condiciones ilegales de trabajo. 4. La ocupación simultánea de pluralidad de trabajadores sin alta en la Seguridad Social o sin autorización de trabajo. 5. El empleo de ciudadanos extranjeros o menores sin permiso de trabajo. 6. La contratación de extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones lesivas para sus derechos. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía citada

Summary: 1. Introduction. 2. The crime of imposing illegal working conditions. a) The protected legal asset. b) Active subject. c) Passive subject. d) Subjective element. e) The typical behavior: Imposition of working conditions or social security that violate the rights of workers. f) The means of commission of the crime: deception or abuse of the situation of necessity. g) Penology. 3. The maintenance of illegal working conditions. 4. The simultaneous occupation of a plurality of workers without registration in Social Security or without work authorization. 5. The employment of foreign citizens or minors without a work permit. 6. The hiring of foreigners without a work permit in conditions that are detrimental to their rights. 7. Conclusions. 8. Cited bibliography.

Resumen: El Derecho penal laboral tiene como finalidad proteger los derechos de los trabajadores frente a posibles abusos y explotaciones de los mismos por parte de los empleadores. Especialmente en los casos en los que nos encontramos con personas que son vulnerables por su situación. El presente artículo tiene como objetivo el exponer los distintos tipos penales que en la actualidad se contemplan para abordar estas situaciones.

Palabras clave: Derecho Penal Laboral. Vulnerabilidad. Explotación laboral. Derechos laborales. Delitos contra las relaciones laborales.

Abstract: Labor Criminal Law tries to enforce worker's rights against possible abuses. Is very important in cases where the employer wants to exploit the vulnerability of the worker. This paper wants to show how Labor Criminal Law works in this situation.

Key words: Labor Criminal Law. Vulnerability. Labor Exploitation. Labor Rights. Crimes against labor relationships.

Rec.: 27-06-2022 **Fav.:** 21-10-2022 **Rev:** 01-01-2023

* Correo electrónico: javieramez@uniovi.es

1. INTRODUCCIÓN

La necesidad de proteger y preservar los derechos que con el paso del tiempo se han venido consolidando en la legislación social y laboral constituye una tarea compartida tanto por parte de los poderes públicos, como los propios empleadores, especialmente para aquellas personas que se encuentra en una situación de vulnerabilidad. Situación que implica la necesidad de conservar o acceder a un trabajo que es necesario, toda vez que los ingresos que se generan por ello son esenciales para satisfacer sus necesidades¹. Proteger a los trabajadores, o potenciales trabajadores, que se encuentran en esta posición deberá ser una prioridad, sobre todo si se tiene en cuenta que de esta situación se pueden beneficiar aquellos empresarios que ven en la misma una oportunidad de imponer unas condiciones laborales que restringen o suprimen los derechos laborales de los trabajadores. Condiciones que serán aceptadas por los trabajadores dado que la situación en la cual se encuentran, hace necesario el puesto de trabajo al que aspiran o que tienen, dado que de perderlo o no obtenerlo se les podría causar un enorme perjuicio. Es por ello por lo que resulta necesario, por no decir obligatorio en virtud del artículo 40.2 de la Constitución española de 1978², que los poderes públicos intervengan activamente. Una intervención que se ha llevado a cabo desde el ámbito del Derecho del Trabajo, con un conjunto de normas tuitivas del trabajador, la cuales a día de hoy, se encuentran recogidas con carácter básico en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (En adelante, TRET), y cuya vulneración da lugar a la posible imposición de una sanción administrativa en los términos recogidos en la Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (En adelante, TRLISOS). No obstante, se trata de una pro-

tección de carácter administrativo a través de las infracciones y sanciones que el citado TRLISOS. Sucede que en ocasiones la conducta abusadora o explotadora del empresario puede resultar de tan gravedad, como por ejemplo cuando se suprimen derechos básicos de los trabajadores, tales como una jornada excesiva, rebaja notable del salario percibido, y las medidas administrativas de protección bien resultan insuficientes o ineficaces, que hace preciso que, de manera subsidiaria intervenir el Derecho penal en aras a salvaguardar y proteger al trabajador³, especialmente cuando se encuentra en una situación de vulnerabilidad o dependencia de la que se quiere aprovechar el empresario.

Tal y como hemos apuntado, esta intervención es provocada precisamente por la propia consideración del Estado español como un Estado social, el cual no puede permanecer plausible ante vulneraciones de derechos que tratan de satisfacer las necesidades más básicas y esenciales las personas, como es el trabajo. Los poderes públicos han de asumir el papel de garantes de estos derechos, que van a permitir a las personas disfrutar de unas condiciones de vida correspondientes con una cierta dignidad⁴.

Con anterioridad a la aprobación del vigente Código Penal, la normativa penal ya había previsto algunas modalidades delictivas en el ámbito laboral, a través del delito social del artículo 499 *bis* del Código Penal de 1973, introducido en la década de los setenta para incorporar como delito una conducta que previamente se había establecido como infracción administrativa a través del Decreto Ley de 15 de febrero de 1952, por el que se establecen responsabilidades de carácter civil y penal por incumplimiento de leyes laborales y de previsión social. No obstante, tal y como certeramente ha destacado la doctrina, no se hace tanto con una finalidad tuitiva del trabajador, sino más bien para hacer frente a una conflictividad social que se había creado en la década de los setenta, la cual hacía necesaria una in-

1 Así sucede, por ejemplo, en los casos en los que se aprovecha para imponer una jornada laboral excesiva y se abona además por debajo de lo estipulado en el Convenio Colectivo para ese sector laboral. Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 15/2022 de 27 enero, en el que se enjuicia un caso en el cual los empresarios se aprovechaban de la falta de recursos económicos de estas personas, y aunque habían sido contratados a tiempo parcial por veinte horas semanales, trabajaban de lunes a sábado desde la apertura del establecimiento a las 8 de la mañana hasta su cierre, sobre las 20 ó 21 horas de la noche, incluso algún día hasta las 24 horas, casi sin comer, si el trabajo no se lo permitía, siendo su retribución únicamente la tercera parte del precio del lavado de los vehículos, que no alcanzaba siquiera el salario mínimo interprofesional.

2 Este artículo señala que «Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados».

3 Véase al respecto, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., "Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta", *ADPCP*; volum. 57, 2004, págs. 19-22 y POMARES CINTAS, E., *El Derecho Penal Ante la Explotación Laboral y Otras Formas de Violencia en el Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 33-35.

4 Cfr. QUINTERO OLIVARES, G. y NOGUERA FERNÁNDEZ, A., "El Derecho penal y los principios rectores de la política social y económica", en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), y JARÍA I MANZANO, J. (Coord.), *Derecho Penal Constitucional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015, pág. 464.

tervención del Estado para proteger “el espíritu social” del régimen por entonces vigente⁵.

De este modo, a través del delito social, y según refleja la exposición de motivos de Ley 44/1971, de 15 de noviembre, sobre reforma del Código Penal, se eleva de rango la protección de los derechos mínimos de los trabajadores⁶, dentro del Título XII del Libro II del Código Penal, en el que se introduce un nuevo capítulo VIII bajo la rúbrica «De los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo», que constaba de un artículo 499 *bis*, a tenor del cual:

«Será castigado con pena de arresto mayor y multa de 5.000 a 100.000 pesetas:

1.º El que usando de maquinaciones o procedimientos maliciosos imponga a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de seguridad social que perjudiquen los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales o convenios colectivos sindicales.

2.º El que por cesión de mano de obra, simulación de contrato, sustitución o falseamiento de empresa o de cualquier otra forma maliciosa suprima o restrinja los beneficios de la estabilidad en el empleo y demás condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores por disposiciones legales.

3.º El que trafique de cualquier manera ilegal con la mano de obra o intervenga en migraciones laborales fraudulentas, aunque de ello no se derive perjuicio para el trabajador.

El que en caso de crisis de una empresa hiciere ineficaces maliciosamente los derechos de los trabajadores incurrirá en las penas previstas en el artículo 519 de este Código,

Cuando los hechos previstos en los números anteriores fueren realizados por personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que los hubieran cometido o que, conociéndolos y pudiendo hacerlo, no hubieran adoptado medidas para remediarlos. En su caso procederá la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa».

Tras la aprobación de la actual Constitución en el año 1978, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (En adelante, CP), lleva a cabo una importante reforma en el ámbito de la protección pe-

nal de los trabajadores, unificando y agrupando todos los delitos contra los derechos de trabajadores en un único título, ya que con anterioridad estaban dispersos a lo largo del texto penal por entonces vigentes. De este modo, se incorpora en un título XV, relativo a los delitos contra los derechos de los trabajadores, lo cual viene a suponer que se ha consolidado con ello el denominado Derecho penal laboral⁷, de lo que se deriva con ello el reconocimiento de la existencia una clase social, como son los trabajadores, los cuales van a intervenir en el mercado de trabajo en una posición de desventaja frente al empresario⁸. Por tanto, se hace preciso y necesario protegerles en aras a evitar que esta desventaja se acreciente y se materialice en una lesión de los derechos laborales, siendo un elemento central para ello el artículo 311 del CP⁹. Según este artículo:

«Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses:

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.

2.º Los que den ocupación simultáneamente 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, siempre que el número de trabajadores afectados sea al menos de:

a) el veinticinco por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cien trabajadores,

b) el cincuenta por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de diez trabajadores y no más de cien, o

c) la totalidad de los mismos, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cinco y no más de diez trabajadores.

3.º 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.

5 Vid. HIJAS PALACIOS, J., “La protección penal del Derecho de los trabajadores”, *La Ley*, núm. 1617, págs. 2-3 y BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, V., *Derecho penal del trabajo*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 1997, pág. 24.

6 En palabras de la citada exposición de motivos: «Por lo que se refiere a la protección penal que, en las condiciones de trabajo, seguridad social, estabilidad en el empleo, etcétera, se otorga a los trabajadores frente a las defraudaciones de que, con frecuencia, son objeto, la experiencia aportada por la vigencia del Decreto-ley de quince de febrero de mil novecientos cincuenta y dos, aconseja la incorporación al Código Penal del artículo cuatrocientos noventa y nueve bis, elevando de rango la naturaleza de la infracción y, con ello, la energía del castigo».

7 Vid. BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, V., *Derecho penal...*, cit., pág. 48 y HORTAL IBARRA, J. C., “Tutela de las condiciones laborales y reformas penales: ¿El ocaso del Derecho penal del trabajo?”, *RDPC*, núm. 20, págs. 66-71.

8 Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, pág. 115.

9 Cfr. POMARES CINTAS, E., *El Derecho Penal...*, cit., pág. 57.

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

Este precepto contempla en su seno un conjunto de conductas cuya finalidad es la protección de los trabajadores frente a la imposición por parte de los empresarios de unas condiciones laborales abusivas. En concreto, a través de este artículo se sanciona a aquel empresario que, abusando de su posición de superioridad en la relación contractual laboral, impone a los mismos —o a uno en particular— unas condiciones de trabajo que contravienen los derechos que la legislación laboral, social, o los propios convenios colectivos, otorgan a los trabajadores, bien suprimiéndolos o bien limitándolos al máximo.

El delito previsto en el artículo 311 del CP, en las modalidades que luego expondremos, se muestra como un buen ejemplo de norma penal en blanco. Precisa de la colaboración de la normativa laboral para completar los elementos del tipo penal, fundamentalmente el TRET, norma básica en el ámbito laboral. Esto conlleva que en ocasiones se puedan generar posibles supuestos de conflictos entre la normativa laboral y la normativa penal a la hora de afrontar el castigo de un ilícito. La normativa sancionadora en el ámbito laboral, el TRLISOS, acoge en su interior una serie de infracciones que a su vez pueden ser también consideradas como delito, de ahí que, en aras a salvaguardar el principio de prevalencia del Derecho penal, el artículo 3.2 del TRLISOS, advierta que, en aquellos supuestos en los que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, se establece la obligatoriedad de que

«la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones».

Únicamente se permitiría continuar o reanudar el procedimiento administrativo sancionador en aquellos casos en los cuales no se ha la existencia de ilícito penal, o, en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento judicial penal. Si se dan estos requisitos que hemos señalado, se podrá continuar con el expediente administrativo sancionador, si bien, teniendo en cuenta los hechos que los Tribunales hubieran considerado probados.

No obstante, mientras se tramita el procedimiento judicial tendente a determinar la existencia o no de un

ilícito penal, se hace preciso proteger al trabajador o trabajadores que se ven afectados por el mismo. Así, el apartado cuarto de este artículo 3 del TRLISOS, precisa que, en estos casos, se han de respetar las medidas preventivas que la Administración laboral ha adoptado para proteger a los trabajadores, en concreto aquellas medidas de paralización de trabajos que han sido adoptadas en los casos de riesgo grave e inminente para la seguridad o salud del trabajador. Igualmente, no deberá afectar a la continuidad de aquellos expedientes sancionadores sin conexión directa con los que sean objeto de las eventuales actuaciones jurisdiccionales del orden penal.

Por otra parte, puede suceder que en los casos en los que confluye una posible infracción administrativa junto con otra penal, encontramos ante un posible doble castigo de la misma conducta. Si bien esto no debería ser posible, dado que en estos casos se deberían haber seguido los pasos que hemos señalado anteriormente, el apartado primero del artículo 3 del TRLISOS, para garantizar el cumplimiento del principio *non bis idem*, establece la prohibición de sancionar aquellos hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento. Jurisprudencialmente, también se ha advertido de esta dualidad e imposibilidad de imponer ambos castigos al empresario¹⁰, de modo que

«en relación al deslinde de las infracciones administrativas de los ilícitos penales sin perjuicio de reconocer que en ocasiones podrán existir dudas acerca de si la conducta es constitutiva de infracción administrativa o ilícito penal, los criterios de deslinde deben de partir de los principios de fragmentariedad y mínima intervención de la respuesta penal, lo que conduce a una interpretación restrictiva cuando el ilícito penal no se diferencie del administrativo, por ello el Código no admite la comisión imprudente de estos delitos salvo el discutible caso del art. 316 en relación al 317 relativo a la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales, supuesto en el que se admite la comisión imprudente de un delito de peligró».

2. EL DELITO DE IMPOSICIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO ILEGALES

a) *El bien jurídico protegido*

Si algo caracteriza al Derecho penal del trabajo, tal y como ha señalado la doctrina¹¹, es que, tras la introducción por parte del legislador penal en el vigente CP de un título XV, específico para los delitos contra los

10 Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de septiembre y de 5 de abril.

11 Vid. BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, V., *Derecho penal...*, cit., págs. 50-51.

trabajadores¹², a través del mismo se quiere tutelar un bien jurídico de naturaleza colectiva y no individual¹³. En concreto, se entiende que en estos casos se protege los derechos mínimos de los trabajadores en conjunto, como miembro de una colectividad social, y que se derivan de la relación laboral¹⁴. Se trata de proteger la indemnidad de la relación laboral frente a su posible vulneración por parte del empresario¹⁵. Se puede afirmar que nos encontramos ante un bien jurídico espiritualizado o institucionalizado, de índole colectiva, pero que puede ser reconducible a bienes jurídicos individualizados¹⁶, como son los derechos laborales de cada trabajador en concreto.

Entrando ya dentro del artículo 311 del CP, y tras lo expuesto hasta ahora, el bien jurídico protegido es de naturaleza colectiva, dado que el objetivo buscado por el legislador penal a través de este tipo penal es proteger no a un trabajador en concreto, sino a la totalidad de los trabajadores, protegiéndose aquellos derechos que son reconocidos en la normativa social y laboral, y que constituyen condiciones mínimas que son irrenunciables y exigibles en toda relación laboral¹⁷. El núcleo esencial de estos derechos, se recoge en el artículo 35 de la Constitución, de manera que configura el trabajo tanto como un derecho como un deber de todos los españoles, añadiéndose a ello el derecho a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. Además, también merecen ser considerados como esenciales para el ámbito laboral, los derechos que se recogen los artículos 15 —derecho a la vida e integridad física y moral—, 28 —derecho a la huelga—, 37 —derecho a la negociación colectiva laboral— sin olvidar el artículo 40 mencionado anteriormente. Todos estos derechos, serán desarrollados posteriormente en la normativa laboral, fundamentalmente en el TRET, el cual será complementado con el importante papel que cumple el Convenio Colectivo.

b) Sujeto activo

El delito que puede ser cometido únicamente por parte de un empresario, en concreto, aquellas personas que tienen la capacidad en la empresa para poder contratar, puesto que, tal y como se dirá más adelante, la conducta típica, en cualquiera de las dos modalidades previstas en el artículo 311 del CP, consiste en la imposición de condiciones al trabajador que pueden considerarse como abusivas, al restringir o suprimir derechos mínimos del trabajador, o incumplir una serie de obligaciones legales que están estrechamente ligadas a la relación laboral.

De este modo, nos encontramos con un delito especial que únicamente podrá cometer aquella persona que sea considerada como empresaria. Esto nos obliga necesariamente a acudir a lo dispuesto en el artículo 1.2 del TRET, que recoge el concepto de empresario, entendiendo por tal

«todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas».

No obstante lo expuesto hasta ahora, y atendiendo a la especialidad que presenta el ámbito empresarial, sobre todo el reparto de tareas o funciones relacionadas con la gestión de los recursos humanos de la empresa —ámbito fundamentalmente afectado por este delito—, ha de precisarse que, aún a pesar de que el artículo 311 del CP es un delito especial, esto no excluye la posibilidad de imponer responsabilidad penal a otras personas que están subordinadas al empresario, y cuyas funciones guardan relación con el control o gestión de las condiciones laborales de los trabajadores, o bien su contratación. En estos casos, si bien no van a ser considerados formalmente empresarios, dado que están subordinados al mismo y ejercen su labor para él, a efectos penales el concepto que se maneja de empre-

12 Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C. Y SALTA PAISAL, M., "Título XV", en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 10ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pág. 1155.

13 En contra de esta opinión, entendiendo que se trata de un bien jurídico de naturaleza individual, ORTUBAY FUENTES, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000, págs. 146-154.

14 Vid. NAVARRO CARDOSO, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, pág.26 y MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El Delito de Imposición de Condiciones Ilegales de Trabajo del Art. 311 del Código Penal en el Marco del Derecho Penal del Trabajo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág.33.

15 Tal y como ha expuesto el Tribunal Supremo en las sentencias de 30 de junio de 2000, 22 de noviembre de 2004, 24 de febrero de 2005, 10 de marzo de 2005.

16 Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 6ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2019, pág. 842. Reconociendo este carácter del bien jurídico, pero admitiendo que esta categorización del bien jurídico admite problemas, NAVARRO CARDOSO, F., *Los delitos...*, cit., págs. 24-25.

17 Vid. NAVARRO CARDOSO, F., *Los delitos...*, cit., pág. 49 y DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Los delitos contra...*, cit., pág. 201.

sario es un concepto material¹⁸, el cual tiene en cuenta no tanto la posición jerárquica que ostenta la persona, sino las funciones y tareas que desarrolla.

El artículo 318 del CP contempla una cláusula extensiva de responsabilidad penal a varias personas físicas, cuando la persona responsable del delito es un empresario persona jurídica. A tenor de este artículo

«Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello».

Una cláusula considerada superflua e innecesaria por parte de la doctrina, que considera que el artículo 31 del CP ya recoge, aunque con carácter general para todo tipo de delitos, la responsabilidad que se establece en el artículo 318¹⁹. No obstante, ambos artículos, si bien tienen un objetivo común, como es la extensión de los sujetos que pueden ser responsables, en el caso del artículo 318 del CP la extensión se hace a un mayor número de sujetos, toda vez que incorpora dentro del elenco de personas responsables a los encargados del servicio, los cuales no están contemplados en el artículo 31 del CP, lo cual sirve para clarificar y ayuda a precisar el círculo de personas que pueden ser responsables²⁰.

Finalmente, se ha de hacer alusión a los supuestos en los cuales la contratación del trabajador tiene lugar a través de una empresa de trabajo temporal. En estos casos, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 6.1, 12.1, 15 y 16 de Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, que hace recaer el cumplimiento de la normativa laboral y las condiciones de trabajo en la empresa que recibe al trabajador, aunque el contrato se formalice en estos casos entre la empresa de trabajo temporal y el propio trabajador, tal y como se recoge en los artículos 6.1 y 10.1. De este modo, la empresa de trabajo temporal podrá ser sujeto activo de este delito, si bien habrá que analizar

el grado de responsabilidad de la misma teniendo en cuenta que existirá una corresponsabilidad junto con la empresa para la cual contrata a los trabajadores. Aún a pesar de lo expuesto, hemos de señalar que el ámbito más propio de criminalidad de las empresas de trabajo temporal, atendiendo a sus características, es el relativo con el artículo 312 del CP, que prevé el delito de tráfico ilegal de mano de obra.

c) *Sujeto pasivo*

Teniendo en cuenta, tal y como ha quedado expuesto anteriormente, que nos encontramos ante un bien jurídico de naturaleza colectiva, como son los derechos de los trabajadores como colectivo, hemos de considerar que éstos serán el sujeto pasivo del delito²¹. La víctima del delito es el trabajador en sentido estricto, entendiéndose por tal, en los términos previstos en el artículo 1.1 del TRET, a aquellas personas que «voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario». En estos casos, y así lo ha contemplado la jurisprudencia, también se extiende a aquella persona que quiere acceder al mercado laboral, y que aún no tienen una relación laboral con el empresario²².

No obstante lo expuesto hasta ahora, ha de advertirse que a raíz de la reforma llevada a cabo en el año 2022²³, se ha aumentado el colectivo de personas que pueden resultar víctimas del delito, de modo que en estos casos se quiere proteger también a los “falsos autónomos”, es decir, las personas que a través de un contrato de servicios no laboral, realmente son considerados como verdaderos trabajadores de un empresario, dado que en la práctica están sujetos al mismo, en la medida en que se observa que el verdadero poder de decisión a la hora, por ejemplo, de adoptar medidas sobre la organización del trabajo (Es un único empresario al que presta sus servicios), o bien se analizan los ingresos de la persona, de modo que el salario lo establece la propia empresa²⁴, reside en un empresario que quiere abusar de esta po-

18 Al respecto, véase MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El Delito de Imposición...* cit., pág. 57 y NAVARRO CARDOSO, F., *Los delitos...* cit., págs. 34-35.

19 Vid. BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, V., *Derecho penal...* cit., pág. 70 y NAVARRO CARDOSO, F., *Los delitos...* cit., pág. 43.

20 En contra, al considerarla una cláusula que cumple unas funciones específicas en el ámbito laboral MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El Delito de Imposición...* cit., págs. 53-55 y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal...* cit., págs. 934-936.

21 Vid. NAVARRO CARDOSO, F., *Los delitos...* cit., págs. 45.

22 Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2003 y de 30 de mayo de 2003.

23 En concreto a través del punto nuevo del artículo primero de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso.

24 Ampliamente sobre estos aspectos, véase por todos, ÁLVAREZ ALONSO, D. y MARTÍNEZ MORENO, C., “Trabajo y plataformas digitales primera sentencia del Tribunal Supremo a propósito de un repartidor de Glovo”, *TyD*, nº 72, 2020 y ÁLVAREZ ALONSO, D., CEINOS SUÁREZ, A., MARTÍNEZ MORENO, C. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “Trabajo decente, nuevas formas de trabajo y precariedad”, en ALONSO IBAÑEZ, M^a. R. (Dir.) y VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B., (Coord.), *Las relaciones entre el derecho y los objetivos de desarrollo sostenible (ODS)*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2022, págs. 441-469.

sición de superioridad, llevando a cabo las conductas descritas en el artículo 311 del CP. Ya que faltaba la relación laboral, o esa expectativa de acceso a la misma, en estas relaciones que estamos comentando no era posible exigir responsabilidad penal al empresario por estos comportamientos abusivos que describe el artículo 311 del CP²⁵.

En cuanto a las personas extranjeras, se ha admitido que puedan ser sujeto pasivo del delito, con independencia de su situación regular o no en España, tal y como certeramente ha señalado el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 marzo de 2004, que señala que

«Por tanto, cuando un particular, de forma consciente y voluntaria contrata a un inmigrante ilegal, no por ello, puede imponerle condiciones claramente atentatorias contra la dignidad humana. La tesis de la sentencia de estimar sólo sujeto pasivo del delito del art. 499 bis 1º al trabajador legal y no al inmigrante clandestino llevaría a una concepción del sistema de justicia penal como multiplicador de la desigualdad social porque como ya se ha dicho el empleador podría imponer a los trabajadores ilegales las condiciones laborales más discriminatorias sin riesgo alguno de infracción legal, a pesar de poder quedar severamente comprometidos valores inherentes a la persona que, como la dignidad art. 10 de la Constitución, no conocen fronteras».

d) Elemento subjetivo

Nos encontramos ante un delito doloso²⁶. Este delito admite dos modalidades de comisión, ya que por un lado estaría la imposición de condiciones de trabajo por parte del empresario, y por otro lado el incumplimiento del mismo de sus obligaciones con la Seguridad Social. De todos modos, ambas modalidades tienen como nexo común que el empresario se aprovecha de la situación

en la que se encuentra el trabajador, sobre todo en aquellos supuestos en los que el trabajador se encuentra en una situación de vulnerabilidad y precisa del trabajo, de manera que se encuentra en una situación de necesidad de la cual se aprovechará el empleador, tal y como hemos comentado. Es por ello, por lo que se observa la necesidad de un elemento subjetivo del tipo consistente en querer actuar abusando de la situación en la que se encuentra el trabajador, o bien quererle engañar.

Aún a pesar de tratarse de un delito doloso, no admite la posibilidad de existencia de un dolo eventual en el sujeto activo. El autor necesariamente ha de actuar con una intención directa de imponer sus condiciones de trabajo mediante abuso o engaño, o no querer cumplir sus obligaciones en materia de permisos y de seguridad social²⁷.

e) La conducta típica: Imposición de condiciones laborales o de seguridad social que lesionan derechos de los trabajadores

El primer elemento objetivo del tipo, es que el empresario proceda a imponer de manera unilateral, las condiciones laborales. Se exige un comportamiento activo, consistente en *imponer* contra la voluntad, o sin ella, del trabajador o trabajadores²⁸, una condición laboral que sea lesiva para el mismo o los mismos, toda vez que le suprime o restringe sus derechos laborales más básicos y esenciales. Nótese que en la imposición hace referencia al resultado de conducta que lleva a cabo la acción de querer que el trabajador o trabajadores asuman la condición laboral que restringe o elimina sus derechos²⁹.

Esta condición ha de ser contraria a las disposiciones legales, un término que abarca todo tipo de normas laborales, entre las que se encuentran no solo el TRET

25 Es expresiva al respecto la exposición de motivos de la Ley Orgánica 14/2022: «La incorporación de las nuevas tecnologías a la organización del mercado de trabajo ha propiciado una forma de elusión de responsabilidades empresariales mediante el camuflaje jurídico del trabajo por cuenta ajena bajo otras fórmulas que niegan a las personas trabajadoras los derechos individuales y colectivos que a tal condición reconoce, con carácter de indisponibles e irrenunciables, la legislación laboral, con respaldo expreso de la Constitución y de los tratados internacionales que vinculan a nuestro país [...] Por un lado, el nuevo precepto pretende cubrir una laguna de punibilidad sobre hechos vinculados, en general pero no exclusivamente, a nuevas tecnologías que, a partir del uso de sistemas automatizados, permiten el incumplimiento masivo de la correcta utilización del contrato de trabajo; conductas que no pudieron ser previstas por el legislador de 1995 pero que no puede desconocer el de 2022. Por otro lado, pretende garantizar la efectividad del ordenamiento jurídico laboral y de su sistema de control administrativo ante incumplimientos del mismo en detrimento de los derechos, individuales y colectivos, de las personas trabajadoras». De este modo, se aprecia a su vez que el objetivo del legislador penal es seguir con la senda marcada por la reforma de la legislación laboral llevada a cabo a través de la denominada «Ley Rider», es decir, la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales.

26 En el seno de los delitos contra los trabajadores, únicamente está prevista la modalidad imprudente para el tipo penal del artículo 316, el delito contra la seguridad e higiene en el trabajo, tal y como prevé el artículo 317 del CP.

27 Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El Delito de Imposición...* cit., págs. 109-110.

28 Vid. BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, V., *Derecho penal...* cit., pág. 70 y NAVARRO CARDOSO, F., *Los delitos...* cit., págs. 72-73 y NAVARRO CARDOSO, F., *Los delitos...* cit., págs. 50-51.

29 Vid. MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El Delito de Imposición...* cit., pág. 105.

—entendiendo el mismo como norma básica reguladora de las relaciones laborales—, sino también otras leyes o normas con rango de ley, al igual que normativa administrativa de rango reglamentario que reconozcan derechos mínimos a los trabajadores³⁰. Todo ello, sin olvidar la importancia que también tiene en este punto, la normativa internacional, fundamentalmente los Convenios de la Organización Internacional de Trabajo y la normativa europea en materia social, al igual que también aquellos derechos que son recogidos en el Convenio Colectivo aplicable a su actividad, lo cual es coherente con lo dispuesto en el artículo 3 y 82 del TRET.

El artículo 311 del CP prevé dentro de los elementos objetivos del tipo, la imposición a los trabajadores de condiciones que lesionen el contrato individual. En este caso, se produce la lesión no de una norma general, como sucedía en los casos anteriores, sino del contrato de trabajo, que tiene una eficacia más limitada, en la medida en que regula la concreta relación entre el trabajador y el empresario, y no se da esa nota de generalidad que presentan las demás fuentes que hemos expuesto. Es por ello, que, a consecuencia de este reconocimiento del contrato individual del trabajo, se puede llegar a la conclusión de que, cualquier condición laboral que se quebrante por parte del empresario, siempre que utilice los medios de comisión que hemos de ver, entrará dentro de la conducta típica descrita en el artículo 311 del CP³¹, poniéndose en duda el principio de intervención mínima del Derecho penal.

El delito se entenderá consumado en el momento en el cual se impongan estas condiciones, sin perjuicio de que también puedan darse supuestos de tentativa.

f) *Los medios de comisión del delito: el engaño o el abuso de la situación de necesidad*

Para que un empresario pueda ser condenado por un delito de imposición de condiciones laborales, o de explotación laboral, no es suficiente el hecho de imponer la citada condición, sino que ha de hacerlo engañando al trabajador, o bien abusando de la situación de necesidad en la que se encuentra la víctima.

La exigencia de estos elementos a la hora de cometer la conducta delictiva, y la necesaria presencia de los mismos para poder imputar responsabilidad penal al empresario por ello, es lo que hace diferenciar el tipo penal del artículo 311.1 del CP de las infracciones administrativas previstas en los artículos 5 y 12 del TRLISOS³².

En cuanto al engaño, consiste en aquella situación en la cual el empleador, de manera consciente y voluntaria, consigue que el trabajador incurra un error que le hace aceptar las condiciones laborales que le son impuestas³³. Esto implica que el consentimiento del trabajador está viciado, lo ha emitido a unas condiciones laborales que no son o deberían ser las que deberían aplicarse, al haber habido una conducta previa del empresario consistente en engañar de manera consciente al trabajador, para que así acepte sus condiciones laborales, que serán aceptadas mediando error en el consentimiento del trabajador³⁴. Pero no es válido cualquier tipo de engaño. Para que éste opere, el mismo ha de ser idóneo, de tal manera que, si se adopta una posición *ex ante* al resultado, y tomando en cuenta las circunstancias de la situación, sería capaz de eliminar la negativa del trabajador a aceptar las condiciones laborales³⁵.

Con respecto al abuso de la situación de necesidad del trabajador, ha de partirse del hecho de que la propia naturaleza de la relación laboral le coloca en esta situación. En estos casos el desvalor de la conducta recae en el hecho de que el empresario se vale de esta situación y la quiere utilizar para conseguir su fin, dándose por tanto un prevalimiento por su parte³⁶. Aquí no hay una situación de error en la aceptación por parte del trabajador de las condiciones, sino que la misma viene motivada por la necesidad de conservar —o acceder— el puesto de trabajo, que dada su situación es necesario.

De este modo, se dará un abuso de esta situación de necesidad, en aquellos casos en los cuales el empresario se aprovecha para imponer sus condiciones laborales, prevaleciéndose por tanto de la concreta situación en la que se encuentra el trabajador, de especial vulnerabilidad, y que se deriva tanto de la situación personal

30 Véase al respecto, ORTUBAY FUENTES, M., *Tutela penal...*, cit., págs. 430-446.

31 Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., "Los delitos...", cit., pág. 39.

32 Vid. PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., "Delitos contra los derechos de los trabajadores (I)", en GÓMEZ PAVÓN, P., ARMENDÁRIZ LEÓN C., PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M. y BUSTOS RUBIO, M., *Delitos de defraudación a la Seguridad Social y delitos contra los derechos de los trabajadores*, Bosch, Barcelona, 2015, pág. 235.

33 Vid. MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El Delito de Imposición...* cit., págs. 76-77.

34 De este modo, se equiparará al dolo civil, previsto en el artículo 1269 del Código Civil, conforme al cual «Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho».

35 Cfr. ORTUBAY FUENTES, M., *Tutela penal...*, cit., pág. 342.

36 Sobre el mismo, vid. ORTUBAY FUENTES, M., *Tutela penal...*, cit., págs. 359-362.

del mismo como del sector laboral en el que desempeña su trabajo³⁷.

Llegados a este punto, cabe plantearse la posible eficacia que pueda tener en este caso el consentimiento del trabajador a las condiciones laborales que quiere imponer el empresario. En aquellos casos en los que medie engaño el consentimiento está viciado y por tanto es nulo, de manera que no cabe plantearse la aceptación del mismo, salvo que, posteriormente, una vez que se hubiera salido de este error, se convalidase el consentimiento *a posteriori*. En cambio, en el segundo supuesto, cuando el empresario trata de prevalerse de su posición para imponer las condiciones laborales, aquí sí que sería posible dudar sobre la eficacia del consentimiento del trabajador. Existen autores para los cuales, el consentimiento libre del trabajador conlleva que la conducta no sea típica, al no alcanzar el desvalor de la acción que exige el artículo 311.1 del CP, de manera que quedaría relegada para una eventual infracción administrativa al amparo del TRLISOS³⁸. No compartimos esta afirmación. Si bien es cierto que en estos casos se produce una lesión menor del bien jurídico, ha de precisarse que los propios términos del artículo 311.1 del CP, que protege a los trabajadores frente a posibles abusos o limitaciones de sus derechos laborales más básicos, implica la irrelevancia del consentimiento, toda vez que recae sobre unos derechos que son indisponibles. Una indisponibilidad, que se recoge de manera expresa en el artículo 3.5 del TRET, conforme al cual

«Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo».

Idéntica indisponibilidad se recoge a su vez en el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (En adelante, TRLGS), para los derechos en materia de Seguridad Social³⁹. Además, teniendo en cuenta la propia configuración del tipo penal, en estos casos no existirá un

verdadero consentimiento libre del trabajador. Existe una voluntad viciada, dada la posición en la que se encuentra, que no le dejará otra opción que aceptar las condiciones impuestas por el empresario⁴⁰.

Junto con la anterior, el artículo 311.4 del CP prevé un tipo cualificado para aquellos casos en los que el empresario ha llevado a cabo la imposición de la condición laboral, utilizando para *violencia o intimidación*. En estos casos, la pena que le corresponderá será superior en grado a la prevista para el tipo básico del apartado 1 del mismo artículo, en la medida en que los medios empleados conllevan un mayor reproche penal de la conducta. Ahora bien, para aplicar este precepto, la violencia o intimidación que emplea el empresario, ha de tener una cierta entidad, en concreto similar a la prevista en el artículo 172.3 del CP para las coacciones leves⁴¹. Todo ello, sin olvidar que la violencia o intimidación no ha de ser subsumible en un delito de amenazas o coacciones, toda vez que, en este último caso, se daría un concurso de delitos entre éstas y el previsto en el artículo 311.1 del CP.

g) *La especialidad del nuevo apartado segundo del artículo 311 del CP*

Señalábamos anteriormente que en el año 2022 se ha modificado el texto del artículo 311 del CP mediante la adición de una conducta que anteriormente no se encontraba sancionada penalmente. De este modo, el nuevo apartado 2º de este artículo 311 viene a castigar a:

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

En este caso, resulta necesario acudir a su vez a la normativa administrativa, en concreto el artículo 22 del TRLISOS, que en su apartado 16º viene a sancionar gravemente el empleo de este tipo de trabajadores⁴², pero, sobre todo, la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (En adelante, LETA). En concreto, resulta relevante su artículo 1.1, que recoge el concepto legal de trabajador autónomo⁴³, y el

37 Vid. MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El Delito de Imposición...* cit., pág. 80 y NAVARRO CARDOSO, F., *Los delitos...*, cit., págs. 53-54.

38 Vid. MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El Delito de Imposición...* cit., págs. 81-82 y ORTUBAY FUENTES, M., *Tutela penal...*, cit., págs. 405-407.

39 En concreto, este artículo precisa que «Será nulo todo pacto, individual o colectivo, por el cual el trabajador renuncie a los derechos que le confiere la presente ley».

40 Vid. NAVARRO CARDOSO, F., *Los delitos...*, cit., pág. 61.

41 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico...*, cit., pág. 862.

42 En concreto, sanciona como infracción grave: «comunicar la baja en un régimen de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena pese a que continúen la misma actividad laboral o mantengan idéntica prestación de servicios, sirviéndose de un alta indebida en un régimen de trabajadores por cuenta propia. A estos efectos se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectados».

43 Entendiéndose por tal «personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por

artículo 11.1, que viene a definir lo que se denomina como “trabajador autónomo económicamente dependiente”, y que o sería considerado como autónomo, y por tanto no entraría en el ámbito de protección del artículo 311.2º del CP. Así, se trataría de «aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales», teniendo en cuenta que se han de dar las condiciones previstas en el apartado segundo de este mismo artículo, a saber⁴⁴:

- No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes.
- No ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente.
- Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente.
- Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente.

Pues bien, si una persona no entra dentro de estas categorías que hemos señalado, ni tampoco tiene vinculación laboral directa con un empresario que quiere aprovecharse de la vulnerabilidad de este “falso autónomo”, y lo hace llevando a cabo cualquiera de las conductas que hemos visto anteriormente, y que se recogen en el apartado 1º de este artículo 311 del CP, podrá incurrir en responsabilidad penal por ello. Ahora bien, también incluye una segunda modalidad, consistente en el mantenimiento de las condiciones laborales, una vez que ha sido requerido, o que ha sido sancionado el empresario por ello. Es decir, si una vez que se ha sancionado por haber acudido al empleo de “falsos autónomos”, si no cesa en su conducta y sigue acudiendo a esta modalidad

de prestación de servicio, entraría en juego el artículo 311.2º del CP, al igual que en los supuestos en los que ha sido advertido, por haber actuado la inspección de trabajo, de que estaba recurriendo a esta figura, y se le requería para que cesará en ello⁴⁵. De este modo, nos encontramos nuevamente con un delito doloso, que precisa la necesidad del empresario de querer aprovecharse de la situación del trabajador, o bien de no querer regularizar su situación laboral a través de su consideración como trabajador por cuenta ajena y pasar a ser considerado como un trabajador más del empresario y no un falso autónomo.

h) Penología

En cuanto a la pena prevista para el tipo básico de delito de imposición de condiciones laborales, conforme a lo dispuesto en el artículo 311 del CP, se contempla una pena de penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses. Esta pena se verá agravada en aquellos casos en los que en la conducta del sujeto activo se da violencia o intimidación, tal y como hemos visto, de manera que se impondrá la pena superior en grado, tal y como recoge el artículo 311.4 del CP, de manera que será una pena de prisión seis meses a seis años de prisión y multa de seis a doce meses.

3. EL MANTENIMIENTO DE LAS CONDICIONES ILEGALES DE TRABAJO

El CP no se preocupa únicamente de aquellos casos en los que se imponen condiciones de trabajo ilegales a los trabajadores, que suprimen o restringen sus derechos laborales más esenciales. Consciente de la realidad empresarial, incorpora en el apartado tercero de este artículo 311, la responsabilidad penal de

«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».

Nos encontramos con un subtipo autónomo, el delito de mantenimiento de las condiciones ilegales de trabajo que previamente otra empresa ha impuesto a sus trabajadores, pero que el nuevo empresario quiere mantener tras haber adquirido la anterior empresa —para lo

cuenta ajena».

⁴⁴ Ampliamente, véase por todas, la sentencia de la sala de lo Social del Tribunal Supremo 805/2020, de 25 de septiembre.

⁴⁵ Ayuda a entender la finalidad del legislador penal el apartado V de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 14/2022, anteriormente citada: «el sistema penal no puede eludir sus obligaciones en materia de protección de estos derechos, colectivos e irrenunciables, frente a los ataques más graves y por ello se propone la introducción de un nuevo numeral 2.º en el artículo 311. Se trata de un tipo especial, que acota el ámbito de la autoría a aquellos que violan los derechos de las personas trabajadoras; de resultado lesivo, eludiendo así el expansionismo punitivo y de medios tasados, que acota el *modus operandi* a la utilización espuria de un contrato o a la desatención del llamamiento a adecuarse a la legalidad que se le ha hecho mediante requerimiento o sanción al infractor o infractora».

cual ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 44 del TRET. Una modalidad que ha sido considerada como omisiva⁴⁶, en la medida en que, en estos casos, el nuevo empresario omite el modificar las condiciones laborales de los trabajadores, manteniéndolos de este modo en una situación en la que sus derechos siguen siendo vulnerados, y por tanto con unas condiciones laborales ilegales.

4. LA OCUPACIÓN SIMULTÁNEA DE PLURALIDAD DE TRABAJADORES SIN ALTA EN LA SEGURIDAD SOCIAL O SIN AUTORIZACIÓN DE TRABAJO

El apartado tercero del artículo 311 del CP acoge otra modalidad delictiva que puede darse con frecuencia en el ámbito laboral, y que supone una lesión de derechos de los trabajadores que, si bien puede ser considerada como menor, en comparación con el apartado primero, también reviste importancia. Se trata de castigar con la pena prevista en el apartado cuarto de este artículo 311 del CP, a aquellas personas que den ocupación simultáneamente 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».

Este apartado tercero del artículo 311 del CP se introdujo a raíz de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, con el objeto y la finalidad de castigar a aquella persona que recurre a contratación de trabajadores sin haber formalizado su incorporación al Sistema de la Seguridad Social que les corresponda, o bien sin haber obtenido la preceptiva autorización que se hace necesaria para trabajar. En estos casos, los términos del artículo 311.1 del CP dificultaban el reproche penal de esta conducta, y por tanto se introdujo esta nueva modalidad delictiva⁴⁷.

Consciente de la importancia que tiene los principios de lesividad y de intervención mínima en este campo⁴⁸, únicamente considera como delito las anteriores conductas, siempre que el número de trabajadores afectados sea al menos de:

- Veinticinco por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cien trabajadores.
- Cincuenta por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de diez trabajadores y no más de cien.
- La totalidad de los mismos, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cinco y no más de diez trabajadores.

Quedarían por debajo aquellas empresas o centros de trabajo que ocupen a un máximo de cinco personas, en cuyo caso el incumplimiento de estos deberes que hemos mencionado traería aparejada una sanción administrativa conforme a lo dispuesto en el capítulo tercero del TRLISOS.

Tal y como hemos señalado anteriormente, en el presente caso se observa que nos encontramos ante una modalidad delictiva que engloba dos posibles formas de comisión. Por un lado, estará el incumplimiento del deber de dar de alta a los trabajadores en el régimen de Seguridad Social que les corresponda conforme a la normativa vigente, o bien incumplir el obtener la respectiva autorización de trabajo que corresponda para poder contratar al trabajador. En el primer supuesto, se trata de proteger el derecho que tiene todo trabajador, a acceder a las distintas prestaciones de seguridad social a las que puede acceder a través de su empleo, de manera que con ello se garantiza el derecho de los españoles a la Seguridad Social, establecido en el artículo 41 de la Constitución⁴⁹. Por parte del empresario, en este caso se castiga el incumplimiento del deber que tiene de afiliar a sus trabajadores al régimen de Seguridad Social que les corresponda en función de la actividad que desempeñen, y que se establece en el artículo 16.1 del TRLGS. Tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de febrero de 2017 y en su Auto 332/2019, de 7 de febrero, en estos casos se va a sancionar a quienes recurren, de forma masiva o

46 Vid. MUÑOZ SÁNCHEZ, J. (2008), págs. 92-93.

47 Como señala el apartado V de la exposición de motivos de esta Ley Orgánica 7/2012, en estos casos: «Los perjuicios ocasionados por estas conductas son evidentes. Por un lado, la negación de los derechos que en materia de Seguridad Social puedan corresponder a los trabajadores por el periodo en el que prestan sus servicios de forma irregular. Por otro, los perniciosos efectos que presenta para las relaciones económicas y empresariales el hecho de que haya quienes producen bienes y servicios a unos costes laborales muy inferiores a los que han de soportar aquellos otros que lo hacen cumpliendo con sus obligaciones legales en la materia, lo que distorsiona la competitividad y desincentiva la iniciativa empresarial».

48 Dicho en los términos del apartado V de la exposición de motivos de esta Ley Orgánica 7/2012 «Si la conducta es grave en todo caso, y por ello ya se condena como tal en el ámbito administrativo, la sanción penal se hace depender de un determinado número de trabajadores ocupados y afectados, en consonancia con la limitación del reproche punitivo a los comportamientos más graves».

49 Conforme al cual: «Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres».

colectiva, a la utilización de trabajadores sin haber formalizado su incorporación al sistema de la Seguridad Social correspondiente, teniendo en cuenta que la misma es obligatoria, en las condiciones establecidas legal y reglamentariamente, independientemente del número de trabajadores y horas de prestación en el mes anterior al momento del cómputo.

Es por ello, por lo que el tipo penal tiene elemento objetivo de apreciación automática, cuál es la necesidad de que, un número de trabajadores determinados, no estén dados de alta en la seguridad social. Será suficiente el acreditar el hecho de que, un número determinado de trabajadores no estaban, de manera simultánea, en esta situación de alta en su respectivo régimen de seguridad social, para que se den los elementos del tipo penal y por tanto se podrá imponer la pena que luego veremos al empresario⁵⁰.

En cuanto a los elementos subjetivos, ha de precisarse que es un delito doloso, en cualquiera de sus modalidades, bien directo o bien eventual, consistente en querer evitar el cumplimiento de las obligaciones que se tienen con la seguridad social por parte de los empresarios, tal y como ha señalado la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 29 de mayo de 2014.

Esta conducta que hemos expuesto hasta ahora, no solo se marca el objetivo de proteger el derecho de los trabajadores a la protección social que hemos visto, sino que, además, y no por ello menos importante, se protege igualmente la libre competencia entre empresas. Aquel empresario que omite dar de alta a sus trabajadores, y con ello no, no hace frente a los costes económicos que esto supone, se está colocando en una posición de ventaja frente a sus competidores. Podrá ofertar su producto o servicio a un precio inferior al que le costaría, y obtendría de este modo unas ganancias adicionales ilícitas, consistentes en el importe de las cuotas que no ha abonado a consecuencia de no haber realizado el alta de sus trabajadores. Se obser-

va de este modo cómo, el bien jurídico protegido a través de esta conducta ilícita del artículo 311.3º del CP, protege también la libre competencia⁵¹, de manera que se eviten prácticas lesivas a las mismas como el *dumping*.

El segundo supuesto, emplear a trabajadores sin haber recabado la respectiva autorización laboral, tiene como objetivo la garantía del cumplimiento de un trámite administrativo cuyo objetivo no es otro más que velar por determinados trabajadores, que dada su condición o situación pueden ser objeto de contrataciones fraudulentas o bien someterlos a trabajos que comprometerían su salud o situación. En estos casos, hemos de acudir a la normativa administrativa reguladora de la actividad laboral en cuestión, para completar el tipo penal, si bien, la mayoría de las ocasiones hará referencia a la autorización de trabajo exigida a los trabajadores extranjeros para que puedan desarrollar de manera legal su trabajo. Autorización recogida en el artículo 36.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (En adelante, LOE), y que se exige para todos los extranjeros mayores de dieciséis años que quieran ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional. Es por ello, y teniendo en cuenta lo expuesto hasta ahora, por lo que se ha dicho que, en este caso, el bien jurídico que se protege no serán los derechos de los propios trabajadores, sino más bien el control de la inmigración en España⁵². Esto es coherente con el hecho de que, esta conducta delictiva, trae además su causa en la necesidad de transponer en España la Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular. El artículo 3.1 de esta Directiva contempla la prohibición del empleo ilegal, entendiéndose por tal el emplear a nacionales de terceros países en situación irregular. En estos casos se

50 Es bastante esclarecedor al respecto el fundamento de derecho quinto de la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 77/2017, de 16 de febrero: «Los hechos probados constituyen un delito contra los derechos de los trabajadores tipificado en el art 311.2.b) del Código Penal, del que es criminalmente responsable en concepto de autor, conforme a los artículos 27 y 28.1 del Código Penal, el acusado Avelino, por haber tomado parte directa y voluntaria en su ejecución, autoría que ha quedado plenamente acreditada con las declaraciones de los testigos y documental aportada, cumpliéndose todos y cada uno de los elementos que tipifican esta figura delictiva pues dio empleo a una pluralidad de trabajadores, de forma simultánea, sin darlos de alta en el régimen general de la Seguridad Social, tratándose de una empresa que ocupaba a más de diez y menos de cien trabajadores, superando los trabajadores afectados el 50% de la plantilla».

51 Véase DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho Penal del Trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2020, pág. 191 y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico...*, cit., pág. 858. En el ámbito jurisprudencial, es significativa la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2015, que considera que estas conductas afectan no solo a los trabajadores, sino también a «las relaciones económicas y empresariales viciadas por unos costes laborales reducidos fraudulentamente».

52 Vid. BENÍTEZ ORTUZA, I., «A propósito de los nuevos artículos 311.2 CP y 311 bis CP. ¿Delitos contra los derechos de los trabajadores?», en DE LA CUESTA AGUADO, P. M., RUIZ RODRÍGUEZ L. R., ACALE SÁNCHEZ, M., HAVA GARCÍA, E., RODRÍGUEZ MESA, M. J., GONZÁLEZ AGUDELO G., MEINI MÉNDEZ I., y RÍOS CORBACHO, J. M. (Coords.), *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos e Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M^a. Terradillos Basoco*, Tirant lo blanch, Valencia, 2018, págs. 1044-1045.

recoge la necesidad de que los distintos Estados miembros de la Unión Europea acojan en su legislación interna sanciones penales por esta conducta, tal y como se establece en los artículos 3.2 y 9 de la Directiva⁵³. Una norma que disipa las posibles dudas que podrían generarse por la posible comisión de esta conducta delictiva por las empresas de trabajo temporal, toda vez que en su artículo 2.e), se refiere al empleador como aquella persona física o entidad jurídica, *incluidas las agencias de trabajo temporal*, para la cual o bajo cuya dirección o supervisión se ejerza el empleo por parte del trabajador.

5. EL EMPLEO DE CIUDADANOS EXTRANJEROS O MENORES SIN PERMISO DE TRABAJO

Junto con esta modalidad delictiva recogida en el artículo 311.3º del CP, tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se introduce en la norma penal un nuevo artículo 311 *bis*, el cual contempla una situación similar a la recogida en el apartado segundo

del artículo 311 del CP, al sancionar al empresario que incumple el deber de solicitar la autorización administrativa, el supuesto de utilización de menores de edad o de extranjeros, los cuales carezcan de la respectiva autorización de trabajo. Conducta que a su vez aparece contemplada en el ámbito administrativo en los artículos 37.1 del TRLISOS y 54.1.d) de la LOE, lo que ha supuesto el calificar a este precepto del CP que comentamos como redundante y no necesario⁵⁴.

El bien jurídico protegido en estos casos, sigue siendo la protección de los derechos de los trabajadores, aunque en este caso de los trabajadores extranjeros⁵⁵, si bien, a ello ha de unirse también la protección que se quiere brindar a la política de control de los flujos migratorios, y por tanto la lucha contra la inmigración irregular, aunque en este caso la intervención del Derecho penal no debería haberse previsto, toda vez que no se trata de un bien jurídico que merezca esta protección, sino que sería suficiente con la intervención a través de infracciones y sanciones administrativas⁵⁶. A todo ello, también se le une, como objeto de protección, la competencia empresarial, toda vez que en estos

53 En concreto, este artículo establece lo siguiente:

«1. Los Estados miembros velarán por que la infracción de la prohibición establecida en el artículo 3, si es intencionada, constituya un delito en cada una de las circunstancias siguientes, definidas en el Derecho nacional:

a) la infracción continúa o es reiterada de modo persistente;
 b) la infracción se refiere al empleo simultáneo de un número importante de nacionales de un tercer país en situación irregular;
 c) la infracción se acompaña de unas condiciones laborales particularmente abusivas;
 d) el autor de la infracción es un empleador que, sin haber sido acusado o condenado por un delito establecido en virtud de la Decisión marco 2002/629/JAI, hace uso del trabajo o los servicios de un nacional de un tercer país en situación irregular, sabiendo que esa persona es víctima de la trata de seres humanos;
 e) la infracción se refiere al empleo ilegal de un menor.

2. Los Estados miembros se asegurarán de que la complicidad en los actos dolosos a los que se hace referencia en el apartado 1 y la incitación a cometerlos sean punibles como delito».

54 Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho Penal del Trabajo...*, cit., págs. 225-226 y NAVARRO CARDOSO, F., "El delito de contratación ilegal del art. 311 bis CP: un nuevo despropósito, y un viejo vicio, legislativo", en DE LA CUESTA AGUADO, P. M., RUIZ RODRÍGUEZ L. R., ACALE SÁNCHEZ, M., HAVA GARCÍA, E., RODRÍGUEZ MESA, M. J., GONZÁLEZ AGUDELO G., MEINI MÉNDEZ I., y RÍOS CORBACHO, J. M. (Coords.), *Liber amicorum...*, cit., pág. 1059. Este autor, precisa como fundamento de la incorporación de este delito, la necesidad de transponer el contenido del artículo 9 de la Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, si bien, esto únicamente resultaba obligatorio en los casos en los que no estuviesen ya incorporadas a los Códigos penales nacionales, en cuyo caso no habría sido preciso hacerlo. Vid. *Ibidem*, pág. 1051. Este artículo 9 señala que «1. Los Estados miembros velarán por que la infracción de la prohibición establecida en el artículo 3, si es intencionada, constituya un delito en cada una de las circunstancias siguientes, definidas en el Derecho nacional:

a) la infracción continúa o es reiterada de modo persistente;
 b) la infracción se refiere al empleo simultáneo de un número importante de nacionales de un tercer país en situación irregular;
 c) la infracción se acompaña de unas condiciones laborales particularmente abusivas;
 d) el autor de la infracción es un empleador que, sin haber sido acusado o condenado por un delito establecido en virtud de la Decisión marco 2002/629/JAI, hace uso del trabajo o los servicios de un nacional de un tercer país en situación irregular, sabiendo que esa persona es víctima de la trata de seres humanos;
 e) la infracción se refiere al empleo ilegal de un menor.

2. Los Estados miembros se asegurarán de que la complicidad en los actos dolosos a los que se hace referencia en el apartado 1 y la incitación a cometerlos sean punibles como delito».

55 Vid. CARDOSO NAVARRO, F., "El delito de contratación ilegal...", cit., pág. 1055.

56 Vid. TRAPERO BARREALES, M^a. A., "La transformación del derecho penal laboral: De protector de los derechos de los trabajadores a garante de la competencia empresarial y de las políticas migratorias", *Cuadernos de política criminal*, núm. 114, 2014, pág. 35.

casos nos encontramos ante un instrumento de lucha contra la economía sumergida, de modo que los empresarios que acuden a las prácticas que se prevén en este artículo del CP están actuando en el mercado con una ventaja con respecto a sus competidores, posicionándoles en una posición que les reportará más beneficios económicos⁵⁷.

El artículo 311 *bis* del CP⁵⁸, bajo la amenaza de una 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 del CP, castiga a aquella persona que, de forma reiterada, emplee o dé ocupación a ciudadanos extranjeros que carezcan de permiso de trabajo, o bien emplee o dé ocupación a un menor de edad que carezca de permiso de trabajo⁵⁹.

Este tipo penal, teniendo en cuenta su pena, únicamente entrará en juego en aquellos supuestos en los que no exista otro tipo penal que recoja una pena mayor para los comportamientos descritos en el artículo 311 *bis* del CP, entrará en juego en aquellos casos en los que el número de trabajadores que se empleen sin la respectiva autorización, sea inferior al mínimo previsto en el artículo 311.2 del CP, de modo que es subsidiario y complementario de este último.

6. LA CONTRATACIÓN DE EXTRANJEROS SIN PERMISO DE TRABAJO EN CONDICIONES LESIVAS PARA SUS DERECHOS

El artículo 312.2 del CP, junto el tráfico ilegal de mano de obra, recoge un tipo penal similar —que no idéntico—, al contemplado en el artículo 311.3°. En concreto, castiga la conducta de

«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 bien jurídico protegido por parte de este delito, es el mismo que el contemplado en el artículo 311.3° del CP, si bien, nos encontramos con un añadido más, tal

y como ha descrito el Tribunal Supremo⁶⁰: el ansia de aquellas personas que tratan de salir de la miseria en la que se encuentran en sus países, y que por tanto las hace más vulnerables frente a estas lesiones de sus derechos más elementales, y por tanto poniendo en mayor riesgo sus bienes jurídicos. Protegiéndose tanto a las personas que se encuentren en situación regular como irregular, ejerciendo cualquier tipo de actividad⁶¹. Con respecto a la conducta típica, hemos de tener en cuenta todo lo expuesto a la hora de analizar el artículo 311.3° del CP, si bien, teniendo en cuenta una importante limitación del sujeto pasivo del delito, toda vez que en este caso únicamente serán súbditos extranjeros que carezcan del permiso de trabajo.

Con respecto a la pena, ha de precisarse que es la misma que se establece para el delito de tráfico de mano de obra, de manera que se contempla una pena de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses.

7. CONCLUSIONES

El Código Penal español tras las últimas reformas llevadas a cabo en el seno de los delitos contra los derechos de los trabajadores arbitra mecanismos en su interior que permiten proteger a los trabajadores frente a posibles abusos o explotaciones que se puedan producir en sus derechos laborales y de seguridad social. Encontramos en el artículo 311 del CP la principal herramienta de protección, pensada para preservar los derechos más básicos de los trabajadores, sobre todo en situaciones en las cuales su vulnerabilidad genera riesgos para los mismos. Es por ello, por lo que se cuenta, con un marco penal garantista frente a posibles empresarios que quieran imponer sus condiciones laborales de manera abusiva, prevaleciendo de la situación de vulnerabilidad de la persona. Junto a ello, además, se recogen otras figuras delictivas en los artículos 311, 311 *bis* y 312.2 del CP, que también contribuyen a la consecución de este objetivo.

La intervención penal es respetuosa con el principio de intervención mínima del derecho penal, si bien, encontramos un único supuesto en el cual la misma no

57 Vid. POMARES CINTA, E., "La revisión de los delitos contra los derechos de los trabajadores según la reforma de 2015", en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentario a la reforma penal del 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pág. 636 y NAVARRO CARDOSO, F., "El delito de contratación ilegal...", cit., pág. 1054.

58 Sobre el mismo, véase FARALDO CABANA, C., "El nuevo delito de empleo de ciudadanos extranjeros o menores sin permiso de trabajo", en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2015, págs. 933-940.

59 Nótese que, tal y como señala la Disposición Adicional Única de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, todas las referencias al término «permiso de trabajo» incluidas en la LOE, serán sustituidas por el término «autorización de trabajo».

60 Tal y como señalan las sentencias de 5 de febrero de 1998 y de 30 de mayo de 2003.

61 Lo cual incluye incluso la prostitución, tal y como afirma el Tribunal Supremo en sus sentencias de 30 de junio de 2000, 18 de julio de 2003, 8 de marzo de 2004 y 17 de mayo de 2011.

se encuentra justificada. Es el caso de la posible vulneración de los derechos reconocidos en el contrato de trabajo. En este caso, la propia naturaleza del mismo, al igual que el posible riesgo de establecer desigualdades entre trabajadores, no aconsejan que el contrato de trabajo se recoja dentro de la conducta típica tanto del artículo 311 del CP como del 312.2 del CP. En este caso, bastaría con la protección que se brinda por parte del TRLISOS, para sancionar a aquellos empresarios que se muestren irrespetuosos con los derechos reconocidos a través del contrato de trabajo.

8. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ÁLVAREZ ALONSO, D. y MARTÍNEZ MORENO, C., “Trabajo y plataformas digitales primera sentencia del Tribunal Supremo a propósito de un repartidor de Glovo”, *TyD*, nº 72, 2020.
- ÁLVAREZ ALONSO, D., CEINOS SUÁREZ, A., MARTÍNEZ MORENO, C. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “Trabajo decente, nuevas formas de trabajo y precariedad”, en ALONSO IBAÑEZ, M^a. R. (Dir.) y VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B., (Coord.), *Las relaciones entre el derecho y los objetivos de desarrollo sostenible (ODS)*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2022.
- BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, V., *Derecho penal del trabajo*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 1997.
- BENITEZ ORTUZA, I., “A propósito de los nuevos artículos 311.2 CP y 311 bis CP. ¿Delitos contra los derechos de los trabajadores?”, en DE LA CUESTA AGUADO, P. M., RUIZ RODRÍGUEZ L. R., ACALE SÁNCHEZ, M., HAVA GARCÍA, E., RODRÍGUEZ MESA, M. J., GONZÁLEZ AGUDELO G., MEINI MÉNDEZ I., y RÍOS CORBACHO, J. M. (Coords.), *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos e Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M^a. Terradillos Basoco*, Tirant lo blanch, Valencia, 2018.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho Penal del Trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2020.
- *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008.
- FARALDO CABANA, C., “El nuevo delito de empleo de ciudadanos extranjeros o menores sin permiso de trabajo”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2015.
- HIJAS PALACIOS, J., “La protección penal del Derecho de los trabajadores”, *La Ley*, núm. 1617, 1987.
- HORTAL IBARRA, J. C., “Tutela de las condiciones laborales y reformas penales: ¿El *ocaso* del Derecho penal del trabajo?”, *RDPC*, núm. 20.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A., “Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta”, *ADPCP*; volum. 57, 2004.
- ORTUBAY FUENTES, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000.
- POMARES CINTAS, E., *El Derecho Penal Ante la Explotación Laboral y Otras Formas de Violencia en el Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- QUINTERO OLIVARES, G. y NOGUERA FERNÁNDEZ, A., “El Derecho penal y los principios rectores de la política social y económica”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), y JARIA I MANZANO, J. (Coord.), *Derecho Penal Constitucional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. Y SALTA PAISAL, M., “Título XV”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 10ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pág. 1155.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 6ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2019.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El Delito de Imposición de Condiciones Ilegales de Trabajo del Art. 311 del Código Penal en el Marco del Derecho Penal del Trabajo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- NAVARRO CARDOSO, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998.
- NAVARRO CARDOSO, F., “El delito de contratación ilegal del art. 311 bis CP: un nuevo despropósito, y un viejo vicio, legislativo”, en DE LA CUESTA AGUADO, P. M., RUIZ RODRÍGUEZ L. R., ACALE SÁNCHEZ, M., HAVA GARCÍA, E., RODRÍGUEZ MESA, M. J., GONZÁLEZ AGUDELO G., MEINI MÉNDEZ I., y RÍOS CORBACHO, J. M. (Coords.), *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos e Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M^a. Terradillos Basoco*, Tirant lo blanch, Valencia, 2018.
- PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., “Delitos contra los derechos de los trabajadores (I)”, en GÓMEZ PAVÓN, P., ARMENDÁRIZ LEÓN C., PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M. y BUSTOS RUBIO, M., *Delitos de defraudación a la Seguridad Social y delitos contra los derechos de los trabajadores*, Bosch, Barcelona, 2015.
- POMARES CINTA, E., “La revisión de los delitos contra los derechos de los trabajadores según la reforma de 2015”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentario a la reforma penal del 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

TRAPERO BARREALES, M^a. A., “La transformación del derecho penal laboral: De protector de los derechos de los trabajadores a garante de la competencia em-

presarial y de las políticas migratorias”, *Cuadernos de política criminal*, núm. 114, 2014.

1. REVISTA PENAL publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países. Los artículos no deben haber sido publicados con anterioridad en otra revista.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o en su defecto, en formato *.txt) a la dirección: jcferreolive@gmail.com
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, el sumario, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre 2 y 5 palabras)
4. Los autores deberán elaborar las referencias bibliográficas conforme a las normas ISO 690.
5. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.
6. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones del autor o de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción. Se deberá indicar que el artículo ha sido publicado previamente en el correspondiente número de Revista Penal.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*



www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

 96 369 41 51

 www.tirantonline.com